UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, A POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA E POLÍTICAS PÚBLICAS: EXISTEM VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE EMBASEM O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL?

CHRISTIANA SOPHIA DE OLIVEIRA ALVES

Rio de Janeiro
2019/ 2º SEMESTRE

CHRISTIANA SOPHIA DE OLIVEIRA ALVES

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, A POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA E POLÍTICAS PÚBLICAS: EXISTEM VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE EMBASEM O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL?

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Siddharta Legale Ferreira.

Rio de Janeiro

2019/ 2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

A474e

Alves , Christiana Sophia de Oliveira
O estado de coisas inconstitucional, a politica migratória brasileira e políticas públicas: existem violações de direitos fundamentais que embasem o estado de coisas inconstitucional? / Christiana Sophia de Oliveira Alves . -- Rio de Janeiro, 2019.
100 f.

Orientador: Siddharta Legale.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Naciona de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Omissão inconstitucional . 2. Estado de coisas inconstitucional . 3. Direitos fundamentais . 4. Politica Migratória . 5. Politicas Públicas . I. Legale, Siddharta , orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

CHRISTIANA SOPHIA DE OLIVEIRA ALVES

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL, A POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA E POLÍTICAS PÚBLICAS: EXISTEM VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE EMBASEM O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL?

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Siddharta Legale Ferreira.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Siddharta Legale Ferreira
Orientador

_____

Membro da Banca

_____

Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Regina e Elson, por serem os meus maiores incentivadores e maiores responsáveis por todas as conquistas alcançadas até aqui. Impossível mensurar o amor e gratidão por tudo. Agradeço por todos os sacrifícios, pelo apoio incondicional e por terem acreditado e embarcado junto comigo nos meus objetivos.

Ao meu avô, Edson, presente em boa parte da minha vida, pessoa fundamental para construção de quem sou hoje. Embora não esteja mais conosco, agradeço todos os dias por tudo que fez por mim.

À minha querida avó Tereza, minha segunda mãe, que esteve presente com muito afeto nessa trajetória, sempre um porto seguro. À minhas tias Rosângela e Rejane, pela referência, pelo carinho e pelo apoio.

Às minhas amigas de sempre, Heloísa e Júlia, presentes em todas as fases da minha vida e companheiras nas dificuldades. Agradeço pela amizade, pelo suporte, pelo carinho e por estarem comigo, mesmo nos momentos em que tudo parecia que daria errado. Não teria conseguido sem vocês.

À Larissa, Caroline, Ingrid, Marina e Bárbara, amigas nessa grande jornada que foi a faculdade de Direito, na grandiosa Faculdade Nacional de Direito, da UFRJ. Nada teria sido igual sem vocês. Toda a experiência nesses cinco anos foi mais valiosa porque tinha vocês ao meu lado, com quem aprendi tanto, compartilhei tanto e vivi tanto.

Ao professor Siddharta Legale, meu orientador, com quem pude contar na feitura desse trabalho, agradeço pelas leituras indicadas, pela atenção, sugestões, ensinamentos e pela paciência.

RESUMO

O presente trabalho se dedica a fazer uma análise da conceituação da doutrina tradicional sobre omissões inconstitucionais, seus pressupostos e classificações, chegando às visões mais atuais, que entendem ser possível que essa omissão decorra de falhas na coordenação entre os órgãos estatais, surgindo a noção de falhas estruturais, que embasam a construção do instituto do estado de coisas inconstitucional, criação da Corte Constitucional Colombiana, que remete as ações estruturais, as quais tiveram origem nos Estados Unidos. Se discutiu as causas da descoordenação entre os órgãos, os conceitos de ciclos de políticas públicas e arranjos institucionais, importantes para o entendimento da efetivação de direitos fundamentais. Foram expostas as origens, conceitos, aplicação do estado de coisas inconstitucional na Colômbia, com especial foco no *desplazamiento*, objeto da *Sentencia* T-025, seus requisitos, os efeitos e as críticas. Também foi objeto de estudo, a importação da técnica feita pelo Supremo Tribunal Federal, no caso do sistema prisional nacional. Presentes os elementos que embasam a proposta, adentra-se a análise da política migratória, baseada em entrevista em uma das instituições que trabalham com o tema, e análise teórica e de dados, em que ao final, busca responder se é possível dizer que há um estado de coisas inconstitucional na política migratória brasileira.

Palavras-chave: Omissão inconstitucional. Direitos fundamentais. Estado de coisas inconstitucional. Políticas Públicas. Migração. Refúgio.

ABSTRACT

This work is dedicated to do an analysis of the concepts of the traditional doctrine of unconstitutional omissions, its assumptions and classifications, reaching the most current views, which understand that it is possible that this omission is resulted from failures in the coordination between state agencies, and the notion of structural flaws, which underlie the construction of the unconstitutional state of affairs, creation of the Colombian Constitutional Court, which refers to the structural actions, originated in the United States. The causes of the lack of coordination between the agencies, the concepts of public policy cycles and institutional arrangements, important for understanding the implementation of fundamental rights were also discussed. The origins, concepts, application of the unconstitutional state of affairs in Colombia were exposed, with special focus on the *desplazamiento*, object of the *Sentencia* T-025, its requirements, the effects and the criticisms. It was also object of study, the importation of the technique made by the Supremo Tribunal Federal, in the case of the national prison system. Presenting the elements that underlie the proposal, the analysis of the migratory policy is done, based on an interview in one of the institutions that work with the theme, and a theoretical and data analysis, which, at the end, seeks to answer if it is possible to say if there is an unconstitutional state of affairs in Brazilian migration policy.

Key-words: Unconstitucional omissions. Fundamental rights. Unconstitutional state of affairs. Public policy. Migration. Refuge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....07

1. A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....10

1.1. A VISÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL.....10

1.2. CRÍTICA À VISÃO TRADICIONAL: A PROTEÇÃO INSUFICIENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PODE SER ORIGINADA DA DESCOORDENAÇÃO ENTRE AS INSTITUIÇÕES.....24

1.3. BLOQUEIO INSTITUCIONAL E SUAS POSSÍVEIS CAUSAS.....27

1.4. REQUISITOS DAS AÇÕES ESTRUTURAIS.....34

2. EXPERIÊNCIAS DE AÇÕES ESTRUTURAIS NA AFIRMAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....36

2.1 ESTADOS UNIDOS.....37

2.2 MODELOS E TÉCNICAS DECISÓRIAS.....39

2.2.1. Modelo de ordens específicas e rígidas.....39

2.2.2. Modelo Flexível.....40

2.2.3. Experimentalismo Democrático.....41

3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....43

3.1 BREVE SÍNTESE DAS DECISÕES.....52

3.1.1 A *Sentencia T-025*.....53

3.2 CONCEITO E PRESSUPOSTOS.....55

3.2.1 Técnica de Implementação.....57

3.2.1.1 Outras técnicas de implementação.....62

3.2.2 Efeitos.....64

3.3 CRÍTICAS.....66

3.4. O ESTADO DE COISAS INCONVENCIONAL: UMA ADAPTAÇÃO À VISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....68

3.5 A ADPF 347 E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....773

4. A MIGRAÇÃO NO BRASIL: A TESE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL SERIA APLICÁVEL?.....79

4.1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO E SÍNTESE HISTÓRICA.....79

4.2 O PROBLEMA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A DESCOORDENAÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS PÚBLICOS.....85

4.2.1 Entrevista.....85

4.2.2 Aspectos Teóricos.....88
4.3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PODERIA SER APLICADO?.....100
CONCLUSÃO.....104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....106
ANEXO 01.....116
ANEXO 02.....129

INTRODUÇÃO

Um dos temas que mais causa impacto no mundo atualmente é o fluxo migratório de pessoas, pelos mais diversos motivos, o que leva também, ao questionamento sobre a efetividade da proteção do Estado aos seus cidadãos. As causas das migrações podem ser diversas, em que os indivíduos fogem de perseguições políticas, religiosas, étnicas e, por exemplo, solicitando refúgio em um outro país, como também as migrações que ocorrem por motivos econômicos ou por mudanças climáticas. O continente europeu vem debatendo o tema de forma mais incisiva, o que também levanta a discussão no âmbito das políticas humanitárias que são adotadas, a proteção aos direitos humanos e ao direito internacional dos refugiados, mas também, quanto ao impacto gerado na esfera econômica, cultural e também quanto ao discurso voltado à securitização.

Especificamente no caso brasileiro, nos últimos anos, o país tem se tornado um destino dos fluxos migratórios, sendo assim, mecanismos específicos para que o Direito atendesse à essas demandas foram criados. O Brasil é signatário de Tratados Internacionais sobre o tema, como por exemplo, a Convenção de Genebra de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967, além da Convenção Americana de Direitos Humanos em âmbito regional, e a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948 e, dessa forma, possui a obrigação internacional de atuar na proteção dos direitos humanos e aos que se enquadram nas hipóteses de refúgio. Desde 1997, o Brasil também possui uma lei específica que trata do tema refúgio, Lei nº 9.474, e em 2017, a nova Lei de Migração nº 13.445/2017 entrou em vigor.

Os dados demonstram que um estudo da integração entre os órgãos responsáveis pelo tema no Brasil, é de grande relevância social. O tema das migrações e do refúgio é muito discutido por outras áreas do conhecimento, como as relações internacionais, a ciência política, a economia, porém, é válido lembrar que o conceito de refúgio é dado por um tratado internacional e a definição do status de refugiado, ampliado ou não pela Declaração de Cartagena, é dada por uma lei, ou seja, pelo Direito. O refúgio tem como causa um fundado temor que justifica a proteção de um Estado a essa pessoa que foge. Para que se adeque ao intuito do direito internacional e do direito interno de proteger e promover direitos fundamentais, é necessário que haja a construção de mecanismos governamentais para tornar possível essa concretização.

Partindo da análise da atuação dos órgãos governamentais, busca-se saber se as políticas públicas, de acordo com o modelo institucional adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, promovem a efetiva proteção aos direitos fundamentais. Em outras palavras, trata-se de uma análise das políticas públicas voltadas para o tema das migrações, com especial foco no refúgio e, também da atuação do Estado, no que tange à criação do arcabouço estrutural para a concretização da proteção aos direitos fundamentais. O tema se delimita no âmbito da análise conforme a técnica do estado de coisas inconstitucional, observando a garantia e promoção dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988.

Levando em consideração a entrada de fluxos migratórios no Brasil nos últimos anos, surge o questionamento se a proteção aos direitos fundamentais estão sendo efetivados no plano concreto, por meio de políticas públicas. Haveria um estado de coisas inconstitucional na política migratória brasileira? A hipótese central é que o modelo de política migratória no Brasil ainda possui falhas, no sentido em que os órgãos públicos atuam de forma descoordenada, o que pode causar violações de direitos fundamentais ou sua concretização de forma eficiente. Usando como referência o estado de coisas inconstitucional, importado da Corte Constitucional Colombiana, busca-se analisar se o atual estado das políticas públicas brasileiras para migrantes, refugiados e solicitantes de refúgio, se enquadram em tal conceito. O trabalho será desenvolvido por meio de estudo de caso, a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional, em especial a *sentencia T-025* da CCC, e com a realização de entrevista em uma das instituições que atuam no tema das migrações e refúgio, a Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro.

O trabalho se divide em quatro capítulos. Inicialmente irá desenvolver o estudo da omissão inconstitucional e seus desdobramentos, tendo como foco principal a análise de um de seus possíveis resultados, que é o Estado de Coisas Inconstitucional. Se buscará demonstrar a grande diferença do que tradicionalmente a doutrina entendeu como omissão inconstitucional, para o posicionamento que se firma atualmente, que leva em consideração a sofisticação e complexificação dos debates sobre a efetividade das normas constitucionais, com o elemento do diálogo interinstitucional, tendo em vista a centralidade da atuação das Cortes Constitucionais e até que ponto esse protagonismo é legítimo.

O capítulo seguinte trata da experiência das ações estruturais, que teve nos Estados Unidos seu desenvolvimento inicial, seus requisitos e modelos de implementação. O terceiro capítulo explora o estado de coisas inconstitucional e seus desdobramentos, em que se analisa seu contexto de utilização, pressupostos, conceitos, técnicas de implementação, efeitos, críticas, possibilidade de um estado de coisas inconvencional e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do STF, que declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

O quarto capítulo trata de uma contextualização das migrações e do refúgio e seus conceitos. Também é apresentada uma breve síntese histórica da migração e do refúgio no Brasil. Se discute a descoordenação entre os órgãos responsáveis pela implementação de políticas públicas, em que será apresentada as informações obtidas por meio de uma entrevista com advogadas da Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro, assim como análise teórica sobre a atuação do estado brasileiro na implementação de políticas públicas para migração e refúgio. Por fim, com base na construção teórica realizada ao longo do trabalho, é proposta uma resposta para a questão se há um estado de coisas inconstitucional na política migratória brasileira.

1. A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

1.1. A VISÃO DA DOUTRINA TRADICIONAL

Neste capítulo, inicialmente será realizada uma análise do debate sobre a eficácia das normas constitucionais e como influencia no conceito tradicional de omissão inconstitucional, mas também serão abordadas suas críticas, chegando ao posicionamento mais atual na doutrina, que trabalha com a hipótese de omissão inconstitucional decorrente da falta de coordenação entre os órgãos e instituições estatais, que podem ocorrer pela falta de diálogo em suas atuações, causando um vácuo na elaboração e implementação de políticas públicas, que resulta na violação de direitos fundamentais. De forma a complementar o raciocínio sobre a ligação entre direitos fundamentais e políticas públicas, será explorado o conceito de litígio estrutural e bloqueios institucionais, importantes elementos para a compreensão das ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional.

O tema tem sua origem no debate sobre a eficácia das normas constitucionais, ou seja, sua aptidão para produzir efeitos. É possível encontrar na doutrina nacional, como uma das primeiras classificações, a distinção entre normas que são e que não são autoexecutáveis, também chamadas de "*self-executing*", com alta densidade normativa, sendo aquelas que podem ser aplicadas de imediato, pois por si mesmas regulam as matérias e comportamentos a que se destinam de forma direta. Por outro lado, as "*not self-executingprovisions*", são as que precisam da intermediação de uma lei ordinária para produzirem efeitos. Outra conceituação possível é a de "normas bastantes em si", quando produzem efeitos diretamente e "não bastantes em si", quando apenas traçam linhas de atuação, necessitando de uma regra jurídica de regulamentação para ser plenamente aplicável.

Esses conceitos foram trabalhados na doutrina pátria por Ruy Barbosa e Pontes de Miranda, respectivamente, no âmbito da Constituição de 1891. Em sua obra A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Ingo Sarlet explica, que segundo Ruy Barbosa, inspirado pela doutrina norte-americana, as normas auto-aplicáveis seriam aquelas que estariam aptas a gerar seus efeitos, independentemente de atuação do legislador.[1] Nesse sentido, o enunciado e o conteúdo

[1]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 256.

da norma indicariam a necessidade ou não de intervenção do legislador. As normas auto-aplicáveis dependeriam de um grau de completude que possibilitasse sua aplicação imediata. Já Pontes de Miranda, embora seguisse substancialmente a classificação do supracitado autor, adotou a terminologia das normas bastantes ou não bastantes em si mesmas, divisão feita com base no grau de completude da norma. Sarlet chama atenção, que Pontes de Miranda inovou ao reconhecer a existência de normas programáticas, possuindo um certo grau de cogência e alinhamento do legislador com o programa constitucional.[2]

Essa classificação foi sendo desconstruída ao longo dos anos. Uma das críticas feitas ao termo auto-aplicável, é que passava a ideia de impossibilidade de intervenção legislativa. Outra crítica feita, porém, dessa vez ao termo não-auto-aplicável, é que não existiria norma constitucional destituída de eficácia. Outras contribuições vieram no sentido de apontar que as normas constitucionais necessitam de interpretação no caso concreto, o que faz com que tenham diferentes graus de completude. Nesse sentido, também se criticou que os termos teriam sido desenvolvidos para Constituições liberais, não Constituições com um compromisso social, com características programáticas e grande exigência de atuação positiva do Estado.

No Brasil, o grande marco sobre o tema foi a teoria tricotômica da eficácia. Segundo conceituação de José Afonso da Silva, "a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica."[3] A questão que se coloca é quando as normas produzem efeitos imediatamente e diretamente e quando isso não ocorrerá.

Em sua obra Aplicabilidade das Normas Constitucionais, o referido autor sustenta que não há norma destituída de eficácia, o que varia é o grau em que produz seus efeitos, em outras palavras, em que medida os efeitos imaginados pelo constituinte conseguem se manifestar em sua plenitude, na realidade das situações fáticas para que foram projetadas. O autor identifica que algumas normas são aplicadas de maneira integral e direta desde a sua entrada em vigor, porém, existe outro grupo de normas, que depende do intermédio do legislador ordinário para que ganhe densidade normativa que as possibilite produzir os efeitos fins.

---

[2] Ibidem, p. 258.
[3] SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

Dessa forma, levando em consideração a doutrina norte-americana e italiana, classificou as normas constitucionais em eficácia plena, que são as que produzem efeitos desde sua entrada em vigor de forma integral, imediata e direta; normas de eficácia contida, que são as que podem ter a integralidade de seus efeitos restringida pelo legislador ordinário; e, por fim, as normas de eficácia limitada que podem ser declaratórias de princípios institutivos ou organizativos ou declaratórias de princípios programáticos, essas dependem de uma complementação do legislador ordinário para que produza seus efeitos integralmente.

No difundido ensinamento de José Afonso da Silva, as normas de princípio institutivo também se encontram dentro do grupo das normas de eficácia limitada, dependentes de complementação pelo legislador ordinário, porém, seu objetivo é estruturar as instituições, órgãos ou entidades.[4] O autor as classifica como impositivas, quando a norma constitucional impõe uma obrigação de legislar, e facultativas ou permissivas, quando estabelece uma possibilidade de legislar sobre determinado tema. Interessante notar que os exemplos destacados estão sempre ligados ao verbo utilizado pelo constituinte originário na construção da norma como por exemplo, *serão*, no imperativo, ou seja, no intuito de transmitir uma ordem, e *poderá*, dando a ideia de faculdade. Já as normas programáticas teriam um conteúdo social, tendo por objetivo uma interferência do Estado no cenário econômico e social, por meio de uma prestação positiva.[5] O ponto central é traçar estratégias de realização dos fins sociais a que o Estado se propôs.

Analisando em sua tese de doutorado algumas características elencadas pela doutrina tradicional, Carlos Alexandre de Azevedo Campos entende que o primeiro pressuposto é não legislar quando a Constituição estabelece esse dever de legislar. É comum que os autores também se referirem a um pressuposto de decurso razoável de tempo para caracterizar a omissão. Haveria um comando constitucional e uma negativa persistente do legislador em cumprir a obrigação constitucional. Para esses autores, a inércia estaria intrinsecamente ligada à passagem de tempo, dessa forma, o tempo seria aquele em que a emanação da lei poderia ter sido feita. O problema é que tal critério é altamente subjetivo, e é difícil saber como contabilizar o tempo relevante para configurar a omissão inconstitucional, principalmente nos casos em que o período não for muito longo. De acordo com o que seria um terceiro pressuposto, embora o

[4]SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 120.
[5] Ibidem, p. 123.

tema transmita uma ideia de inação, existem consequências, sendo a principal a afronta à Constituição. O quarto pressuposto estaria o comportamento do legislador, no sentido de que tais omissões ocorreriam devido à leitura do momento político, mas também, devido à leitura dos anseios de seu eleitorado.

Pelo que já foi exposto, fica claro que para a doutrina tradicional, a grande problemática, e consequentemente a que gera maiores percalços para a compreensão das normas constitucionais, repousa sobre as classificadas normas de eficácia limitada, pois nelas, o legislador constitucional sinaliza expressamente que a matéria deve ser regulamentada em lei, criando assim, o dever de legislar. Essa linha de raciocínio inverte a análise, que passa a ser da linguagem e da técnica linguística empregada pelo legislador, e não propriamente da norma. Válido destacar trecho da obra de José Afonso da Silva:

> Não raro, porém, acontece que o publicista rebusca os escaninhos da rica língua portuguesa e não depara uma expressão adequada para exprimir o objeto que tem em mente. Dança ele, então, na terminologia imprecisa, e acaba cunhando uma própria, tomado ainda da dúvida sobre se expressa com precisão o conceito pretendido. Foi assim que preferimos denominar normas constitucionais de princípio aquelas em que se subdividem as normas de eficácia limitada, ou seja, aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte.[6]

Partindo desse ponto de vista, o autor supracitado defende que não seria possível constranger o legislador a confeccionar a lei, até mesmo nos casos em que há prazo, embora existam formas de exercício do controle pela via judicial, a corte constitucional não poderia no exercício da jurisdição constitucional, emitir uma sentença normativa, que se sobrepusesse a atuação legislativa, possuindo papel apenas de convencimento a atender o dever de legislar.[7]

Válido ressaltar, que embora a tese de José Afonso da Silva ainda seja a mais trabalhada no âmbito do estudo do direito constitucional, não ficou imune às críticas. É possível citar cinco, sistematizadas por Legale.[8] A crítica da teoria da norma, é no sentido de que todas as normas constitucionais dependem de ponderação de interesses e às vezes de restrições, isso faria com que a distinção entre normas de eficácia plena, contida e limitada perdesse o sentido. A crítica

---

[6] Ibidem, p. 116.
[7] Ibidem, p. 17.
[8] FERREIRA, Siddharta Legale. **Normas Constitucionais**. Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Disponível em: <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Roteiro-11-Normas-constitucionais.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019.

do direito constitucional econômico, entende que as normas constitucionais também significam custos, pois estão atreladas a uma ação estatal, dessa forma, haverá regulamentação, nem que seja orçamentária. Já a crítica da teoria democrática ressalta que a classificação tricotômica é estabelecida previamente, ignorando as deliberações democráticas. A crítica do direito internacional aborda a constitucionalização do direito internacional e problematiza a grande dependência que a classificação tradicional coloca na atuação do Estado, não responde à complexidade requerida em tempos de integração entre nações. Por fim, a crítica da teoria da linguagem entende que a norma só se realiza no contexto fático, dessa forma, a análise da estrutura gramatical por si só, descolada da realidade, geraria uma interpretação equivocada do efeito da norma.

Interessante contraponto é colocado por Virgílio Afonso da Silva. Para esse autor, todas as normas constitucionais são passíveis de sofrer restrição, e trabalha com o conceito de suporte fático, que seria dado por um lado pelo âmbito de proteção e o âmbito da intervenção estatal. Entende que a aceitação de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais implica uma extensão do âmbito de proteção de todos os direitos fundamentais e do conceito de intervenção estatal. Para ele, a consequência disso, é a colisão de direitos fundamentais, que levará a utilização da proporcionalidade. Dessa forma, todos os direitos fundamentais poderiam ser restringíveis, isso significa que não faria sentido para o autor a divisão entre normas de eficácia plena e irrestringíveis.

José Afonso da Silva, em sua obra Aplicabilidade das Normas Constitucionais, traz capítulo que responde à crítica de Virgílio Afonso da Silva.[9] Dentre todas as considerações feitas por José Afonso da Silva, destaca-se a que autor diz que não é verdade que as normas de eficácia plena comportem restrições ou regulamentação para serem aplicadas. Mesmo que haja regulamentação, não é necessária para que normas dessa natureza sejam aplicadas. Além disso, defende que seu crítico aumenta o âmbito de proteção dos direitos para além do que diz a Constituição, para restringir na medida do aumento. Prossegue dizendo, que a conclusão da tese pela não diferenciação entre normas de eficácia plena e limitada, na verdade, confunde o que é restrição e regulamentação, no fim das contas, diz se tratar de visão conservadora da proteção aos direitos fundamentais individuais e sociais, tendo em vista que o crítico entende pela restrição até mesmo por lei ordinária, o que o autor afirma só pode ser feito pela própria

[9] O autor traz um apêndice de resposta aos críticos. Trata-se do II capítulo, p. 269.

Constituição. José Afonso da Silva defende que sua obra tentou aproximar a eficácia de direitos fundamentais individuais e sociais, em uma tentativa de maximizar a eficácia de todos os direitos fundamentais.

Nessa mesma linha de análise, Paulo Bonavides lança um olhar contextualizado historicamente sobre a discussão da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, demonstrando que essa temática se coaduna com a relação entre o Estado e a sociedade, nitidamente relacionada ao modelo de Estado escolhido pelo constituinte, entendendo que o tema está intrinsecamente ligado à determinação do teor doutrinário das constituições.[10]

Em um primeiro momento, as Constituições surgiram como uma resposta liberal ao exercício arbitrário do poder pelo soberano, com um viés individualista e baseado na concepção de direitos naturais, que se concretizaram por meio de Constituições formais e rígidas, na qual passou a simbolizar uma forma de exercer o controle sobre a atuação do estado. Com o declínio do liberalismo ocasionado principalmente pelas graves crises econômicas e convulsões sociais na Europa no entre guerras, diante das novas demandas sociais, as proposições das Declarações de Direito, que haviam sido positivadas, se tornaram discursos distantes de concretização na realidade fática. De certa forma, essa concepção de estado estava bastante distante do indivíduo, afinal, sua função era não interventiva, não correspondendo aos anseios desse novo momento de complexificação da estrutura social.

Por outro lado, o Estado Social no século XX se reaproxima da sociedade, e se propõe atuante, tendo como uma de suas marcas a programaticidade. Essa característica remonta período de decadência do Estado Liberal, diante de sua fragilidade em atingir os resultados outrora esperados, porém, nesse novo contexto, traz para o texto constitucional demandas sociais que não foram atendidas no período anterior, direitos econômicos, sociais e culturais, por exemplo, e que se faziam presentes nas necessidades individuais e coletivas dos indivíduos. O estado então chama para si, a função de distribuição e promoção de comportamentos. Nesse campo, o principal desafio é ultrapassar a declamação de direitos e passar a concretização desses, evitando a queda do grau juridicidade da Constituição, para que não seja apenas, uma folha de papel, altamente fluida as forças e interesses políticos, conforme afirmava Lassalle.

[10] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30 ed. atual. com as emendas constitucionais até a de n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 229.

Em apertada síntese, o autor questiona se diante desses contextos as normas constitucionais têm eficácia normativa, ou seja, obrigatória, ou se estão no âmbito da política, no sentido de propor metas e sugestões para os poderes constituídos. Há juridicidade nas normas programáticas? Deve-se dizer que sim, para que se reconheça a natureza jurídica da Constituição, ou seja, afirmar que possui natureza obrigatória, vinculante e não de meras recomendações. Isso evita que ao discurso da programaticidade, a Constituição se esvazie, de forma que seja afastado o cumprimento das normas e princípios constitucionais.

As normas programáticas visam então, conformar a ação futura dos órgãos estatais, assim como seus desdobramentos, aos preceitos constitucionais. O poder constituinte originário estabelece um programa de ação, que incumbe aos poderes constituídos realizarem, ou seja, por meio dessas, a Constituição consegue concretizar suas promessas ao longo do tempo, delineando essa atuação no campo legislativo, administrativo e político.

Já após a vigência da Constituição Federal de 1988, é possível citar a classificação de Maria Helena Diniz, autora que sistematizou as normas quanto aos seus efeitos em quatro grupos. Haveria normas de eficácia absoluta, que seriam insuscetíveis de alteração, mesmo por emenda à constituição. Normas de eficácia plena, que independeram de atuação do legislador ordinário para gerar seus efeitos. Normas de eficácia relativa restringível, podem gerar os efeitos nela previstos, porém, é possível sua restrição por meio da legislação ordinária. Normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa, estas não são capazes de desde já produzir efeitos, sendo necessária a atuação do legislador, abrangendo as normas programáticas.

Outra análise possível é a proposta por Ingo Sarlet. O autor ressalta que quase todas as classificações partem da premissa que não há norma constitucional destituída de eficácia, mas, entendem por uma gradação desta. Além disso, quase a totalidade entende que existem normas que não possuem condições de gerar todos os seus efeitos de imediato, necessitando da intervenção do legislador, são as chamadas normas de eficácia limitada. Para Sarlet, as propostas feitas pela doutrina, como algumas já citadas nesse trabalho, José Afonso da Silva e Maria Helena Diniz, não são completamente incompatíveis entre si e, normalmente, a divisão se dá em dois grupos normas, as que dependem da atuação do legislador infraconstitucional, e

as que podem produzir seus efeitos, pois, apresentam normatividade suficiente e não dependem de ação do legislador ordinário.[11]

O autor observa que, no caso das normas de eficácia contida, na classificação de José Afonso da Silva, podem gerar efeitos imediatos, embora possam sofrer restrições pelo legislador. Já Maria Helena Diniz, teria proposto três categorias em que as normas produzem efeitos imediatos, em que a possibilidade de sofrer restrição pelo legislador constituinte derivado ou legislador infraconstitucional é o que as diferencia. Dessa forma, a sugestão de Sarlet, é pela classificação em normas constitucionais em de alta densidade normativa, e dotadas de suficiente normatividade, e normas de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para diretamente, sem a interferência do legislador, produzir seus efeitos.

Fica claro que a grande questão para a doutrina tradicional nesse tema, se coloca quanto à exequibilidade das normas programáticas, embora reconheçam que tais comandos constitucionais não são apenas programas futuros destituídos de vinculação. Normalmente, as omissões inconstitucionais do legislador, estão intrinsecamente ligadas às disposições constitucionais entendidas como não-autoaplicáveis.

A inconstitucionalidade por omissão ganha destaque no momento em que surgem as indagações com relação à efetividade da Constituição. O desenvolvimento de uma teoria a dar conta desse fenômeno é relativamente recente em comparação ao que já foi produzido de conhecimento sobre a inconstitucionalidade pela ação. A Corte Constitucional Alemã foi pioneira no reconhecimento da possibilidade da atuação do judiciário nos casos em que havia omissão do legislador, pois, como efeito de tal inércia, poderia ocorrer principalmente ofensa ao princípio da isonomia. A jurisprudência que se desenvolveu foi no sentido de declarar a inconstitucionalidade sem a nulidade da norma, na qual em das técnicas empregadas, o legislador viria a atuar para sanar a omissão, e a outra que se empregou, foi a do chamado apelo ao legislador, na qual este deveria agir para evitar a consolidação da inconstitucionalidade.

Em seu artigo sobre o tema, Jane Reis e Gabriel Accioly trabalham inicialmente com a concepção da doutrina tradicional, no entendimento que a inconstitucionalidade se dá com a

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 258.

incompatibilidade entre a norma objeto e o seu parâmetro, que é a Constituição. A análise inicia com a retomada histórica da visão sedimentada da inconstitucionalidade, que se deu pela ação do legislador, ou seja, quando uma lei editada entra em choque com a Constituição, podendo essa ser formal, quando o vício se dá no procedimento para feitura da lei ocorrendo em desconformidade com os mandamentos constitucionais do processo legislativo, ou material, na qual o seu conteúdo entra em conflito com os valores estabelecidos. Os autores consideram que esse entendimento tende a se fechar em si mesmo, ignorando fatores externos à normativa jurídica, o que nomeia como conceito legiscêntrico. Esse é o principal paradigma do que se conhece como controle de constitucionalidade, que foi de grande importância na passagem da chamada supremacia do Parlamento para a supremacia da Constituição.[12]

O significado jurídico de omissão perpassa pelo pressuposto de supremacia hierárquica material e formal da Constituição às leis ordinárias e demais atos normativos. Canotilho destaca, que a premissa fundamental para o reconhecimento do silêncio legislativo juridicamente relevante é justamente essa superioridade das normas constitucionais e a diferenciação entre poder constituinte e constituído.[13] Essa vinculação de todo o ordenamento jurídico às normas constitucionais criaria para o legislador, a obrigação de cumprir as imposições, executar os comandos do legislador constitucional originário. O reconhecimento de que o Estado também tem deveres de prestações objetivas que criam direitos subjetivos aos indivíduos, e que o legislador possui um dever de agir, leva a concluir, que é possível uma omissão inconstitucional por parte do legislador ordinário.

Ao entrar em cena a ideia de supremacia constitucional, ao se omitir o legislador estaria negando a hierarquia constitucional e agindo dentro de uma liberdade e discricionariedade não mais compatíveis com o ordenamento jurídico.

Segundo o autor português, deve-se levar em consideração a lógica do desenho da estrutura constitucional, e que modernamente as constituições traçam objetivos claros e delimitam a estratégia de atuação do legislador, o que aprofunda a tese e concretiza a hipótese

---

[12] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Jurispoiesis,** Rio de Janeiro, ano 18, nº 18, p. 130-159, 2015, p. 132.

[13] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994, p. 329.

em que atua inconstitucionalmente pela omissão. Ele não se refere a um dever geral de legislar, para Canotilho, há diferença entre imposições abstratas e imposições constitucionais concretas, pois, no primeiro caso, o comportamento ainda é constitucional, porém, conforme reiterações tendem a inconstitucionalidade. Nesse plano, estaria a programaticidade e a discussão política em torno dessas normas. Já no segundo caso, o não atuar já é por si só inconstitucional, pois a constituição estabeleceria uma situação concreta em que merece a intervenção do legislador.

A omissão legislativa significaria então, que o legislador não faz algo que a Constituição o obriga explicitamente a fazer. Nesse aspecto, não se trata de um dever geral e abstrato de legislar, mas sim, uma exigência concreta de ação. Ao se omitir de legislar, regulamentando matéria que está obrigado por mandamento constitucional, o legislador está negando a supremacia da constituição e sua natureza jurídica cogente, dessa forma, estará configurada a omissão inconstitucional. Segundo a doutrina nacional, tais omissões recairiam unicamente sobre o viés obrigacional, que se configura pela ordem constitucional que é descumprida, ignorando, por vezes, seus aspectos fáticos, dando uma carga extremamente formal ao tema.

O centro de toda essa reflexão, e que é comum dentro de todos esses pressupostos já levantados, é quando o legislador ordinário é chamado a atuar de forma vinculada. Sendo assim, somente as normas constitucionais de eficácia limitada apresentariam essa dependência, é como entende Piovesan, que defende que a omissão legislativa inconstitucional está diretamente ligada às normas de eficácia limitada, pois, se todas as normas tivessem eficácia plena, não haveria porque existir discussão sobre a omissão inconstitucional.[14] Em sua lição, a autora avalia que o vício não se encontra na constituição, mas na inércia do poder legislativo constituído em dar cumprimento à ordem constitucional.

> Cabe reafirmar que o tema da inconstitucionalidade por omissão se atém às normas de eficácia limitada, posto que a omissão inconstitucional frustra a ampla produção de seus efeitos.[15]

Conforme Piovesan, citando entendimento de Canotilho, existe uma diferença entre a abertura da Constituição e das normas constitucionais.[16] A abertura da Constituição, em seu

[14] PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78.
[15] Ibidem, p. 80.
[16] Ibidem, p. 24.

sentido horizontal, é uma abertura que expressa incompletude e fragmentariedade, já a abertura das normas constitucionais, se dão no plano vertical, na qual o caráter geral e indeterminado de muitas delas, torna necessário a atuação legislativa concretizadora. Para os autores, essa escolha do constituinte originário reflete um instrumento democrático e possibilitador de por meio do campo político, se adeque às mudanças do tempo. Nesse aspecto, o controle de constitucionalidade por omissão, revelaria maior ou menor capacidade de concretização dessa Constituição aberta, embora seja possível falar em plano normativo da atividade política.

É possível perceber, que para a maior parte dos autores que tratam do tema, não há necessidade de intervenção legislativa para concretização de normas consideradas de eficácia plena, já que não é necessário que o legislador construa essa ponte entre o mandamento constitucional e a concretização através da lei. Não seria possível então, falar em omissão inconstitucional, pois, o legislador não seria chamado a atuar. Conforme acentua Campos, a doutrina tradicional não enxerga a possibilidade de quaisquer limitações fáticas, sociais ou institucionais, para a efetivação dos direitos constitucionais, mas apenas obstáculos semânticos.[17]

Conclui-se que a atuação do legislador ordinário seria dispensável no que tange às normas de eficácia plena, já que este possuiriam todos os mecanismos dispostos na Constituição para sua implementação. Partindo dessa premissa, como não é necessária a atuação do legislador, para esse tipo de norma, ele nunca seria omisso. Esse entendimento provoca distorções entre o direito abstratamente previsto e o concretizado, além de em outro plano, tratar a atuação legislativa como mero aperfeiçoamento, que estaria sob o crivo do momento político, tendo em vista que os indivíduos já possuiriam todo os instrumentos para exercer seus direitos. Mesmo dentro do grupo das normas de eficácia limitada, para que exista esse dever específico de legislar, isso deve estar claro no enunciado normativo, são as hipóteses trazidas pela doutrina como "na forma da lei" ou "*l*ei complementar disporá".

Um ponto relevante, destacado pelo autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, é que a doutrina constitucional possui um olhar apenas voltado para a omissão de tipo legislativo,

[17] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de coisas inconstitucional**". 2015. 248 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 33.

ignorando as omissões que podem ocorrer em relação à administração pública.[18] Dessa forma, não se leva em conta a falta de coordenação entre os órgãos e instituições estatais, que podem ocorrer pela falta de coordenação em suas atuações. Nesse cenário, é possível que haja a lei, e inclusive atuação da administração pública, porém, existe um descompasso entre a previsão, o delineamento das políticas públicas a serem adotadas e o que de fato foi implementado e concretizado, situação que gera um lapso entre a norma e o mundo fático. Nesse viés, surgem as chamadas falhas estruturais, já que existem medidas estatais, mas estas são descoordenadas, causando uma transgressão à norma e também violação de direitos.

A concretização de direitos fundamentais precisa da superação de critérios estanques e intransponíveis, de classificações semânticas ou acadêmicas. A doutrina moderna busca chamar atenção para o fato de além de não legislar nos casos em que a Constituição determina que o legislador o faça, a proteção ineficiente aos direitos fundamentais, ainda que em normas de eficácia plena, deve ser entendida como uma omissão, já que a Constituição Federal determina que esse é um direito com importância acentuada no nível de proteção ao ser humano.

O que deve estar sedimentado nesse estudo da omissão inconstitucional, é que essa "desfunção" dada às normas constitucionais, em especial as de eficácia limitada, vai muito além dos enunciados, devendo ficar claro que existem obstáculos fáticos, institucionais, políticos, econômicos, que influenciam a tomada de decisão do legislador, sobre o que deve ou não ser sua pauta. Ao restringir o impedimento de concretização de direitos fundamentais as normas constitucionais de eficácia limitada, em último grau, ignora-se que essas fazem parte de um complexo sistema constitucional elaboradas pelo constituinte, que foram criadas para serem postas em prática, contextualizando com seu momento histórico de retomada democrática e preocupação com a defesa de direitos fundamentais, caminhando para ultrapassar a programaticidade para um efetivo encontro com a até então promessa constitucional.

Por fim, neste subcapítulo, faz-se também necessário situar a discussão para o que se tem de classificação desenvolvidas sobre as modalidades de omissão inconstitucional. As mais citadas pela doutrina constitucional, sem dúvidas, são as omissões do tipo total e parcial, assim como traz a Lei nº 9.868/1999, em seu artigo 12-B, I[19] também consagrando o conceito. A

[18] Ibidem, p. 13.
[19] "Art. 12-B. A petição indicará: I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa."

omissão do tipo parcial é aquela em que o legislador atuaria de forma insuficiente em seu dever de legislar para dar efetividade à norma constitucional, não sendo capaz de atingir completamente ao comando da Constituição na implementação do direito em jogo. A omissão parcial de tipo relativa se dá quando a lei exclui do seu âmbito determinada categoria, violando o princípio da isonomia.[20] Já a de tipo total ou absoluta se dá quando o legislador não atua de qualquer forma para atender o mandamento constitucional.

Luís Roberto Barroso propõe três possibilidade de atuação judicial para solucionar os casos em que há omissão total: i) reconhecer autoaplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente; ii) apenas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la; iii) não sendo a norma autoaplicável, criar para o caso concreto a regra faltante.[21] Na primeira hipótese, havendo densidade jurídica, o tribunal pode resolver a controvérsia diretamente, mas o autor ressalta que o mais comum, é conferir prazo ao órgão responsável para que atue, incidindo em mora legislativa na eventual permanência da inércia. No segundo caso, a norma não seria autoaplicável, que é o caso mais comum. A solução adotada tem sido a declaração de inconstitucionalidade por omissão e a constituição em mora do órgão responsável por editar a norma. A terceira possibilidade não é comum no direito brasileiro, que seria a resposta normativa dada pelo próprio tribunal no âmbito do caso concreto.

No que tange à omissão parcial, foram propostas outras três linhas de atuação, i) a desequiparação da inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação; ii) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias; iii) a extensão do benefício à categoria dele excluída.[22] No primeiro caso, se optaria pela aplicação da situação desvantajosa ao invés de estender a situação favorável a todos. No segundo cenário, é o que já teve aplicação no Brasil, porém, sem fixação de prazo para o órgão responsável. A terceira hipótese enfrenta críticas devido à princípios como separação dos poderes, legalidade e questões orçamentárias. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, por meio da súmula 339[23], no sentido de negar esse tipo de demanda.

---

[20] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 58.
[21] Ibidem, p. 56.
[22] Ibidem, p.58.
[23] "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia."

Atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme desenvolve Reis e Accioly vem considerando algumas formas incomuns de omissão, que além de escaparem à definição já consolidada, demonstram a complexificação do tema das omissões inconstitucionais.[24] No mesmo sentido que é utilizado para a inconstitucionalidade por ação, a modalidade de omissão inconstitucional originária ocorreria quando não há a edição da lei que a Constituição determina. Já a omissão inconstitucional superveniente se daria nas situações em que a lei existe, mas ele se tornou inconstitucional. É o que ocorre nos casos em que surge um novo texto constitucional, ou seja, um novo parâmetro para que se afira a sua compatibilidade material. A simples invalidação da lei objeto de controle aprofundaria a inconstitucionalidade. O exemplo utilizado é o do artigo 68 do Código de Processo Penal, que previa a atuação do Ministério Público na defesa do hipossuficiente, porém, a Constituição Federal de 1988 previu que caberia a Defensoria Pública atuar. Em um cenário em que não houvesse a recepção do dispositivo, sem que as Defensorias Públicas fossem equipadas para atuar, o resultado seria a total desproteção da pessoa hipossuficiente.

No caso das inconstitucionalidades direta e reflexa, os autores também fazem um paralelo com as inconstitucionalidades decorrentes da ação.[25] Dessa forma, se a inconstitucionalidade direta seria uma incompatibilidade da lei com a Constituição e a reflexa aquela decorrente de atos administrativos regulamentadores, embora o controle de constitucionalidade de fato só seja exercido em face da lei. Transportando para a omissão inconstitucional, a direta seria a ausência da lei e a reflexa a ausência de regulamentação dando concretude à vontade do legislador. O exemplo trabalhado é o das Audiências de Custódia, em que o STF reconheceu o Provimento nº 03/2015 criado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que veio a concretizar o Artigo 7º, 5[26] da Convenção Americana de Direitos Humanos.[27]

Por último, estariam as omissões superáveis e insuperáveis. Essa classificação é apresentada por Reis e Accioly levando em consideração o critério de como essa omissão pode

[24] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Op. cit., p. 139.
[25] Ibidem, p. 141.
[26] "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo."
[27] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Op. cit., p. 141.

ser corrigida.[28] A omissão superável se daria com uma nova visão sobre o papel das cortes, até mesmo dentro do sistema de separação dos poderes, o que não a exime de críticas de diversos âmbitos da doutrina, em que se poderia superar a omissão por meio das chamadas sentenças integrativas ou manipulativas. Já a omissão insuperável seria aquela que somente pode ser sanada por meio da edição de lei.

1.2. CRÍTICA À VISÃO TRADICIONAL: A PROTEÇÃO INSUFICIENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PODE SER ORIGINADA DA DESCOORDENAÇÃO ENTRE AS INSTITUIÇÕES

Conforme já mencionado, existem diversas críticas à visão tradicional da doutrina sobre a omissão inconstitucional. O conceito de omissão inconstitucional tem evoluído para responder aos questionamentos que surgem com a complexificação da sociedade e as demandas por efetivação de direitos fundamentais.

Talvez a principal crítica, e que leva a um entendimento amplo sobre a omissão inconstitucional, podendo esta ocasionar o estado de coisas inconstitucional, trata-se do aspecto que a visão mais tradicional não leva em consideração a possibilidade da omissão ser do tipo administrativo, e ocorrer em razão da falta de coordenação entre os órgãos do Estado responsáveis por concretizar o mandamento constitucional.

Dessa forma, podem ocorrer as chamadas falhas estruturais, pois, nesses casos, é possível que exista uma lei e haja atuação do administrador público, porém, não da forma determinada pelo constituinte. Em outras palavras, é perceptível a incapacidade do Estado em construir uma estrutura capaz de promover aquilo que foi estabelecido na Constituição, em leis e, eventualmente, em atos administrativos, o que também é causa de violação de direitos fundamentais, já que embora previsto em algum instrumento jurídico, não se transpõe para a realidade fática. Nesses casos, diante da passividade do legislador e do administrador na promoção dos direitos fundamentais, e na organização do aparato estatal, é possível falar em omissão inconstitucional.

> Nessa linha, podemos concluir que as ações estruturais são demandas instauradas para corrigir falhas estruturais que violam, de forma direta e imediata, os direitos

[28] Ibidem, p. 142.

> fundamentais de um número significativo de pessoas, exigindo a adoção de soluções complexas que não podem ser estabelecidas unilateralmente pelos juízes.[29]

Os casos que envolvem o litígio estrutural ou casos estruturais, possuem algumas características que foram sistematizadas por Garavito e Franco. Segundo os autores, a primeira delas é afetar um número amplo de pessoas que alega a violação de seus direitos; envolvem várias instituições do estado pela sua responsabilidade na falha sistemática na implementação de políticas públicas; resultam em sentenças complexas, em que várias instituições públicas precisam atuar de forma coordenada para sanar a violação de direitos de toda aquela população afetada.[30]

Conforme trabalha Reis e Accioly, a doutrina tem lançado um olhar para uma conceituação não normativa de omissão inconstitucional, considerando não a norma pura e simplesmente, mas o projeto constitucional delineado.[31] Essa guinada é importante, pois se desloca principalmente do conceito estanque de que quando não há ordem constitucional para legislar, o legislador não possui a obrigação de fazê-lo.

As normas ditas de eficácia imediata, independentemente da forma como o legislador originário resolveu dispor no texto constitucional, pode não ter seu objetivo alcançado concretamente sem que haja uma lei para integrá-la à realidade material. Além disso, a omissão inconstitucional nunca poderia ser caracterizada nesses casos, como se a efetividade da constituição fosse sempre de responsabilidade dos demais aplicadores e nunca do legislador, o que causaria uma grande distorção e, por vezes, tornaria impossível o exercício do direito pleiteado puramente por falta dos instrumentos para fazê-lo se concretizar.

Ponto importante, e que deve ser ressaltado, é que de fato, a norma constitucional não é um dado em si mesmo, independente da realidade em que está situada. O fato de o jurista classificar uma norma como de eficácia plena, não significa que ela terá esse efeito no mundo real. Os conceitos jurídicos, decididos por juristas, observando as discussões do mundo das

---

[29] DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 2, p. 155 - 176, jun. 2017, p. 52.
[30] GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo El desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 16.
[31] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Op. cit., p. 144.

normas, e apenas estas, ignorando a realidade em que estão inseridas, tendem ao fracasso, já que a realidade é quase sempre avassaladora.

Além disso, ao que tudo indica, existe grande confusão entre os planos de validade e efetividade. O plano da existência se dá com a manifestação na realidade de um ato que é relevante para o direito, um ato jurídico, em consonância com os pressupostos materiais definidos em lei. Já o plano da validade requer a presença dos elementos competência, forma e licitude para que tenha validade perante o ordenamento jurídico. O plano da eficácia traduz a finalidade última da norma que é a produção de efeitos e consequências para a qual foi editada.

O fato de a norma possuir os requisitos formais para sua existência (aqui usada em termos gerais), não significa necessariamente que ela será observada por seus destinatários. O fato de existir uma norma que prevê um direito fundamental, não significa que ele será transportado para o mundo fático e exercido pelos indivíduos. Grande exemplo no Brasil e paradigmático foi o direito de greve dos servidores públicos. O desafio da atualidade se trata não de criar novos direitos fundamentais e direitos humanos, mas garantir que as pessoas exerçam os que já estão previstos.

Em última análise, quando se trabalha o conceito de dever constitucional de legislar, não se trata somente de editar uma norma jurídica, mas, legislador e administrador público em suas funções de criar os meios, as ferramentas necessárias, para que essa norma realmente possa ter efeitos, ou seja, trata-se também de possibilitar que os arranjos institucionais adequados sejam delineados, evitando que ocorra a falha estrutural ocasionada pela descoordenação entre os órgãos envolvidos na promoção da política pública. Sendo assim, a deficiência no desenho da política pública que prestem uma proteção deficiente aos direitos fundamentais, entram no quadro das omissões inconstitucionais.

Válido ressaltar que os autores Jane Reis e Gabriel Accioly introduzem outra interessante classificação de inconstitucionalidade, que poderia ser sistêmica, quando há violação de normas constitucionais em múltiplas dimensões envolvendo um conjunto de ações institucionais, omissões e violações abrangentes e enraizadas.[32] Os autores defendem que as fronteiras entre as conceituações clássicas de inconstitucionalidade estão cada vez mais tênues diante das

[32] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Op. cit., p. 151.

demandas complexas por direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, abarcaria um universo de situações antes ignoradas, olhando para o direito fundamental e não para classificações estanques.

1.3. BLOQUEIO INSTITUCIONAL E SUAS POSSÍVEIS CAUSAS

O bloqueio institucional pode ser compreendido como uma situação em que há deficiência ou inexistência de políticas públicas para atender a demanda pelo exercício de determinado direito. Sua ocorrência poderá se dar pela inércia do legislador ou administrador público ou mesmo pela sua total ineficácia ou inadequação para atingir os fins para que foi criada, o que pode causar graves violações de direitos fundamentais e direitos humanos.

Analisando a sentença T-025, proferida pela Corte Constitucional Colombiana em 2004, que se debruçou sobre o tema do deslocamento forçado (*desplazamiento*), um grave problema no país causado pela violência, Garavito e Franco observaram que o estado colombiano possuía falhas na estruturação das políticas voltadas a implementação de direitos humanos para esse grupo, causadas principalmente pelo bloqueio institucional.

> Por fim, do ponto de vista constitucional, um vácuo de política pública desse tipo é relevante na medida em que contribui para perpetuar (ou até mesmo aprofundar) a violação grave e reiterada de direitos humanos.[33] (Tradução livre)

Em resumo, os autores notaram que havia uma descoordenação entre as entidades que atuavam na política que havia até então, ocorrendo sobreposição de papéis e programas, que obscureciam a responsabilidade e a eficiência das políticas públicas sobre o tema, constatando também que havia duplicação de funções entre as instituições envolvidas nessa dinâmica.[34]

Nesse viés, são identificadas algumas possíveis origens para o bloqueio institucional. A primeira causa é chamada de "dilema do prisioneiro" pois, as instituições responsáveis estariam envolvidas por uma rede burocrática, que as impediriam de atuar de forma eficiente. Para encontrar uma solução, seria necessário empreender uma atuação coordenada das diversas instituições envolvidas. Outra possível causa para o bloqueio seria decorrente da captura da

[33] GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Op. cit., p. 43.
[34] Ibidem, p. 48.

política pública por um determinado grupo político. Por último, a falta de capacidade técnica de determinadas instituições e atores estatais para implementar a política pública.

Ainda no âmbito do caso colombiano, Garavito e Franco observando a atuação dos diversos atores estatais e a conclusão da Corte na sentença, entendem que com relação ao bloqueio institucional, esses se deram por dois motivos principais: a dispersão da responsabilidade sobre o tema e a inatividade das instituições.[35] A responsabilidade sobre o que cada um fazia foi diluída em um "labirinto burocrático", da entidade que deveria fazer a ponte e coordenar os diversos personagens.[36] O resultado era a inatividade, em que os membros de um órgão do estado, nomeavam outra instituição como responsável por resolver aquele problema em específico, e dentro de todo o universo de ações requisitadas ao Estado pelas pessoas deslocadas, gerava um cenário em que nenhum órgão do Estado chamava para si a competência de dar uma resposta aos indivíduos. Um outro apontamento, se deu com relação à extensão do bloqueio, que atingia também o baixo escalão da administração pública, que servidores públicos possuíam certo grau de responsabilidade dentro da máquina estatal, para fazer a política pública voltada aos *desplazados* ter efetividade, porém, tinham uma concepção marginal de sua função nessa engrenagem.

Outro conceito que é trabalhado nesse tópico, é o de *pontos cegos* ou *blind spots*, que seria a ausência de intervenção legislativa na realização do ideal constitucional.[37] Nessa perspectiva, a autora Vanice Valle desenvolve seu raciocínio, no sentido de que esse fenômeno pode decorrer de ausência de comando expresso para legislar, ou existência de uma legislação já tida como suficiente. Nesse ponto, é possível notar a forte presença do conceito das normas de eficácia plena, já que estas não precisariam de intervenção do legislador para produzir efeitos. Mas também não se ignora a possibilidade de uma política existir, mas se rechaçar a necessidade de ajustes em seu desenho.

Segundo Dixon existem algumas razões para o surgimento de pontos cegos ou a permanente inércia do legislador. A primeira delas é a falha em reconhecer que a lei pode ser aplicada de forma a violar direitos, isso pode ocorrer devido à pressão por prazos ou até mesmo

---

[35] Ibidem, p.130.
[36] Ibidem, p. 130.
[37] DIXON, Rosalind. Creating dialogue about sócio economic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **Oxford University Press,** vol. 5, nº 3, p. 391 - 418, 2007, p. 402.

limitações na edição do texto legal, trazendo uma incompletude no que tange aos meios de exercício e implementação (pontos cegos de aplicação). A segunda razão, é que o legislador pode falhar em antecipar o impacto das leis sob os direitos, pois, fazem uma leitura equivocada das demandas sociais, ao levar em conta as experiências e pontos de vista muito diferentes da perspectiva das pessoas que irão usufruir do direito (pontos cegos de perspectiva). A terceira se dá quando o legislador está focado em um objetivo particular, como por exemplo, a aprovação de uma lei com um tema que defende, e possui pouca bagagem jurídica, dessa forma, pode se basear em premissas erradas para atender às reivindicações (pontos cegos de acomodação).[38]

Por outro lado, também deve-se levar em conta que o legislador pode, mesmo sabendo da necessidade da sua atuação, diante de uma leitura do momento político, decidir não atuar. É válido ressaltar, que a doutrina entende que não é possível obrigar o legislador a editar leis, porque além do princípio da separação dos poderes, não existiria direito subjetivo à norma. No fundo, a escolha por se engajar ou não para aprovação de uma norma, faz parte do jogo político. Somado a isso, a dificuldade em formulação de consensos sobre a pauta, e sobre como a política pública deve ser conduzida, também influenciam no resultado final. Em sociedades complexas, em que são inúmeras as demandas por direitos fundamentais e sociais, são notórias as dificuldades em alcançar consensos mínimos. Em outras palavras, a disputa pode começar antes mesmo de existir um processo legislativo de formulação de uma lei ou de um ato administrativo regulamentador de uma política, também levando em consideração limitações orçamentárias, mas no momento de decisão que define qual direito fundamental ou social será contemplado por uma política pública.

Nessa linha, Dixon traz à luz alguns outros fatores que podem influenciar na atuação legislativa. O processo legislativo normalmente é demorado e está sujeito aos prazos da legislatura, sendo assim, é possível que um parlamentar deixe de atuar como promotor de uma determinada demanda por direitos devido à mudança de prioridades, seja por urgência ou por outros objetivos políticos (carga de inércia baseada em prioridades). Outra situação que pode ocorrer, é a questão dividir um partido político, em que será colocado na balança a integridade do partido e o resultado político daquela demanda (inércia impulsionada pela coalizão). E por

[38]Ibidem, p. 402.

fim, quando a reivindicação exige uma atuação conjunta do poder executivo e legislativo e há um atraso ou inércia (cargas compostas de inércia).[39]

Outra possível causa de bloqueio, voltando-se a realidade brasileira, é o modelo de estado federativo, principalmente na repartição de competências e recursos. A construção de uma política coordenada dos diversos órgãos dos entes federados, desde o governo federal aos locais, é muito complexa em um cenário com tantas variáveis, devendo-se também considerar as peculiaridades das diversas regiões do Brasil.

Como muito trabalhado no campo do estudo sobre as políticas públicas, esta é uma área do conhecimento complexa e interdisciplinar. Embora sabidamente existam várias abordagens para explicar políticas públicas, para os fins deste trabalho, será adotada por razões descritivas, didáticas e que possibilite uma visão geral, a ideia de ciclo de políticas públicas, pois, essa ainda permite visualizar a relação entre estágios críticos na formulação de políticas públicas com o já citado efeito bloqueador ou *blind spots*.

Ana Cláudia Farranha e Paulo Fernando Soares Pereira, aproximam a ideia da formação da política pública com o processo, em sua acepção de atos concatenados, fazendo essa ligação com a realidade jurídica.[40] Nesse sentido, Felipe de Melo Fonte explica que a ideia de ciclos de políticas públicas está diretamente conectada a de procedimento, sendo muito comum, a doutrina dividir em etapas que terão como resultado final, a execução de uma política pública.[41] O referido autor entende que as políticas públicas são cíclicas, já que dificilmente demandarão apenas um curto espaço de tempo para sua realização. Cabe ressaltar, que essa sistematização não deve ser vista como atos isolados mas, conectados entre si, tendo como principal função mapear e facilitar o estudo.

O ciclo é formado por quatro etapas. A primeira é a definição da agenda pública, que é a percepção de que um problema social necessita de intervenção governamental. Como explica o supracitado autor, não há uma fórmula científica para definir o que entrará ou não na lista de

---

[39] Ibidem, p. 402.
[40] SANTANA, Ana Claudia Farranha; PEREIRA, Paulo Fernando Soares. As instituições do sistema de justiça brasileiras e os ciclos das políticas públicas: possibilidades na defesa das ações afirmativas e combate ao racismo institucional e cultural. **Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 11, nº 3, p. 1542 – 1574, 2018, p. 1542.
[41] FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2 ed. Edição Kindle. São Paulo: Saraiva, 2015, posição 769.

prioridades governamentais, isso dependerá da percepção dos agentes públicos eleitos, ou seja, administradores públicos e legisladores. Interessante abordagem, que tem origem na ciência política, se dá com a distinção entre agenda sistêmica e agenda institucional. A agenda sistêmica, tem como foco, a percepção social dos problemas existentes, já a segunda é a agenda oficial dos agentes eleitos. O momento ideal para o alinhamento entre ambas são as eleições. Lançando um olhar jurídico, Fonte diz que em casos em que as Constituições são programáticas, constarão no texto pretensões quanto à formulação da agenda institucional, então, seria possível também categorizar em agenda constitucional, pois, de certo modo, ela condiciona e conforma à ação governamental.[42]

O segundo momento se dá com a formulação e escolha das políticas. A formulação ocorre num escopo menor de escolhas a serem analisadas, dentre as alternativas e fórmulas de resolução de um problema que já foi delimitado na etapa anterior. Para a ciência política, essas são duas etapas distintas. A primeira seria o momento em que os diversos atores sociais apresentam propostas para resolução daquele problema em questão. Já a segunda etapa, seria propriamente a escolha de uma ou alguma dessas soluções. O terceiro estágio do ciclo, se dá com a implementação da política pública delimitada na etapa anterior. É o "sair do papel", a implementação por meio de uma ação do estado, a concretização da escolha política. A última etapa seria a avaliação da política pública. Essa pode ser feita por meio político, através da participação democrática da sociedade, por mecanismos de controle internos da própria administração, e também pelo Poder Legislativo e Tribunais de Contas. Para o autor, o Poder Judiciário deve se limitar ao controle de legalidade.

Levando essa pequena formulação em consideração, possível concluir, que algumas demandas sociais nem chegarão a ser cogitadas como foco da atuação estatal, o que nos revela que há um grau de pressão social que influencia os atores políticos a escolherem determinados nichos de atuação. Quanto aos problemas que foram delimitados como foco de intervenção, os bloqueios institucionais podem ter sua incidência na segunda e quarta etapa, na concepção da política pública, ou seja, da sugestão de solução para um problema (e por óbvio sua escolha), ou até mesmo a falta de propostas para aquele problema, e de sua materialização por meio de um desenho institucional, que se dá com a composição de um arranjo institucional e seus elementos.

[42] Ibidem, posição 829.

Para continuar explorando o tema, é possível adotar alguns apontamentos de Maria Paula Dallari Bucci sobre políticas públicas e arranjos institucionais. Para a autora, as políticas públicas se materializam em arranjos de normas, decisões e medidas que se assemelhariam à "tramas" que tem como função conectar as competências públicas e interesses individuais e coletivos em prol de um objetivo. Já os arranjos institucionais tem como função materializar as políticas públicas através das características das instituições.[43]

> Arranjo institucional (...) Como a exteriorização de uma política pública é muito diversa e variável, a noção de arranjo, menos comprometida com um aspecto formal determinado, é mais adequada à descrição de fenômeno, dado que qualquer política é um conjunto de elementos, normas, órgãos, valores, interesses, orientado à implementação de uma mudança estratégica. O arranjo institucional de uma política compreende seu marco geral de ação, incluindo uma norma instituidora, da qual conste o quadro geral de organização da atuação do Poder Público, com a discriminação das autoridades competentes, as decisões previstas para a concretização da política, além do balizamento geral das condutas dos agentes privados envolvidos, tanto os protagonistas da política quanto os seus destinatários ou pessoas e entes por ela afetados, como empresas e consumidores, por exemplo.[44]

O que se tem então, é a organização através de uma estrutura jurídica que conformará a ação pretendida pelo Estado, visando à promoção e concretização de algum direito fundamental ou socioeconômico.

Embora faça referência à existência de diversas teorias institucionalistas, oriundas da ciência política, ciências sociais, direito, economia, em sua obra "Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas", Bucci traz a noção de instituição à luz de duas acepções.[45]

A primeira seria entender que se trata de um fenômeno macro, micro e mesoinstitucional. Nas palavras da autora, o governo está no plano macroinstitucional. A ação governamental seria a menor unidade da atividade programada do governo, núcleo de sentido das políticas públicas. Por fim, no plano mesoinstitucional, estão os arranjos institucionais, que é a exteriorização da política pública, a estruturação dos elementos que irão compor a política pública.[46]

---

[43] BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. Edição Kindle. São Paulo: Saraiva, 2013, posição 4229.
[44] Ibidem, posição 4253.
[45] Ibidem, posição 3804.
[46] Ibidem, posição 3804.

Interessante notar, que através dos conceitos supracitados, é possível visualizar que para a implementação de uma política pública se faz necessário que diversos personagens na estrutura de poder do Estado atuem, e de forma coordenada, isso quer dizer que todos esses personagens sabem seu espectro de atuação e seus limites.

O direito tem uma função fundamental nesse processo, gerando as condições de possibilidade para a estruturação de toda a política, principalmente no âmbito dos arranjos institucionais, seja por meio da definição de competências, alocação de recursos, através do poder legislativo ou executivo. A autora citada elenca três elementos essenciais estabilidade, permanência e previsibilidade.[47] Possível retomar aqui a ideia de *blind spots* e inércia, afinal de contas, quando não há clareza, objetividade, ou simplesmente não existe previsão de como concretizar um direito fundamental, os arranjos estruturais são inconsistentes, e muito provavelmente vá resultar em uma ação governamental deficitária.

A segunda acepção está ligada à ideia de arranjo institucional que é a expressão exterior da política pública.[48] O arranjo funcionaria como uma linha que conecta todos os elementos que resultam, em último fim, na ação governamental. Nesse aspecto, institucionalizar é em última análise padronizar uma organização a partir da roupagem jurídica.

1.4. REQUISITOS DAS AÇÕES ESTRUTURAIS

Como já pontuado em tópico anterior, os autores que trabalham o tema das ações estruturais elencam uma série de requisitos para a caracterização desse tipo de litígio. Eduardo Dantas realiza uma sistematização das principais características de acordo com as experiências de ações estruturais em diferentes tradições jurídicas.[49]

Importante destacar, que conforme preceitua Owen Fiss, o que distingue as ações estruturais das ações individuais comuns que chegam ao judiciário, o foco dessas reformas estruturais não se dão por conta de incidentes ou transações específicas, mas sim as condições da vida social e o papel que as organizações e as instituições desempenham para determinar

---

[47] Ibidem, posição 4245.
[48] Ibidem, posição 3813.
[49] DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional**. 2017. 217 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 77.

essas condições.[50] O autor chama atenção que não se trata de um caso em específico, como por exemplo, a criança negra que é barrada na porta da escola de brancos (que pode ter desencadeado o processo judicial), mas a discussão no âmbito estrutural se dá pelo fato disso demonstrar ser uma prática, um padrão de atuação dessas instituições.

O primeiro requisito é a massiva violação de direitos fundamentais de um grupo de indivíduos. As ações estruturais tem como objetivo que o judiciário se debruce em analisar o presente e o futuro, em outras palavras, se a prática ou ameaça de violação é real, atual ou está em vias de ocorrer. De acordo com Dantas, as demandas estruturais devem ser acolhidas somente quando há efetiva violação de direitos fundamentais e que atinja uma quantidade significativa de indivíduos.[51] Algo a ser ressaltado é que as ações não devem ser utilizadas em casos de interesse público ou expectativas da população, mas sim, em casos em que há violação de direitos fundamentais.

> Desta forma, quando não existir a demonstração da violação atual e sistêmica dos direitos fundamentais de um grupo significativo de indivíduos, não será cabível o ajuizamento de uma ação estrutural mas sim de uma ação indenizatória ou ação individual para a tutela ou concretização de um direito constitucional específico.[52]

O segundo requisito é a omissão estatal persistente, caracterizada pela inércia ou omissão dos poderes públicos. Dantas traz a observação de que o poder público tem que estar ciente da ocorrência de violação de direitos fundamentais, quando não há indícios de violação de direitos fundamentais e devido a ação ou omissão do Estado, não seria o caso da utilização de uma ação estrutural, mas uma notificação da situação em andamento.[53]

Existiriam três razões para as omissões, a desatenção, a incompetência e a intransigência.[54] A desatenção seria em relação principalmente ao público mais pobre da sociedade, que são frequentemente subrepresentadas nos interesses do jogo político. A incompetência seria a causa mais comum de violações de direitos e, nesse caso as ações estruturais seriam legítimas para a correção da falha estrutural que provoca a violação de direitos fundamentais. Já a ineficiência está intrinsecamente ligada à intransigência

[50] FISS, Owen M. Foreword: The Formsof Justice. **Harvard Law Review**. v. 93, nº 1, p. 1 - 58, nov. 1979, p. 18.
[51] DANTAS, Eduardo Sousa. Op. cit., p. 77.
[52] Ibidem, p. 79.
[53] DANTAS, Eduardo Sousa. Op. cit., p. 79
[54] Ibidem, p. 80.

governamental, gerada por uma resistência institucionalizada do Estado. Diante da disseminação dos meios de comunicação, torna-se mais difícil a alegação de desconhecimento. A incompetência e a intransigência, principalmente nos países em desenvolvimento, são as causas mais comuns, frequentes quando se fala em demandas mais progressistas e inclusivas.

O terceiro requisito é a urgência e necessidade da intervenção judicial. Para que se leve o caso ao judiciário, mais especificamente que se utilize das ações estruturais, a violação de direitos fundamentais deve ser de tal grau, a causar danos irreparáveis, não podendo aguardar a via do debate político. Porém, a urgência da intervenção deve ser analisada à luz do caso concreto, também levando em consideração, à violação de direito fundamental e à omissão estatal que se está falando.

O quarto requisito é a complexidade. De forma geral, as soluções para as violações de direitos fundamentais são complexas, envolvem falhas estruturais e exigem muito mais que apenas a sentença para serem implementadas. Para sanar o problema é possível que diversos órgãos estatais participem da formulação de um plano de atuação, demonstrando a necessidade de movimentação de todo o desenho de uma estrutura de competências para melhor proteger direitos fundamentais. Isso também traz à tona a complexidade do processo decisório, que poderá ser mais ou menos flexível, a depender do caso concreto. Outro ponto, é que se exige a contribuição de um certo nível de expertise, sendo necessária a participação dos próprios envolvidos na demanda, atuando ativamente para informar ao magistrado o máximo para se chegar a uma medida decisória satisfatória.

2. EXPERIÊNCIAS DE AÇÕES ESTRUTURAIS NA AFIRMAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da expansão do direito constitucional e da demanda pela concretização e pelo acesso a direitos fundamentais e sociais, o poder judiciário passou a ser acionado para realizar esse papel em relação a direitos fundamentais e socioeconômicos. Esse movimento é perceptível nos tribunais constitucionais dos países do Leste Europeu assim como outros que vivenciaram um processo de transição democrática.[55] Rafael Bezerra prossegue dizendo que mesmo de uma forma geral a sociedade concorde com a gama de princípios constitucionais dispostos em seu texto, não se verifica essa materialização no plano prático/institucional e de implementação de direitos fundamentais.

Importante contudo ressaltar, que faz-se nítida a relação nessa discussão entre constitucionalismo e busca por justiça social, conforme destaca Bilchitz.[56] A inclusão de direitos socioeconômicos nas constituições de países considerados do Sul Global, trabalhado como América do Sul e Central, África e Ásia, mostram uma preocupação com a concretização dessa geração de direitos, e a elevação à hierarquia constitucional demonstra a importância que possuem para essas sociedades. O contexto histórico em que foram e ainda estão inseridos tais países, explicam a ênfase para essa geração de direitos.

Não é possível encontrar um conjunto uniforme de razões para esse fenômeno do protagonismo do Poder Judiciário que ocorre em escala global, mas em países periféricos como o Brasil, pode-se dizer que estaria intrinsecamente ligado à precarização da prestação pelo Estado de direitos sociais e econômicos.[57] O pano de fundo dessa tensão é a previsão de um rol de direitos sem o planejamento de como executar esse projeto constitucional por meio de políticas públicas sólidas, ou quando essas são existentes, mostram-se insuficientes ou equivocadas.

---

[55] BEZERRA, Rafael. **Direitos para além da sala dos tribunais**: um estudo de caso comparado entre Brasil e Colômbia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 16.

[56] BILCHITZ. David. Constitucionalism, The Global South, and Economic Justice. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitucionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa and Colombia.** New York: Cambridge University Press, 2013, p. 41.

[57] BEZERRA, Rafael. Op. cit**.**, p. 43.

Embora essas ações tenham ganhado destaque, por trazer à tona discussões sobre políticas públicas e também atrair atenção do mundo jurídico, não deixou de gerar embates sobre sua aplicação e legitimidade, assim como diversas técnicas decisórias foram se desenvolvendo nos estados que enfrentaram essa discussão no âmbito de seu direito constitucional.

Diante das experiências relacionadas pela doutrina, de países que utilizaram de demandas estruturais para solucionar ou aperfeiçoar uma política pública, o presente trabalho irá relatar como isso ocorreu nos Estados Unidos, entendido como origem dessa técnica decisória. Além disso, serão expostos os modelos de técnicas decisórias para implementação da decisão. No capítulo seguinte, será tratada especificamente a inovação trazida pela técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional.

2.1 ESTADOS UNIDOS

Os autores que trabalham com o tema, entendem que as ações estruturais originam-se nos Estados Unidos, no contexto de luta do movimento negro por igualdade dos direitos civis, tendo como pano de fundo ações que contestavam políticas racistas no sistema de educação pública. Diante da falta de mobilização do congresso daquele país para realizar as mudanças necessárias para exercício igualitário de direitos, e tratamento isonômico pelas instituições, a saída se deu então pelo acionamento do poder judiciário.

O grande precedente que inaugura a discussão sobre ações estruturais é o julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Até o começo dos anos 1950, as escolas nos estados do sul dos Estados Unidos permitiam a segregação racial das escolas, ou seja, existiam escolas para pessoas brancas e para pessoas negras. A Suprema Corte já havia se manifestado em outra ocasião sobre o tema, no caso *Plessy v. Ferguson*, porém, de forma a endossar a discriminação, tendo em vista que a opinião majoritária da Corte foi afirmar a igualdade formal, mas negar a igualdade material, argumentando que se tratava de inferioridade racial e que esta não poderia ser modificada pela Constituição.

A reação social às mudanças pretendidas por um lado fora de crença que por meio da litigância judicial seria possível construir uma sociedade mais igualitária, a começar pelo ensino

público, porém, do outro lado a tendência foi para uma reação violenta dos que pretendiam a manutenção do *status quo*.

A decisão da Suprema Corte norte-americana no caso Brown, em 1954 se deu no sentido de entender a prática de segregação nas escolas inconstitucional. Porém, isso perpassava por uma completa mudança no sistema de ensino público dual, em que uma sentença nos moldes comuns não conseguiria atingir tal objetivo. Os remédios estruturais, como ficaram conhecidas as ações que buscavam essa modificação institucional, passaram a trabalhar com medidas complementares, planos judiciais, cronogramas e calendários.[58]

As mudanças não ocorreram de forma instantânea, a ponto da Corte emitir uma nova decisão, conhecida como Brown II. Conforme Dantas, os interessados passaram a apresentar seus próprios planos, mais específicos do que as ordens vagas das decisões iniciais, e estes que foram implementados, ajudaram a sedimentar essa técnica decisória nas ações estruturais. [59]

Outros precedentes demonstram como as cortes norte-americanas se valeram dessa estratégia decisória na tentativa de corrigir uma política, uma prestação estatal, que viola direitos fundamentais. Alguns outros casos se tornaram exitosos e demonstram como o poder judiciário foi readequando sua posição em face dos casos concretos, como *Swan v. Charlotte-Macklenburg Board of Education*, em 1971, em que ao invés de atuar de forma paulatina, o judiciário atuou de forma mais incisiva para reformular o modelo institucional das escolas públicas norte-americanas.

Além da segregação na educação pública, o sistema carcerário dos Estados Unidos também foi alvo das ações estruturais. O principal fundamento das demandas era a demonstração da situação degradante em que a população carcerária estava submetida, superlotação, punições de isolamento em locais insalubres e castigos físicos. Algumas das soluções encontradas foi a limitação da quantidade de presos por cela, limitação do limite de dias de isolamento e fornecimento de camas, tendo como fundamento constitucional a vedação às penas cruéis e degradantes.

[58] DANTAS, Eduardo Sousa. Op. cit., p. 21.
[59] Ibidem, p. 24.

A utilização dessas ações sofreu um declínio no início dos anos 1990 nos EUA. Dantas desenvolve três motivos: a retomada de autonomia pelos conselhos escolares locais, o fim da segregação escolar, porém, também relacionando ao exagero na utilização das ações estruturais e, por fim, a alteração da composição da Suprema Corte norte-americana, para magistrados mais conservadores.[60]

2.2 MODELOS E TÉCNICAS DECISÓRIAS

A análise dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional normalmente não engloba as técnicas decisórias utilizadas pelos magistrados para implementar o direito fundamental postulado. Importante notar que mesmo que se parta do pressuposto que o juiz é o legítimo aplicador e intérprete da lei, para os casos em que há um litígio estrutural e necessariamente existem várias instituições estatais envolvidas, que atuam na prestação de algum direito à população, e também serão destinatárias da decisão que visa sanar uma violação sistemática de direitos fundamentais, justamente por conta de falhas estruturais, é importante lançar um olhar para a implementação dessa decisão, que é o que de fato concretizará o acesso ao direito. Dessa forma, o comportamento que os atores processuais adotarão diante da sentença, que poderá ser com maior ou menor flexibilidade, poderá ter influência no resultado final.

2.2.1. Modelo de ordens específicas e rígidas

Nesse modelo, o juiz assume uma postura mais passiva e estipula soluções específicas e vinculadas. O juiz observará o que foi requerido pelas partes, e a partir disso, desenvolverá na sentença a melhor medida executória, de forma que a resposta seja proporcional à violação do direito que é arguida pela parte lesada.

Esse modelo segue um sistema hierárquico de ordens rígidas e específicas, de acordo com a lógica de “ordem e controle”.[61] O autor segue defendendo que esse modelo de decisão possui três características principais, a primeira delas seria elencar e antecipar os principais elementos para implementação, de forma a não se modificarem. A segunda, é que a ordem judicial

[60] Ibidem, p. 26.
[61] DANTAS, Eduardo Sousa. Op. cit., p. 103.

estabelecerá um procedimento para que a parte causadora do dano siga, de modo a alcançar o resultado pretendido. A terceira característica é o fortalecimento das decisões judiciais.

Aqui não há espaço para negociações ou flexibilização das regras estabelecidas na decisão. Esta deve ser cumprida nos exatos termos em que foi prolatada. Conforme Dantas, o argumento mais forte na defesa do modelo em questão é que seria o único em consonância com o princípio da separação dos poderes, pois, gera menor intervenção do poder judiciário na administração pública e no poder legislativo.[62] A doutrina que se debruça sobre o tema, entende que a vantagem desse modelo é a eficácia na aplicação da sentença e a segurança jurídica que pode promover. Porém, a definição de ordens rígidas e específicas nem sempre será garantia de observância da separação dos poderes, pois o cenário estabelecido na decisão pode ser completamente fora do alcance do que é possível ser realizado, e até mesmo extrapolar o objeto da ação.[63]

Em outras palavras, a adoção de um modelo decisório rígido não implica necessariamente em observância ao princípio da separação dos poderes e da preservação do âmbito de discricionariedade da administração pública. Por fim, Dantas chama atenção para o risco de engessamento de políticas públicas, que se mostram não mais adequadas, sendo esse modelo, mais crível para litígios de menor complexidade, ou, nos casos em que a flexibilidade da decisão não surte efeitos positivos, ou uma eventual combinação entre outros modelos.[64] Vale ressaltar que a imposição de ordens rígidas e sem o contraditório das partes envolvidas, também pode causar grande ofensa ao princípio da separação dos poderes.

2.2.2. Modelo Flexível

Esse modelo se propõe a estabelecer diretrizes, ordens amplas que serão implementadas sob a supervisão judicial. As partes possuem discricionariedade para escolher os meios cabíveis para atingir o objetivo, que é a concretização do acesso ao direito fundamental por meio de políticas públicas delineadas. Os autores entendem que esse modelo vai além do caso concreto, mas visa a reestruturação de uma instituição.

---

[62]Ibidem, p. 104.
[63]Ibidem, p. 105.
[64]Ibidem, p. 107.

Sua aplicação teria como foco situações em que a elaboração de uma solução rígida para o problema torna altamente improvável sua efetivação, que na maior parte das vezes, são demandas complexas.

O órgão judicial atua de forma mais incisiva, buscando ouvir e considerar os argumentos levantados pelas partes na ação, admitindo a negociação e definição de medidas consensuais.[65] É necessário pontuar que esse modelo, na maioria das vezes, irá demandar mais tempo de contato com o caso, tendo em vista que a negociação para implantar o que se entende ser mais viável pode ser longa.

As principais características desse tipo de decisão são a abertura dos comandos judiciais, tendo menor densidade normativa; flexibilidade das medidas, que podem ser modificadas ao longo do processo executivo; implantação progressiva e gradual; caráter dialógico; maior envolvimento dos tribunais na implementação das decisões, sem deixar de levar em consideração o fator tempo e o custo político do desgaste da atuação do poder judiciário.[66]

Uma das críticas mais incisivas ao modelo flexível, é que violaria o princípio da separação de poderes, já que interferiria na administração pública, de forma a quase subordiná-la ao judiciário. Além disso, haveria um aparente diálogo, porém, as cortes acabariam predominantes nesse embate. O entendimento que predominou nessa vertente, é que não se pode interpretar o princípio da separação dos poderes de forma extremamente formalista.

2.2.3. Experimentalismo Democrático

Assim como o modelo de ordens flexíveis, o experimentalismo democrático propõe que as decisões sejam abertas, e suscetíveis à mudanças ao longo do processo de implementação. Assim como o modelo anterior, os atores processuais que não o magistrado, também ganham destaque na formulação da solução para atingir os resultados esperados.

Dantas explica que nesse modelo, a descentralização e flexibilidade são alçadas a outro nível, tornando a provisoriedade e a contínua revisão dessas medidas características inerentes

[65] Ibidem, p. 114.
[66] DANTAS, Eduardo Sousa. Op. cit., p. 115.

ao sistema.[67] O experimentalismo prevê a contínua negociação e permanente revisão das medidas adotadas, assim como transparência no que está sendo feito.

A negociação nesse modelo é deliberativa, em que as partes devem expor seus pontos argumentativos, suas posições, e considerarem as propostas dos demais atores na ação judicial. O objetivo é chegar ao consenso, que teria um papel central já que reforçaria o comprometimento, o engajamento com a solução do problema, para além disso, abre o tema para debate, o que permite a troca e o aperfeiçoamento das ideias que surgem para serem aplicadas ao caso concreto.

Quanto à provisoriedade e permanente reavaliação das regras, essas favorecem o contínuo envolvimento das partes e sua manifestação no processo, já que diante da complexidade de uma ação estrutural, os diversos órgãos estatais responsáveis pela concretização da política devem estar cientes de seu âmbito de atuação e contribuírem para a construção do conhecimento sobre o tema. No caso de não alcançar o consenso, o tribunal decidirá diante das propostas entregues, ou apresentando sua própria proposta, o plano que inicialmente será colocado em prática.

Com relação à transparência, essa deve ser a exigência do estabelecimento de regras claras, públicas e explícitas, com a divulgação dos resultados obtidos para que todas as partes tenham acesso e possam sofrer o controle dos demais, do tribunal e da sociedade. Outra possibilidade é enxergar como um mecanismo de aprendizado, em que seja possível conferir, analisar os resultados alcançados e desenvolver parâmetros do que pode ser esperado das instituições responsáveis pela política pública.

O modelo não é imune às críticas. Além da dificuldade em se conseguir que os órgãos sejam totalmente transparentes nos dados que divulgam, há um desgaste dos tribunais, tendo em vista o custo político em movimentar ambiciosos processos de reestruturação, somado ao tempo que tem que ser despendido. Talvez a crítica mais acentuada seja quanto à idealização do processo de negociação, já que comumente as partes envolvidas não estão em igualdade de condições, em paridade de armas para discutir o tema. Por fim, a constante mudança no delineamento da política pode gerar o efeito inverso, o desinteresse, a falta de engajamento e a irresponsabilidade em atingir os resultados.

---

[67] Ibidem, p. 118.

3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O estado de coisas inconstitucional é uma construção jurisprudencial da Corte Constitucional Colombiana ao se deparar com demandas estruturais que envolvem a violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, se trata de uma decisão que é parte estruturante e parte técnica decisória. O objetivo é que o estado cesse a violação perpetrada pelo seu status de inércia.[68] Na lição de Ariza, a principal consequência da constatação de um bloqueio institucional que resulta no estado de coisas inconstitucional, é que a corte passa a atuar em um papel de formuladora de políticas públicas, indicando a alocação de recursos, o que tradicionalmente, faz parte do rol de competências dos poderes legislativo e executivo.[69]

Porém, para chegar ao estudo do estado de coisas inconstitucional, é preciso fazer a contextualização da expansão do constitucionalismo, que levou a uma maior participação das cortes constitucionais nos processos de efetivação de direitos fundamentais nos últimos anos.

O primeiro ponto importante é o que se dá no pós segunda guerra mundial, com a consagração dos direitos sociais em um número significativo de constituições, além de constituírem objeto de diversos pactos internacionais.[70] Nesse aspecto, cabe salientar uma das principais características trazidas por Rafael Bezerra, desse fenômeno que ele chama de globalização do direito constitucional em que segue no mesmo sentido de pesquisa realizada por Law e Versteeg, analisando que essa conexão do constitucionalismo em escala global exige uma compreensão não apenas da forma como são interpretadas, mas também no entendimento de como o seu conteúdo formal evolui ao longo do tempo.[71]

Nesse sentido, os autores defendem que há padrões de similaridades e diferenças, configurando uma tendência global, na qual uma das mais marcantes é o surgimento de um conjunto central de direitos constitucionais comuns a diversas constituições.[72] Realizando um

---

[68] DANTAS, Eduardo Sousa. Op. cit., p 85.
[69] ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisiones and Constitucional Court Intervention in the Penitenciary System in Colombia. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitucionalism of the Global South**: The activist tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 129.
[70] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 313.
[71] LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The evolution and ideology of global constitucionalism. Legal Studies Research Paper Series. **California Law Review,** n. 10, p. 1163-1254, jun. 2011, p. 1168.
[72] Ibidem, p. 1170.

estudo empírico com todas as disposições relacionadas a direitos das constituições escritas de todos os países do mundo, se chegou a um padrão que foi a incorporação dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), direitos de segunda geração (direitos sociais e econômicos) e de terceira geração (direitos comunitários).[73]

Tendo por objeto de análise os direitos de segunda geração, importante lembrar lição de Paulo Bonavides, que chama atenção para a inicial baixa normatividade desses direitos, para depois serem transferidos para uma esfera chamada programática, por não terem meios instrumentais para sua efetivação, e por fim, a defesa de que possuíam aplicabilidade imediata.[74]

O segundo ponto importante é levar em consideração o contexto político, social e histórico da Colômbia. Para além disso, de toda a América Latina. Países saídos de uma lógica colonial, de exploração, com resquícios de extrema desigualdade social, além de rupturas democráticas e vivência de regimes ditatoriais violentos, com supressão de direitos fundamentais. Os tribunais constitucionais passaram a ocupar um lugar de destaque e protagonismo nesses países que vivenciaram um processo de transição democrática.

As cortes constitucionais passam a ter uma papel de destaque na afirmação do exercício de direitos e garantias fundamentais, no movimento em que se inicia a judicialização de direitos sociais. Dessa forma, há um estreitamento entre o direito e a política, o litígio é levado ao poder judiciário pois, o indivíduo deseja exercer seu direito fundamental. Dito isso, é necessário revisitar a reflexão feita anteriormente neste trabalho sobre as omissões inconstitucionais, que podem também ser fruto da falha na coordenação entre os poderes legislativo e executivo, resultando em políticas públicas de promoção de direitos fundamentais ineficientes, inadequadas ou até mesmo inexistentes.

No caso do estado de coisas inconstitucional, trata-se de uma falha sistemática, causada pela descoordenação entre a lei em abstrato e a sua implementação na realidade fática, refletindo na implementação de políticas públicas realizadas pelo Estado, em outras palavras, trata-se da passagem de uma omissão inconstitucional para um estágio ainda mais gravoso,

[73] Ibidem, p. 1187.
[74] BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 578.

tendo em vista que o grau dessa omissão é intensificada. A realidade de afetação massiva da violação a direitos fundamentais provoca uma ameaça a todo o projeto constitucional.[75] Segundo Campos, o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional prova a grande distância que há entre prescrever a existência de direitos fundamentais em textos constitucionais solenes, e o efetivo gozo desses direitos no plano da realidade social.[76]

Nesse aspecto, para entender a função que os direitos fundamentais ocupam no direito constitucional na atualidade, e como se dá essa relação com a atividade judicial no estado de coisas inconstitucional, Hernández inicialmente explora suas principais características, que seria a limitação do exercício do poder político e traçar um conjunto de valores a serem seguidos pelo poder público.[77]

A autora então, destaca uma mudança de paradigma na doutrina e na jurisprudência, em que se passou a olhar os direitos fundamentais não apenas como limitação ao poder, mas também, como um leque e valores estabelecidos pelo constituinte.[78] Assim, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais consistiria na esfera de direitos que garantem a liberdade individual dos indivíduos contra as ações do Estado, possuindo uma função de defesa. Já a dimensão objetiva estaria na órbita dos princípios e valores que irradiam e informam todo o ordenamento jurídico, exigindo que o Estado, no âmbito de seus poderes legislativo e executivo, atue para cumprir e alcançá-los. Observa-se que o estado de coisas inconstitucional atinge a esfera objetiva de direitos fundamentais, pois, a violação que ocorre se dá de forma sistêmica afetando o projeto estipulado pelo constituinte originário como um todo, e não dispositivos em específico.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o juiz constitucional lança mão do estado de coisas inconstitucional para proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, não se trata apenas de um dispositivo específico da constituição, mas sim, contra a omissão estatal que causa uma falha estrutural na formulação e implementação de políticas públicas,

---

[75] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de coisas inconstitucional**". 2015. 248 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 20.
[76] Ibidem, p. 89.
[77] HERNANDÉZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de ladimensión objetiva de losderechosfundamentales y labor deljuez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: elllamado "estado de cosas inconstitucional". **Estudios Constitucionales**. Santiago, vol. 1, nº 1, p. 203-228, 2003, p. 207.
[78] Ibidem, p. 207.

causando violações massivas de direitos fundamentais.[79] O autor continua sua lição, explicando que a corte utiliza remédios que fogem à lógica tradicional do controle de constitucionalidade para solucionar um problema social contrário à constituição.

O que se pode concluir é que nas situações envolvendo violações massivas de direitos fundamentais a decisão judicial não irá se debruçar sobre questões de interpretação principiológica da norma, mas sim, voltar-se a um problema institucional, de concretização de um direito pelos órgãos estatais competentes para tal, que não conseguem construir uma atuação interligada, o que gera um vácuo entre a previsão da normativa da política pública e a realidade. No caso do estado de coisas inconstitucional, observa-se que há um deslocamento do foco de estudo para os arranjos institucionais, a fim de sanar essa incompatibilidade.

Um ponto que já foi mencionado, porém, também merece destaque, se dá para além da decisão judicial por si só, que são os remédios estruturais a serem adotados. Em outras palavras, os mecanismos que a corte utilizará para superar o estado de inércia. Trata-se do desenvolvimento de soluções para os litígios estruturais, capazes de superar o estado de omissão inconstitucional que resulta no estado de coisas inconstitucional. De acordo com Campos, os remédios estruturais destinam-se a reestruturar ou remodelar políticas públicas ou institutos legislativos e administrativos, envolvendo ainda a supervisão contínua da execução das decisões.[80] O mesmo autor ressalta que a corte deve ter criatividade para modelar remédios capazes de superar a falha causadora da descoordenação, tendo então, consequentemente, uma atuação direta na formulação da política pública.[81]

Diante da interferência do poder judiciário na formulação de políticas públicas, não haveria como não entrar no aspecto do ativismo judicial, muito intrínseco às discussões envolvendo a declaração do estado de coisas inconstitucional. Há grande preocupação de que essas decisões que visam à proteção de direitos socioeconômicos, estejam em um meio termo entre a restrição judicial e a juristocracia.

Segundo Rosalind Dixon, há grande preocupação com os limites da competência judicial e sua legitimidade, porém, defende que o modelo de diálogo e cooperação entre as cortes ou

[79] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. cit., p. 129.
[80] Ibidem, p. 134.
[81] Ibidem, p. 133.

tribunais e o poder legislativo é o mais desejável para a implementação de direitos socioeconômicos.[82]

Cabe recorrer à reflexão realizada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos sobre o tema. Um primeiro aspecto que deve ser levado em consideração é que se trata de um campo multidimensional, dependente de diversos fatores, sendo assim, a análise de sua aplicação deve se dar no caso concreto. Soma-se a isso, um problema de ordem conceitual. De fato, ao falar em ativismo judicial, normalmente é de pronto realizada uma conexão à ideia de excessos, arbitrariedade, desrespeito à separação de poderes e aos princípios democráticos. Para Campos, isso ocorre principalmente devido ao impasse na definição conceitual do que é ativismo judicial e a falta de consenso na doutrina sobre seus requisitos e significado. Embora espinhoso, trata-se de uma questão de relevante impacto social e político.[83]

O autor elenca nove características do ativismo judicial.[84] A primeira delas diz respeito ao seu núcleo comportamental do ativismo judicial, que está ligado à relevância política institucional dada aos atores do poder judiciário em relação aos demais. Esse traço traz como marca o exercício contundente do controle de atos e omissões dos demais poderes. A segunda característica é que o ativismo judicial tem normalmente por objeto os *hard cases*, as importantes discussões constitucionais para a sociedade, e que possuem grande influência nos processos políticos democráticos.

A terceira característica é a guinada das cortes para o campo político. Como suas decisões têm grande impacto sobre os outros personagens constitucionalmente instituídos, acabam se tornando elementos centrais nas discussões de grande relevância. O que tem se observado como fenômeno nas democracias pelo mundo, é a judicialização da política, por vezes, levadas aos tribunais pelos próprios poderes executivo e legislativo. Deve-se ter como eixo central do debate que as cortes não se tornarão órgãos políticos, elas estão vinculadas ao texto constitucional por completo, devendo haver um equilíbrio para que essa posição ativista não se torne supremacia judicial, que não é o que se defende.

A quarta característica é que o debate não está no âmbito da correção das decisões, mas sim, nas relações institucionais, nesse caso, o quanto de autoridade a corte tinha para tomar a

[82] DIXON, Rosalind. Op. cit., p. 393.
[83] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. cit., p. 158–160.
[84] Ibidem, p. 160–168.

decisão da forma como foi tomada. A quinta característica diz respeito à legitimidade. As decisões ativistas não estariam a priori, no âmbito da ilegitimidade, não se trata de sinônimo para o mesmo fenômeno jurídico. Campos defende que as decisões ativistas não são sempre ilegítimas ou legítimas, entendendo que não há como definir o ato aprioristicamente, isso dependerá do caso concreto e dos limites institucionais e das variáveis políticas e sociais.[85]

A sexta característica é que devem ser utilizados critérios qualitativos para identificação e análise do ativismo judicial, não um estudo por meio de quantidade de decisões. A sétima característica, é a análise da atividade que se diz ativista em seu contexto jurídico, social e político, além disso, não se trata de parâmetros fixos ou estáticos, o ativismo judicial deve ser interpretado à luz da estrutura constitucional que está inserida.

A oitava característica dá conta da pluralidade de fatores e condições que influenciam o ativismo judicial, de ordem institucional, política, social, exógenas e endógenas, são fatores que moldam e direcionam a atividade. Por fim, a nona e última característica é a multidimensionalidade das decisões, são práticas decisórias multifacetas e de difícil redução a um único critério de identificação.

Ao final dessa análise, o autor apresenta uma definição conceitual de ativismo judicial, que será adotada por este trabalho:

> A partir destas diretrizes, defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídicos-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.[86]

Ao tratar do caso colombiano, a doutrina classifica a atuação da corte constitucional como um ativismo dialógico, baseada na ideia de diálogos institucionais. A proposta é que se observe os debates entre as instituições e os poderes envolvidos, mas também, a sociedade civil. Esse diálogo pode partir do desenho institucional, ou seja, do arcabouço normativo, ou da própria corte constitucional. Essa é uma das formas de se obter uma decisão mais democrática

[85] Ibidem, p. 164.
[86] Ibidem, p. 169.

e eficaz, do ponto de vista de sua implementação, levando em conta o engajamento dos atores, que se tornam participantes ativos da própria estrutura decisória.

Garavito e Franco trazem algumas especificidades dessa sentença que a torna diferente das outras experiências de demandas estruturais.[87] A decisão sobre uma demanda estrutural nos moldes do estado de coisas inconstitucional envolvendo direitos socioeconômicos, será mais ou menos dialógico dependendo da estratégia traçada pela corte constitucional em três aspectos: seu conteúdo, os remédios institucionais escolhidos e os mecanismos de monitoramento.[88] Em outras palavras, se trata de saber se o conteúdo da decisão profere "*strong rights*" "*strong remedies*" e "*strong monitoring*", "*weak rights*", "*weak remedies*" e "*weak monitoring*", ou resolve adotar uma postura moderada.

A primeira delas é que decisões dialógicas tendem a construir ordens mais abertas e flexíveis que as do ativismo clássico. O que se conclui é que a jurisprudência dialógica cria a oportunidade de discussão de alternativas para a solução da falha estrutural causadora de violações de direitos fundamentais, e os detalhes da política tendem a surgir durante o processo de acompanhamento da implementação. Não raro a sentença não estipula obrigações de resultado muito precisas.

A segunda, é que a decisão é implementada através de sistemas de monitoramento periódicos e públicos. Dessa forma, novas decisões podem ser tomadas ao longo do percurso, para adequar à realidade, e as necessidades que surgem, o que incentiva a troca e a contínua aproximação entre os personagens envolvidos. Por fim, a terceira é provocar justamente o engajamento dos atores sociais no processo de monitoramento.

As decisões que são mais dialógicas tendem a afirmação de direitos socioeconômicos fortes, ampliam as decisões de como traçar a política pública para os poderes eleitos e estipulam formas eficientes de monitoramento pela corte constitucional, principalmente por meios participativos, tendo como grande exemplo a realização de audiências públicas.

---

[87] GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Op. cit., p. 55.
[88] Ibidem, p. 1691.

Essas especificidades amoldam-se ao que os autores chamam de tipo ideal weberiano sobre a decisão calcada no ativismo dialógico.[89] De certo, que conforme já analisado em outro tópico, existem diversos modelos de técnicas decisórias, que também são influenciadas pelo caso concreto, soma-se a isso, a escolha que a Corte Constitucional irá realizar pelos remédios estruturais, isso não irá desnaturar a possibilidade do diálogo institucional, em maior ou menor medida.

Sob a perspectiva dialógica, pontos cegos e inércia legislativas têm um impacto em todo o sistema constitucional e ordenamento jurídico, se fazendo necessário que as instituições sociais, o poder público e também os tribunais busquem soluções. Para Dixon, ao não atuar para cessar a violação de direitos fundamentais causada pelos pontos cegos ou inércia legislativa, também estarão contribuindo para a situação ilegítima que se coloca na realidade.[90] Não pode o poder judiciário permanecer como mero espectador, já que as decisões judiciais são dotadas de força coercitiva. Além disso, ao não responder às demandas sociais com relação aos bloqueios e inércia legislativa, indiretamente contribuem para o engessamento das falhas estruturais, somado ao risco de o legislativo mudar a prioridade, mas causar inércia e bloqueios em outras esferas. Para Garavito e Franco:

> O novo ativismo judicial, portanto, parte da constatação de situações recorrentes de bloqueio institucional ou políticos que impedem a efetivação de direitos. Nestes casos, frequentes nas democracias contemporâneas, o judiciário, embora não seja o exemplo ideal ou seja dotado de todos as ferramentas para realizar a tarefa, ela aparece como o único órgão do Estado com independência e poder para abalar essa estagnação. Em suma, se o ativismo judicial opera nas circunstâncias e através de mecanismos adequados, seus efeitos, em vez de não-democráticos, são dinamizadores e promotores da democracia.[91]

Nesse sentido, interessante apontamento faz Libardo José Ariza, que elenca dois argumentos para considerar a decisão da Corte Constitucional Colombiana progressista.[92] A primeira delas, é que para o autor, foi uma inovação para a tradicional concepção de separação de poderes, que mantinha o judiciário em uma posição passiva frente à aplicação e interpretação de normas constitucionais. A segunda razão, seria ecoar a voz dos setores mais pobres e vulneráveis da sociedade em temas que o legislativo queda inerte.

---

[89] Ibidem, p. 56.
[90] DIXON, Rosalind. Op. cit., p. 406.
[91] GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Op. cit., p. 39.
[92] ARIZA, Libardo José. Op. cit., p. 130.

> (...) Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que estabelece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes. Por el contrario, la Corte tenien do encuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional em un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional.[93]

Em resumo, para os autores que trabalham o tema, a conclusão é que de fato, o ativismo judicial representa riscos à democracia, porém, em casos como o estado de coisas inconstitucional, que é uma situação extrema, faria-se jus à intervenção diante da grave violação de direitos fundamentais e a omissão inconstitucional. Como superação dos bloqueios políticos, o ativismo judicial de revela um impulsor para os demais poderes, atuarem na causa da falha estrutural. Quanto à superação de bloqueios institucionais, o estado de coisas inconstitucional é causado justamente pela ineficiência, inabilidade ou incapacidade dos demais poderes, não se sustentaria então, o argumento de que a corte não poderia intervir, para tentar coordenar uma solução. É também possível que se abra espaço para que novos atores se expressarem sobre os temas e amplie o debate, além de mudar a percepção da sociedade sobre a relevância e a urgência.

Aspecto interessante, ainda na lógica das inovações frente às competências tradicionais do poder judiciário, é o rompimento da lógica da litigância individual, com efeitos *inter partes*. A solução visa resolver um problema que é estrutural, no caso da declaração do estado de coisas inconstitucional, afetará pessoas que não são parte do processo, já que o objeto de intervenção é uma política pública que será de oferta para um grupo social, e em último nível toda a sociedade já que é de interesse de todos que haja implementação e efetivação de direitos fundamentais.

---

[93] COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025 de 2004**. Sala Tercera de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. 22 de janeiro de 2004, p. 2.

3.1 BREVE SÍNTESE DAS DECISÕES

Cabe realizar uma rápida contextualização. A constituição colombiana foi promulgada em 1991, com um extenso rol de direitos fundamentais, que constam no Título II, Capítulo 1, De los derechos fundamentales (artigos 11 a 41) e direitos sociais, que constam no Capítulo 2, De los derechos sociales, económicos y culturales (artigos 42 a 77). Uma das grandes marcas dessa constituição é a centralidade da Corte Constitucional, não apenas na sua função típica de controle de constitucionalidade e guarda da constituição, mas também, a tutela de direitos fundamentais por meio de ações em que os próprios cidadãos são legitimados ativos para propor.

A declaração do estado de coisas inconstitucional já foi objeto de análise da Corte Constitucional Colombiana em cerca de doze oportunidades.

A primeira delas foi a *Sentencia de Unificación SU-559,* de 1997, na qual o litígio em questão dizia respeito ao descumprimento da obrigação de filiação de docentes da rede pública dos municípios Maria La Baja e Zambrano ao *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,* causando violações ao direito à previdência social em razão da precariedade da política pública de seguridade social. Embora os descontos fossem realizados no salário dos professores, a quantia não era repassada ao fundo, o que impediu o exercício de alguns direitos relacionados à saúde.

No caso das *Sentencias de TutelaT-068,* de 1998; *T-525* de 1999 e *Sentencia de Unificación SU-090,* de 2000 trataram da ineficiência administrativa. Em especial a Sentencia T-068, envolveu a Caixa Nacional de Previdência, em que foi declarado o estado de coisas inconstitucional diante da ineficiência do estado em analisar os pedidos de revisão de verbas previdenciárias. A corte entendeu que a situação além de causar violações de direitos fundamentais, gerava um caos não só na administração pública, diante da grande quantidade de pedidos, mas também no poder judiciário.

Nas *Sentencias de TutelaT-153* de 1998; *T-606* de 1998; *T-607* de 1998; *T-847* de 2000 e *T-966* de 2000, a Corte Constitucional Colombiana se debruçou sobre os casos de superlotação das prisões, com especial foco no caso de Cárceles Nacionales Modelo de Bogotá

e Bellavista de Medellín. Nessa oportunidade foram analisadas as possíveis causas para a superlotação e os efeitos jurídicos e práticos que acarretavam aquele estado de coisas, em que se concluiu que havia uma grave violação à direitos fundamentais como direito à vida, integridade, tratamento digno. Clara Inés Vargas Hernandéz destaca que a sentencia T-153 foi uma das mais elaboradas no propósito de garantir a esfera objetiva dos direitos fundamentais.

Também em 1998, foi proferida a *Sentencia de Unificación SU-258,* sobre a não convocação de concurso público para notários. Embora houvesse previsão constitucional, a administração pública permanecia inerte para organizar o certame. A Corte determinou um prazo para convocação do exame, porém, havia controvérsia sobre os notários que exerciam a função sem terem sido aprovados em concurso. A solução encontrada foi realização de concurso amplo e irrestrito para todo o território do país.

A *Sentencia de Tutela-590,* de 1998 declarou o estado de coisas inconstitucional devido à falta de proteção aos defensores de direitos humanos. A Corte Constitucional Colombiana analisou o trabalho desenvolvido pelas organizações não governamentais e consequentemente os riscos e perigos que os integrantes corriam por sua atuação na denunciação de violações a direitos humanos.

3.1.1 A *Sentencia T-025*

O deslocamento forçado não é um fenômeno recente na Colômbia. Conforme definição do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur), as vítimas de deslocamento forçado interno são atingidas pelos mesmos motivos do que leva um refugiado a deixar sua pátria, porém, permanecem dentro de seu próprio país, não atravessam fronteiras e permanecem legalmente sob a proteção de seu Estado.

Nos anos 1948 a 1953 iniciou-se um período conhecido como “La Violencia”, motivada por divergências políticas, que já havia causado o deslocamento forçado interno de milhões de pessoas. Na segunda metade dos anos 1990, com o agravamento dos conflitos armados, houve um novo aumento no número de deslocados internos. Conforme Garavito e Franco, os anos 2000 a 2002 foram especialmente críticos e coincidem com a fase de expansão dos grupos

paramilitares e a ruptura dos diálogos para o estabelecimento da paz com as Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).[94]

Os autores apresentam dados das famílias cadastradas no Registro Único de Población Desplazada (RUPD), que demonstram que 43% dos casos de deslocamento forçado foram motivados por ameaças diretas, 11,7% por massacres, 11% por assassinatos de familiares, 10,5% por combates, 7,4% a assassinatos de amigos ou vizinhos, 6,5% ameaças indiretas, 3,5% ao recrutamento forçado.[95] Segundo dados do Internal Displacement Monitoring Center (IDMC), até 31 de dezembro de 2018, o número de pessoas deslocadas na Colômbia chegava a 5.761.000.[96] Somado a esses números, outro recorte mostra que o deslocamento forçado normalmente atinge uma parcela mais vulnerável da população, grupos socialmente e economicamente marginalizados.[97]

Em 22 de janeiro de 2004, a Corte Constitucional Colombiana decidiu declarar, no bojo da *Sentencia T-025*, que a situação da população deslocada internamente constituía um estado de coisas inconstitucional.

> El problema Del desplazamiento forzado interno em Colombia, cuya dinámica actualtuvo inicio en la década de los años ochenta, afecta a grandes mas as poblacionales. La situación es tan preocupante, que en distintas oportunidades la Corte Constitucional la ha calificado como "un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, principiando, como es lógico, por los funcionarios del Estado.[98]

Garavito e Franco elenca quatro motivos que tornam importantes o estudo dessa decisão.[99] A primeira é que se trata de uma macrosentença, com grande impacto; o segundo lugar, a T-025 é a tentativa mais explícita na América Latina de implementação de uma macrosentença; em terceiro lugar, as ordens não foram fixadas de forma rígida; por último, é a

---

[94] GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Op. cit., p. 67.
[95] Ibidem, p. 69.
[96] INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. **Internal displacement**. Disponível em: <http://www.internal-displacement.org/countries/colombia>. Acesso em: 29 jun. 2019.
[97]GARAVITO, César Rodríguez; KAUFFMAN, Celeste. **Making social rights real**: implementation strategies for courts, decisionmakers and civil society. Bogotá: Dejusticia, 2014, p. 34.
[98]COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025 de 2004**. Sala Tercera de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. 22 de janeiro de 2004, p. 31.
[99]GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo eldesplazamientoforzado em Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 14.

girada na forma de tratar o problema de violações graves de direitos humanos em países que vivenciam esse tipo de realidade.

Para os fins deste trabalho, a *sentencia T-025* constitui o objeto central de análise sobre o estado de coisas inconstitucional, pois, se tratou do maior e mais importante caso de litígio estrutural, atingindo cerca de 1150 famílias - 5 milhões de pessoas em situação de deslocamento forçado. Além disso, mesmo não sendo uma novidade, já que a primeira declaração de um ECI ocorreu em 1997, trouxe um grau de evolução teórica e também de inovações de atuação da Corte na sua função de coordenação e monitoramento que a torna paradigmática. Diferentemente das decisões anteriores, a Corte permaneceu acompanhando a implementação de suas decisões por mais de seis anos, tendo atuado efetivamente para a efetivação das políticas públicas, em prol de fazer cessar a massiva violação de direitos fundamentais que assolava a população deslocada.

3.2 CONCEITO E PRESSUPOSTOS

Conforme definição de Rafael Bezerra:

> A figura do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser definida como um mecanismo ou técnica jurídica criada pela Corte Constitucional Colombiana, através do qual se declara que determinada realidade fática encontra-se em contrariedade com a Constituição, haja vista a ocorrência de massiva violação a direitos nela consagrados.[100]

Libardo José Ariza traz quatro critérios invocados para que seja possível a aplicação da doutrina do estado de coisas inconstitucional. O primeiro deles seria um indicativo de quantidade e extensão.[101] No momento em que a Corte passa a receber inúmeras *acciones de tutela*, isso tem potencial de ser um indicador de que o estado colombiano pode estar violando direitos fundamentais de forma sistemática. O segundo critério é a verificação da violação sistemática e estrutural de direitos fundamentais de maneira generalizada. O terceiro critério é a constatação de que a violação perpetrada não é atribuível a uma ação em específico, mas ao mau funcionamento do estado como um todo. O quarto critério seria a adoção de remédios

[100] BEZERRA, Rafael. Op. cit., p. 93.
[101] ARIZA, Libardo José. Op. cit., p. 141.

estruturais, que envolvem o redesenho de políticas públicas, reformas institucionais e alocação de recursos.

Nessa esteira, Campos analisa também quatro pressupostos caracterizadores do estado de coisas inconstitucional.[102] O primeiro é que se trate de uma situação de violação massiva e generalizada que afeta um sem número de pessoas, ultrapassando o viés jurídico e demonstrando ser um problema social. O segundo é a omissão reiterada das autoridades responsáveis perpetuando a falha estrutural causadora da violação de direitos fundamentais. O terceiro pressuposto revela que o estado de coisas inconstitucional ocorre quando a superação da violação envolva a emissão de ordens a diversos órgãos do estado. Já o quarto pressuposto é a potencialidade de congestionamento do poder judiciário se todos os afetados ajuízassem demandas individuais.

O autor destaca que a declaração do estado de coisas inconstitucional deve ser medida excepcional, por interferir na esfera de atuação dos poderes legislativo e executivo, então deve haver rigidez quanto ao atendimento dos requisitos que caracterizam essa falha estatal. A doutrina e a jurisprudência foram realizando adaptações aos casos concretos, e outros requisitos foram surgindo, como poderá se observar, tornando mais rígido o ajuizamento das ações de tipo estrutural.

Da análise da *Sentencia* T-025, proferida pela Corte Constitucional Colombiana é possível extrair outros elementos que caracterizam o estado de coisas inconstitucional.[103] O ponto central para que se conclua ou não pela declaração do estado de coisas inconstitucional, é compreender se o caso concreto reflete uma situação de violação repetida e constante de direitos fundamentais, afeta um grupo de pessoas, e no qual para se chegar a uma solução, é preciso a intervenção de diversas entidades, pois, o problema é de ordem estrutural.[104] Pode-se inicialmente sistematizar da seguinte forma:

a) violação reiterada de direitos fundamentais que atinge um grande grupo de pessoas, que poderiam buscar tutelar seus direitos individualmente junto ao poder judiciário;

---

[102] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. cit., p. 130 - 132.
[103] COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025 de 2004**. Sala Tercera de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. 22 de janeiro de 2004.
[104] Ibidem, p. 44.

b) a violação não é atribuível somente a um órgão/instituição estatal, trata-se de uma demanda estrutural;

A Corte Colombiana na referida *Sentencia* T-025 destaca alguns critérios que são utilizados na definição da existência de um estado de coisas inconstitucional. Nota-se que os requisitos foram mais rígidos dos que os considerados pela doutrina e são adaptáveis ao caso concreto.

> i) Violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas; ii) omissão prolongada das autoridades no cumprimento das suas obrigações para garantir os direitos; ii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; iii) não edição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; iv) a existência de um problema social em que a solução compromete a intervenção de várias entidades, a qual requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante; v) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema buscassem a tutela do judiciário para obter a proteção de seus direitos, ocorreria um congestionamento judicial. [105]

Segundo Garavito e Franco, a diferença entre as ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional é que o primeiro está relacionado à ausência de resultados minimamente aceitáveis das políticas públicas, já o segundo, trata de falhas sistemáticas no processo políticos público que culmina na violação de direitos fundamentais.[106]

3.2.1 Técnica de Implementação

Um dos grandes destaques do modelo adotado pela Corte Constitucional Colombiana no caso das pessoas vítimas de deslocamento forçado foi o monitoramento da decisão, nesse caso, a atuação não se esgotou com a sentença, mas se estendeu para acompanhar a execução das ordens, sendo considerado um verdadeiro experimentalismo judicial. A iniciativa de manter a jurisdição para supervisionar a execução de suas decisões constitui-se um *turnpoint* jurisprudencial para a Corte.[107]

A Corte Colombiana realizou o monitoramento das decisões principalmente de duas formas. A primeira, por meio de audiências públicas, as quais a Corte solicitava relatórios de

[105] Ibidem, p. 44.
[106] GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Op. cit., p. 40.
[107] BEZERRA, Rafael. Op. cit., p. 104.

alguns dos atores da sociedade civil interessados, instituições estatais, organizações de pessoas deslocadas internamente e organizações internacionais, que pudessem informar os magistrados acerca da implementação da decisão. Também criou um mecanismo chamado *Autos de Seguimiento*, por meio do qual verificava o cumprimento das ordens dadas a alguns atores centrais para a demanda estrutural, e também tratava da situação de casos de deslocamento em específico.

A Corte utilizou ativamente as audiências públicas como mecanismo de acompanhamento das decisões. Cerca de um ano depois de proferir a sentença, solicitou informações às diversas entidades envolvidas, e com base nisso, convocou a primeira audiência pública, em 29 de junho de 2005, para discutir o avanço que estava sendo realizado.[108] Essa foi uma estratégia para colher dados relevantes para medir o avanço da implementação da decisão, e a que ponto o estado de coisas inconstitucional estaria superado, para que se tomasse novas diretrizes ou não com o que havia sido delineado inicialmente. Até o começo do ano de 2010, a Corte havia realizado um total de quatorze audiências.[109]

Quanto aos *Autos de Seguimiento*, entre janeiro de 2004 e janeiro de 2010 foram editados oitenta e quatro *autos* com o fim de dar continuidade às ordens emitidas na sentença, solicitar informações e ações concretas, fazer acompanhamentos pontuais e estabelecer avaliações por meio de indicadores.[110] É possível delinear três fases na utilização dos *Autos de Seguimiento*.

A primeira fase, entre o final de 2004 até 2006, ficou marcada pelo próprio julgamento das políticas públicas, no sentido de se avaliar o engajamento do poder público de acordo com a esfera de responsabilidade de cada órgão, e sua conformidade com a decisão proferida na sentença. As ordens nessa fase foram feitas de forma geral, sem um conteúdo específico, além disso, documentaram e sistematizaram as falhas no processo de formulação das políticas públicas que contribuíram para a omissão extrema, que desencadeou o estado de coisas inconstitucional, também se apontou as causas de descoordenação, e somado a isso, a constatação da inadequação dos registros de pessoas deslocadas e insuficiência de alocação de recursos.[111]

---

[108] GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Op. cit, p. 85.
[109] Ibidem, p. 85.
[110] Ibidem, p. 85.
[111] Ibidem, p. 86.

A segunda fase se deu em 2007 até meados de 2008. Nesse período, a preocupação foi em desenvolver mecanismos de avaliação para medir permanentemente os resultados alcançados e a efetiva fruição do acesso aos direitos pleiteados pela população deslocada. Mediante um esforço conjunto entre a Corte e os atores sociais envolvidos, foram desenvolvidos uma série de indicadores, que serão comentados mais à frente.

A terceira fase teve início em meados de 2008, e teve duas frentes. A primeira se deu a partir da realização de um monitoramento mais próximo do desempenho do poder público, tendo em vista que algumas falhas nas políticas públicas se mostravam persistentes e a emergência humanitária ainda existia, com isso a pressão por resultados e concretização também aumentou. De outro lado, as ordens da corte se tornaram mais específicas, detalhadas, principalmente com relação a pessoas mais vulneráveis dentro do grupo afetado, como crianças, mulheres, povos nativos, comunidades negras e pessoas com deficiência.

Durante todo o processo, a Corte recebeu o auxílio de uma organização da sociedade civil, chamada Comissão de Monitoramento de Deslocamento Forçado, principalmente com a produção de relatórios e contribuição com avaliação técnica sobre a implementação da política pública. De maneira geral, a participação ativa da sociedade civil no processo de monitoramento pode ser considerada como um dos efeitos positivos da postura dialógica da corte, não só como representantes da sociedade, mas também, contribuindo para a produção de dados importantes para a construção da política pública almejada.

Um dos efeitos imediatos da intervenção da Corte Constitucional Colombiana foi o impulso para a administração pública produzir informações e coletar dados básicos sobre o tema do deslocamento forçado, o que foi solicitado por meio de relatórios periódicos. As agências de controle também ficaram obrigadas a produzir relatórios, autoridade como defensores do povo e procuradores gerais da nação deveriam atuar pelo cumprimento da obrigação.

Uma das conclusões da Corte na sentença T-025 é que um dos obstáculos à implementação de uma política era a falta de mecanismos de acompanhamento da gestão das entidades parte do Sistema Nacional de Atenção Integral à População Deslocada (SNAIPD), o

que tornava quase impossível avaliar a pontualidade na execução dos programas públicos.[112] O resultado era a ausência de um parâmetro com as metas a serem alcançadas e que pudessem medir a gestão pública, permitindo uma avaliação criteriosa dos resultados. Nesse sentido, visando sanar esse vácuo, a Corte liderou o processo de construção de indicadores, que pudessem medir de maneira permanente os avanços que eram atingidos.

Conforme Garavito e Franco, os indicadores mostram mais claramente os efeitos da política pública por quatro razões: marcaram uma virada paradigmática na mensuração das políticas públicas, que passaram a ter avaliação de acordo com a conformação aos direitos humanos; o segundo ponto é que passou a avaliar resultados concretos; tiveram marcadamente o caráter público, deliberativo e experimental; significaram a mediana entre questões econômicas e jurídicas.[113]

A Corte Colombiana começou a acompanhar o cumprimento das ordens pela Estado por meio da criação de níveis indicadores. Se inicialmente isso se deu pela formulação de quatro grupos, a saber, não conformidade, baixa conformidade, média conformidade e alta conformidade, logo ficou nítido o erro metodológico, devido à quantidade de informações, que no fim das contas, atrapalhavam o andamento da avaliação. Concluiu-se que era urgente a criação de parâmetros objetivos, o que foi alcançado graças ao engajamento de algumas das instituições do próprio Estado.

Conforme Garavito e Kauffman, foram chamados para o debate o estado colombiano, a Comissão de Monitoramento e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur), em que se chegou a um número de cem indicadores, que foram divididos em vinte grupos que refletiam as principais falhas nas políticas estatais, associando aos direitos civis, políticos e socioeconômicos em jogo.[114]

A Corte iniciou o desafio de produção de indicadores com os chamados direitos de gozo efetivo, que são projetados para comparar as condições de vida das vítimas de deslocamento forçado com o conteúdo dos direitos fundamentais. O passo seguinte veio com a percepção que

[112] GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Op. cit., p. 216.
[113] Ibidem, p. 217.
[114] Ibidem, p. 36.

tais indicadores mediriam o resultado final, ou seja, cumprimento ou não da ordem, numa espécie de tudo ou nada, porém, não eram capazes de revelar mudanças mais sutis, que poderiam causar interferência neste resultado final. A saída encontrada foi a inclusão de indicadores chamados complementares, que teriam por objeto os avanços, retrocessos e estagnações em uma esfera macro da política, já o chamado indicador setorial, cobriria as informações e resultados obtidos pelos órgãos envolvidos na promoção da política.

Necessário dizer que processo de adoção dos indicadores foi longo e gradual, e passou pela discussão e escrutínio dos atores sociais envolvidos na demanda estrutural, de forma que ao longo de todo o período de implementação, era comum o aperfeiçoamento dos até ali existentes e também, sugestão de criação de novos indicadores, assim como a avaliação dos resultados até ali obtidos. Tais discussões ocorreram em grande parte por meio de audiências públicas e sua sistematização feita através dos *autos*.

Por fim, Garavito e Franco, ressaltam que essa construção foi de grande aprendizado para a Corte Constitucional Colombiana, que no início transferiu esse processo técnico-criativo para os atores sociais do governo e da sociedade civil, mas ao final, se mostrou estar em igualdade de condições para enfrentar o debate.[115] Por meio dos indicadores, foi possível sistematizar as informações sobre o deslocamento forçado e estabelecer um sistema sofisticado de acompanhamento das políticas públicas.

Outra inovação da Corte com os mecanismos de monitoramento, foram as chamadas *sessões temáticas regionais e informais*, criadas em 2010 em que a audiência pública é realizada nas localidades habitadas pelas pessoas deslocadas, sendo acionada quando se faz necessário o esclarecimento de questões específicas.[116] Em 2009 foi criada a *Sala Especial de Seguimiento*, compostas de três ministros da Corte Constitucional Colombiana, um ministro auxiliar e cinco assistentes, que tem como função analisar o grande volume de informação que chega para a Corte sobre os processos de implementação das ordens.

Através do monitoramento foi possível acompanhar o andamento da implementação das ordens da corte, visando a implementação das políticas públicas promotoras de proteção e

[115] Ibidem, p. 228.
[116] BEZERRA, Rafael. Op. cit., p. 105.

promoção de direitos fundamentais para as pessoas deslocadas, mas para além disso, se havia de fato um impacto positivo resultante da intervenção da Corte, com a efetiva modificação de uma realidade social dissociada do projeto constitucional.

3.2.1.1 Outras técnicas de implementação

As técnicas de implementação constituem a forma como a implementação irá ocorrer para a efetivação da decisão proferida. Com base na sistematização do autor Eduardo Dantas, será apresentada uma visão geral sobre as principais formas de implementação nas ações de tipo estrutural, para além das já analisadas na implementação das decisões do estado de coisas inconstitucional.[117]

1) Ordens judiciais coercitivas e sanções:

Esta técnica normalmente é associada ao modelo de ordens rígidas e específicas, devendo ser cumprida de forma coercitiva, ou seja, há previsão de sanção para o caso de descumprimento. Se faz útil quando o magistrado tem a seu dispor todas as informações necessárias à prolação de uma ordem executiva clara, objetiva e específica.[118] Pode ser adotada também caso outras formas de implementação não se mostrem satisfatórias ou não surtam efeitos. Por outro lado, caso o juiz não possua um arcabouço de informações suficientes para fundamentar a execução, ou quando a política pública em questão for suscetível a inúmeras variáveis, a utilização dessa técnica não é recomendável. Quanto às sanções, podem ser desde arbitramento de multas, aumento de custas processuais, prisão, destituição de cargo público até o fechamento da instituição inadimplente. Porém, essas medidas não são imunes às críticas, sendo na maioria das vezes consideradas exageradas e até contra a ideia de implementação de um direito fundamental, o que leva os autores a defenderem a utilização dessa técnica como última opção diante da omissão estatal.

[117] DANTAS, Eduardo Sousa. Op. cit., p. 127 – 153.
[118] Ibidem, p. 128.

2) Acordos e planos de implementação

A técnica é baseada em acordos judiciais e extrajudiciais formulados pelas próprias partes. Apresenta alguns pontos positivos, como diminuir o gasto de recursos do poder judiciário, evitando a judicialização, tendo em vista que as partes, teoricamente, buscam em comum acordo as soluções para a violação de direitos fundamentais. Além disso, retira do juiz o papel de centralidade na coordenação da formulação da política pública. Evidentemente, em alguns casos, haverá diferenças irreconciliáveis que ensejará a intervenção judicial para decidir sobre os pontos controvertidos. Deve-se também levar em conta que frequentemente as partes não exporão as nuances de questões institucionais ou omitirão informações importantes. Nessas situações, o juiz também deve intervir para tornar o procedimento o mais claro para todas as partes. Quanto aos planos, os quais normalmente contém as medidas a serem tomadas e os prazos estipulados, de forma que seja realizável, também apresenta pontos positivos e negativos. Como lado positivo é a exploração da capacidade do órgão estatal de se debruçar sobre o problema e pensar em soluções, mas, como crítica, é entregar ao próprio violador do direito fundamental a tarefa de eliminar o problema.

3) Nomeação de masters, monitores, mediadores, administradores e comissões de acompanhamento

Nessa modalidade de implementação, a corte utiliza a ajuda de terceiros que não fazem parte da demanda, seja para sugerir soluções ou ajudar a colocar em prática. A nomeação de experts tem como objetivo traçar junto à corte as melhores medidas para aplicar ao caso concreto, supriria a necessidade de um conhecimento técnico sobre o assunto que em muitos casos, os magistrados não dominam. Além de poder atuar em diferentes fases da implementação, ajudam a manter a postura equidistante dos juízes da causa, que passam a se envolver menos com a lide. Os masters são os experts judiciais incumbidos da tarefa de coletar informações e apresentar propostas ou recomendações.[119]

Os monitores teriam a função de informar ao tribunal sobre o cumprimento das decisões, sendo uma função normalmente dos autores da ação. O uso de monitores é mais adequado quando se trata de uma demanda complexa. Por outro lado, o mediador é delegado pela corte e

[119] Ibidem, p. 143.

atuam de forma mais direta na implementação. O administrador implementa a ordem da corte por conta própria, sendo uma figura acionada em casos complexos e de difícil acompanhamento. Já as comissões foram utilizadas na Índia e na Colômbia, com grande engajamento da sociedade civil, sendo nomeados professores, ativistas sociais, pesquisadores, mas também servidores do governo e do poder judiciário.

4) Ajuizamento de novas ações

Nesse ponto, se defende o ajuizamento de novas ações com base na decisão já proferida na ação estrutural. Seria uma forma de exercer pressão sob o poder público, com novas decisões e até mesmo indenizações pelo descumprimento. Essa nova ação não se confunde com a tutela estrutural, que seria uma estratégia de implementação. No fim, seria uma forma de pressão por via do "ataque" aos cofres públicos, gerando um efeito de estímulo para que o estado saia da inércia em cumprir as decisões no âmbito de reestruturar a política pública em discussão.

5) Prescrição de medidas alternativas

Essa é uma técnica que pode ser acionada para implementação das ordens quando há resistência do poder público em atuar para cumprir a sentença. O principal fator positivo é a possibilidade de ampliar a proteção aos direitos fundamentais enquanto se diminui o impacto financeiro e orçamentário. Um grande exemplo se deu nos Estados Unidos em ações estruturais que visavam a reforma do sistema carcerário, diante da dificuldade em conseguir atingir os objetivos traçados nas ordens, por conta de uma política legislativa de encarceramento. O tribunal da Califórnia e após a Suprema Corte decidiram então determinar a redução da população carcerária, com a liberação de presos condenados por crimes considerados menos graves. A ideia é que se adote soluções criativas para romper a rígida inércia do poder público.

3.2.2 Efeitos

Em seu artigo, Cesar Rodríguez Garavito explica, que os efeitos da decisão judicial podem ser diretos ou indiretos, instrumentais ou simbólicos. Os efeitos diretos são aqueles produzidos diretamente as partes envolvidas no caso, os destinatários das ordens da Corte. Os efeitos indiretos são derivados da sentença e afetam não somente as partes, mas a toda a

sociedade. O autor exemplifica com organizações da sociedade civil que acompanham o processo de implementação e, até mesmo, a forma como a mídia passa a tratar do tema.[120]

O efeito instrumental é aquele que causa mudança na conduta dos indivíduos e dos grupos sociais. Garavito explica que é o caso da criação de programas de atenção à população deslocada, a atuação de organizações internacionais e a criação de organizações de deslocados internamente para acompanhar o processo de implementação da política pública.[121] O efeito simbólico estaria diretamente ligado à percepção que a sociedade como um todo tem do problema que demanda intervenção.

Segundo Garavito, a *Sentencia T-025* provocou alguns efeitos, sendo o mais imediato, o efeito desbloqueador, para movimentar as estruturas burocráticas estatais e atender as demandas por direitos fundamentais da população deslocada.[122] O segundo efeito foi o coordenador, a Corte Constitucional Colombiana promoveu a coordenação entre agências diretamente envolvidas com o caso, mas também indiretamente.

O terceiro efeito foi político. A decisão teve impacto na construção de uma política pública nacional de longo prazo para a população deslocada internamente, assim como o desenvolvimento de mecanismos de implementação e monitoramento. O quarto efeito foi o participativo, que abriu espaço para diversos atores da sociedade civil não governamentais e governamentais e agências a nível internacional.

Quinto efeito, foi o setorial. Nesse caso, busca-se saber como a decisão conseguiu interferir positivamente na melhoria de condições do grupo que reivindicava por direitos fundamentais. Conforme Garavito, é difícil traçar uma comparação com a situação socioeconômica anterior à decisão, até mesmo pela falta de dados que possam embasar tal pesquisa, contudo, o autor afirma, que os números envolvendo acesso à saúde e educação melhoraram após o julgamento. Porém, afirma que as condições envolvendo outros direitos

[120] GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Op. cit., p. 24.
[121] Ibidem, p. 25.
[122] GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review, v.** 89, p. 1669 - 1698, 2011, p. 1683.

sociais continuam insatisfatórias, tendo em vista que os níveis de pobreza e falta de acesso à moradia permanecem altos.[123]

O sexto efeito foi o de reformulação. Houve uma mudança na visão que se tinha sobre o problema do deslocamento forçado, que antes era compreendido apenas como um efeito colateral dos diversos conflitos armados, e passou a ser tratado como um problema de direitos humanos, que requer uma reação imediata e um engajamento das instituições estatais.

3.3 CRÍTICAS

Não seria possível concluir o presente trabalho sem abordar as críticas feitas às ações estruturais e ao estado de coisas inconstitucional, não só para que se conheça os argumentos contrários, mas que se estabeleça o debate e o diálogo, podendo resultar em novas visões e propostas de enfrentamento.

A crítica mais contundente é contra o ativismo judicial, que poderia resultar em uma casta de burocratas decidindo contra a posição da população, não respeitando a vontade democrática estabelecida pelo voto em representantes eleitos. Conforme Garavito e Franco, há preocupação no meio acadêmico com os efeitos antidemocráticos, porém, outra corrente, formada por juristas e economistas, entende que se deve ter uma interpretação restritiva do direito e dos direitos.[124] Os autores ressaltam que as críticas mais contumazes são as que tratam do caráter antidemocrático e da incapacidade das cortes de promover as mudanças estruturais requeridas para a efetivação de direitos humanos, a estrutura das cortes não comportaria essa atividade, além de faltar a *expertise* para tratar da complexidade dos temas políticas públicas e reestruturação social.

A crítica se centra na origem não democrática dos juízes. Faltaria a legitimidade proporcionadas pela realização de eleições, além de representar um risco ao princípio da separação de poderes, já que tais competências seriam dos Poderes Executivos e Legislativo. De outro aspecto, ainda chama atenção para a prestação de contas, também denominado de *accountability*, pois, faltaria meios ao cidadão de controlar o ato desses juízes ativistas.

---

[123] Ibidem, p. 1686.
[124] GARAVITO, César Rodríguez. Op. cit., p. 34.

Partindo da crítica ao ativismo judicial, Eduardo Dantas sistematiza a crítica em três vertentes, a democrática, a institucional e a liberal.[125] Para a crítica democrática, eventuais desentendimentos sobre a aplicação ou exercício de direitos, deve ser decidida pelo campo político e democrático através do estímulo da participação política dos cidadãos. A crítica institucional leva em consideração a falibilidade dos juízes, suas limitações interpretativas e temporais. Para essa vertente, a *expertise* para falar e decidir sobre políticas públicas reside nos poderes executivo e legislativo, devendo o judiciário interferir o mínimo possível, ainda que na interpretação de normas ambíguas no âmbito das políticas públicas. Por fim, a crítica liberal, que tem fundamento no constitucionalismo moderno, e estabelece a separação de poderes como uma garantia fundamental dos cidadãos, impedindo justamente o surgimento de autoritarismos.

No mesmo sentido, Sabel e Simon listam algumas críticas feitas ao litígio em direito público.[126] Há um certo ceticismo quanto à capacidade das Cortes em obter as informações necessárias para supervisionar efetivamente a reestruturação. Os críticos entendem que ainda que as Cortes fossem suficientemente informadas, sua atuação seria estreita e rasa para a tarefa. Estreito porque os problemas das instituições e agências públicas envolvem inúmeras outras instituições e práticas sociais, muito além da realidade da esfera dos tribunais. Consideram superficial, pois tais reestruturações dependem da atuação de agentes estatais no "nível da rua", o que dificulta a execução e supervisão das ordens dos tribunais.

Por outro lado, novamente surge a crítica do papel dos tribunais e o princípio da separação dos poderes. O entendimento contrário, se dá no sentido que mesmo que a atuação das cortes no litígio estrutural seja efetivo, seria ilegítimo, pois, foge ao princípio da separação dos poderes, faltando embasamento legal ou convencional. Haveria então uma usurpação da competência do executivo, legislativo e, em alguns casos, violação ao princípio federativo. A preocupação com a integridade do princípio da separação de poderes se dá juntamente com o papel das deliberações democráticas, em dois vieses, a fragmentação e desequilíbrio de poderes poderia levar à tirania e, faltaria uma forma de controle aos atos judiciais no empreendimento da atividade estrutural.[127] Um outro aspecto da atividade judicial nos litígios estruturais em sua atividade não típica, seria ignorar a complexidade da relação entre os poderes executivo e

[125] DANTAS, Eduardo Sousa. Op. cit., p. 56-68.
[126] SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public Law litigation succeeds. **Harvard Law Review,** v. 117, n. 4, p. 1016-1101, 2004, p 1017-1018.
[127] Ibidem, p. 1090.

legislativo, inclusive, em muitas situações em que os remédios estruturais serão elaborados, também se fará necessária a atuação conjunta desses poderes

Um grande crítico do estado de coisas inconstitucional é o autor Lenio Streck, que se manifestou contrariamente à possibilidade de aplicação no Brasil. Em síntese, sua principal preocupação, se dá com o ativismo judicial, que pode ser desencadeado através de ações questionando diversos âmbitos da realidade fática, que deveriam ser pautadas na esfera política, por meio do debate democrático e pelos representantes que foram eleitos para cumprir essa função, dessa forma, assim como os autores já citados, há uma crítica com relação ao princípio da separação dos poderes. Outro ponto para o autor, seria que o estado de coisas inconstitucional poderia se tornar um "guarda-chuva" para todos os tipos de ativismo e para as mais diversas demandas por inconstitucionalidade ao judiciário. O professor Lenio Streck, reforça que o controle de constitucionalidade deve se dar com relação às normas jurídicas e não à realidade fática.

Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo também teceram fortes críticas ao estado de coisas inconstitucional. Os autores entendem que trata-se de uma ameaça ao princípio da separação de poderes, além disso, o poder judiciário não teria estruturas, meios ou organização para promover tais mudanças sociais por meio de sentenças judiciais. Entendem que não há clareza na forma de execução dessas ordens, seus limites e forma de exercer o controle desses atos.

3.4. O ESTADO DE COISAS INCONVENCIONAL: UMA ADAPTAÇÃO À VISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Diante dos pressupostos do estado de coisas inconstitucional, Siddharta Legale e David Pereira dão um passo além, e propõe a tese do estado de coisas inconvencional. Os autores partem de dois pressupostos. O primeiro deles é o paralelismo com o estado de coisas inconstitucional, nos moldes delineados pela Corte Constitucional Colombiana, com as devidas adaptações, tendo como elementos caracterizadores, a violação massiva de Direitos Humanos, omissão do Estado no cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos e o litígio estrutural. O segundo pressuposto, é a jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que vem se manifestando de forma reiterada por meio de medidas

cautelares, principalmente nos casos de violações de direitos humanos nos presídios brasileiros. Nesse aspecto, cabe traçar algumas considerações sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos.[128]

A Corte possui jurisdição consultiva e contenciosa. No exercício de sua jurisdição consultiva, pode produzir pareceres e opiniões consultivas, que não vinculam os estados. Já sua jurisdição contenciosa é provocada (*jus standi*) somente mediante petição de um Estado-membro, que tenha reconhecido a jurisdição contenciosa da Corte, ou por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A Corte, em sua jurisdição contenciosa, julga ações de responsabilidade internacional do Estado por violação de Direitos Humanos.[129]

No tocante à legitimidade ativa dos indivíduos, a vítima ou seus representantes possuem somente direito de petição à Comissão, que analisa as questões de admissibilidade e também de mérito. Os pressupostos de admissibilidade das petições individuais à Corte são, esgotamento das instâncias internas, ausência do decurso do prazo de seis meses da última via recursal interna, ausência de litispendência internacional e ausência de coisa julgada internacional.

No bojo do segundo pressuposto estabelecido pelos autores, que são as medidas cautelares no âmbito da jurisdição contenciosa, necessário destacar o regulamento da Comissão, em que fica nítido as três condições analisadas pela Comissão para adotar uma medida cautelar: gravidade, a urgência e se trata de uma situação que pode causar danos irreparáveis, como estabelece em seu artigo 25:

> 1. (...) a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido de parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares. Essas medidas, tenham elas ou não conexão com uma petição ou caso, deverão estar relacionadas a situações de gravidade e urgência que apresentem risco de dano irreparável às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente nos órgãos do Sistema Interamericano.
>
> 2. Nas tomadas de decisão a que se refere o parágrafo 1, a Comissão considerará que:a. "gravidade da situação" significa o sério impacto que uma ação ou omissão pode ter sobre um direito protegido ou sobre o efeito eventual de uma decisão pendente em um

[128] FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, Daniel Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. **Revista Publicum,** Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 67-82, 2016, p. 72.
[129] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 430.

> caso ou petição nos órgãos do Sistema Interamericano; b. a "urgência da situação" é determinada pelas informações que indicam que o risco ou a ameaça são iminentes e podem materializar-se, requerendo dessa maneira ação preventiva ou tutelar; etc. "dano irreparável" significa os efeitos sobre direitos que, por sua natureza, não são suscetíveis de reparação, restauração ou indenização adequada.[130]

É ainda possível que diante do não cumprimento da medida cautelar pelo Estado, a Comissão solicite a Corte a adoção de uma medida provisória. A Corte, quando já atuando no caso, e vislumbrando uma situação que pode gerar um dano irreparável, pode adotar uma medida provisória de ofício ou a requerimento, é que se extrai do artigo 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

> 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.[131]

Em acesso a endereço eletrônico da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na disponibilização das medidas cautelares, de 1996 até 2018, foram adotadas trinta e quatro contra o Brasil, em que os temas mais recorrentes são em proteção contra as condições de adolescentes em conflito com a lei em estabelecimentos socioeducativos e pessoas privadas de liberdade nos presídios do país.

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabeleceu em seu artigo 22, os direitos de circulação e residência, em referências às migrações. No âmbito da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, possível destacar a Opinião Consultiva 25, o caso da Família Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional da Bolívia e o caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas v. República Dominicana.

No caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas expulsas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos verificou que havia um quadro em que essa população recorrentemente se encontrava em situação de pobreza e sofria com frequência tratamento pejorativo e discriminatório, incluindo por parte de autoridades, o que aumentava o seu grau de

---

[130] Link: http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp

[131] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 2019.

vulnerabilidade. Havia uma dificuldade em conseguir realizar registros e documentação, assim como constatou-se que havia uma prática de expulsões sistemáticas e coletivas, sem a análise individualizada de cada caso, demonstrando mais uma vez o tratamento diferenciado aos haitianos e pessoas dominicanas de origem haitiana. No caso da família Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional da Bolívia, a Corte entendeu que o Estado havia violado o direito à busca e ao recebimento de asilo, assim como violou o princípio do *non-refoulement*, e não forneceu garantias judiciais e proteção judicial.

Na Opinião Consultiva 25, a Corte Interamericana de Direitos Humanos responde à consulta do Equador sobre a natureza e alcance da instituição do asilo e determina para esses efeitos a interpretação que assegure a vigência do artigo 22.7 da Convenção Americana. Nessa oportunidade, o entendimento unânime foi no sentido de que o direito de receber e buscar asilo é um direito humano, o que corresponderia ao asilo no sentido de refúgio, conforme a Convenção de Genebra de 1951, e de asilo territorial. O asilo político não está abarcado pela proteção da convenção. Interessante notar que para a Corte, asilo territorial consiste na proteção que um Estado oferece em seu território as pessoas nacionais ou residentes habituais de outro Estado, em que são perseguidas por motivos políticos, crenças, opiniões ou filiação político-partidária, ou ato que possam ser considerados como delitos políticos ou comuns conexos. Já o asilo diplomático, seria a proteção que o Estado oferece em suas legações, navios de guerra, aeronaves e acampamentos, pelos mesmos motivos citados.

Diante da exposição, conclui-se que o tema das migrações ainda não é tão recorrente na Comissão e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e o Brasil ainda não discutiu o tema nessa esfera de jurisdição. Seria então possível falar em um estado de coisas inconvencional na política migratória brasileira? O primeiro pressuposto, que conforma o estado de coisas inconstitucional será abordado no capítulo seguinte, por isso, o foco nesse momento, será o segundo pressuposto, que já permite responder a pergunta.

Dentre as medidas cautelares contra o Brasil, até o ano de 2018, nenhuma se deu por violação de direitos humanos interligados à migração ou deslocamento forçado. Nenhuma medida provisória da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil se deu em razão de descumprimento reiterado e violações de direitos humanos de migrantes ou refugiados, e também não há sentenças condenando o Estado brasileiro. Dessa forma, o segundo

pressuposto não se encontraria preenchido, não sendo possível nos moldes da propositura formulada pelos autores, afirmar haver um estado de coisas inconvencional na política migratória brasileira.

Por outro lado, nada impede que se realize o controle de convencionalidade internamente. Na explicação de André de Carvalho Ramos é possível exercer o controle de convencionalidade de matriz nacional, que é o exame de compatibilidade entre o ordenamento jurídico interno e as normas internacionais internalizadas, realizada pelos próprios juízes ou tribunais brasileiros. O parâmetro do controle é o tratado, e o objeto do controle é a lei ou ato normativo, não importando sua hierarquia no ordenamento jurídico nacional.[132]

Os tratados que possuem status supralegal, possuem hierarquia normativa superior à legislação infralegal, porém, inferior à Constituição, ou seja, o efeito do controle é paralisar a eficácia da legislação ordinária contrária. No caso dos tratados internacionais de Direitos Humanos aprovados na forma do Art. 5º, §3º da Constituição Federal, por meio de quórum qualificado, e que fazem parte do chamado bloco de constitucionalidade, possuem status de emenda à constituição, logo, terão essa hierarquia para efeitos de controle.

Já com relação ao procedimento, os tratados internacionais aprovados com base no Art. 5º, §3º da Constituição Federal, poderia ser realizado mediante ação direta ao Supremo Tribunal Federal, também podendo ser parâmetro para o controle difuso. Já os tratados com status supralegal, podem apenas ser parâmetro para controle difuso.[133]

Nesse sentido, em setembro de 2019, a Procuradora Geral da República, ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 619), questionando a Portaria nº 666, de 25 de julho de 2019, do Ministério da Justiça, que prevê em seu texto, o impedimento de ingresso, a repatriação e a deportação sumária de estrangeiro, utilizando termos como "pessoa perigosa para a segurança nacional". O ato normativo estaria em desconformidade com princípios constitucionais da igualdade, dignidade humana, do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, mas também, contrário aos novos parâmetros da

[132] RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 533.
[133] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 1343.

Lei de Migração 13.445, que inaugura no Brasil uma visão de migração fundada nos Direitos Humanos, assim como também desrespeita o princípio fundamental do Direito Internacional dos Refugiados, que é o *non-refoulement*. Na petição desta ação direta, um dos argumentos utilizados pela chefe do Ministério Público Federal é a inconvencionalidade do ato normativo, conforme exposto no seguinte trecho:

> O Brasil, ao menos desde a promulgação das Convenções de Haia, em 1907 (ratificada em 1914) e especialmente com a subscrição da Carta de São Francisco (1945) de constituição das Nações Unidas, assumiu na comunidade internacional o papel de corresponsável pela promoção dos direitos humanos. Nesse processo participou ativamente da promulgação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas de 1948. E ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como reconheceu a jurisdição contenciosa obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.
> O Brasil está vinculado a essa ordem internacional de proteção aos direitos humanos por força da vontade de sua própria Constituição, que determina que o Estado se regerá em suas relações internacionais com base no princípio da prevalência desses direitos (art. 4º, II). Esse preceito é reforçado pelas normas das Disposições Constitucionais Transitórias, que demonstra a aceitação brasileira a um tribunal internacional de direitos humanos, ampliativas do rol de direitos fundamentais constantes do §§ 2º a 4º do artigo 5º, bem como pelo disposto no art. 7º do Ato.
> Assim, a partir da submissão voluntária do Brasil a atos normativos internacionais de proteção de direitos humanos, bem como à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, instalou-se a possibilidade – e necessidade – de exercício permanente de **controle de convencionalidade da normatização interna**. Dever idêntico resulta da própria Constituição brasileira, à luz do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988.[134]

3.5 A ADPF 347 E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No ano de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com base na representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), que tinha como objetivo discutir o cenário de massiva e generalizada violação de direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, buscando que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse o estado de coisas inconstitucional, e atuasse de forma a coordenar as ações para sanar a realidade de violações reiteradas de direitos. A petição inicial demonstra o contexto fático, descrevendo-o como:

> Bárbaro, desumano e que trata como menos que gente a população encarcerada". (...)
> As prisões possuem celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças

[134] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Administrativo e outras matérias de direito público. ADPF 619. Requerente: Procuradora Geral da República. Interessado: Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública. Relatora: Ministra Rosa Weber. Distrito Federal, 26 de setembro de 2019.

> infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, torturas e violência sexual contra os presos são frequentes, praticados por outros detentos ou agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos.[135]

A petição destaca que esse cenário é incompatível com a Constituição Federal e viola o princípio da dignidade humana, da proibição da tortura, do tratamento desumano e degradante, vedação das sanções cruéis, o cumprimento da pena em estabelecimento distinto de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado, violação do respeito à integridade física e moral, assim como a presunção de inocência. Lembra também, que o Estado brasileiro já recebeu intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para o cumprimento de medidas provisórias, que versavam sobre a situação das prisões no país, como Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, em Recife/PE, da Penitenciária Urso Branco, de Porto Velho/RO, do Complexo do Tatuapé, de São Paulo, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins da Silveira, de Araraquara/SP e do Complexo de Pedrinhas, de São Luiz/ MA.

Outro ponto debatido é a falta de representação política, tendo em vista que os presos não votam, e a impopularidade deste grupo, de forma que a sociedade acaba legitimando esse tipo de tratamento degradante, desumanizando essas pessoas e indo frontalmente contra a Constituição Federal. Dessa forma, defendem o papel contramajoritário do STF na afirmação dos direitos e garantias fundamentais.

A argumentação continua, no sentido de que a Corte Constitucional da Colômbia desenvolveu a técnica decisória do estado de coisas inconstitucional, visando retirar os órgãos públicos da situação de inércia diante das violações graves e sistemáticas de direitos fundamentais, ocasionadas por falhas estruturais em políticas públicas. A função do Supremo Tribunal Federal seria de coordenar a concentração de esforços para trazer os órgãos para a discussão, e traçarem as medidas a serem adotadas para superar o estado de violações graves e massivas de direitos fundamentais, ocasionadas por bloqueios institucionais.

---

[135] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Administrativo e outras matérias de direito público. ADPF 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Interessado: União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 9 de setembro de 2015.

Os pedidos cautelares versavam sobre a motivação expressa das razões que impliquem a impossibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; realização de audiências de custódia; determinar que os juízes e tribunais passem a considerar fundamentalmente dramático o quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, aplicação da pena e na execução penal; reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, apliquem sempre que viável, penas alternativas à prisão; afirmar que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos; reconheça que o juízo da execução tem o poder-dever de abater o tempo da pena a ser cumprida quando as condições para o cumprimento da pena foram mais severas do que as previstas na ordem jurídica; determine que o Conselho Nacional de Justiça coordene um ou mais mutirões carcerários ; imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional.

O Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, em seu voto, esclarece que a responsabilidade pelo estágio em que as penitenciárias estão não pode ser atribuída a um só órgão, mas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e no nível da União, Estados e Distrito Federal. Existem problemas de formulação e implementação de políticas públicas, devido à falta de coordenação institucional. O Ministro afirmou que a responsabilidade do Poder Público é sistêmica, com alto grau na deficiência nas ações estatais, configurando a chamada falha estatal estrutural, e a solução para cessar a situação de massiva e generalizada violação de direitos fundamentais, passa pela coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas das três esferas de poder e dos diferentes entes federados.

Com relação aos pressupostos de configuração do estado de coisas inconstitucional, o Ministro avalia que devem estar preenchidos três pressupostos principais:

> O requerente diz estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de "estado de coisas inconstitucional". Segundo as decisões desse Tribunal, **há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim uma pluralidade de autoridade**s (...).

Além de entender que os três requisitos estavam preenchidos, compreende que o Supremo Tribunal Federal é sim capaz de superar os bloqueios institucionais e políticos que ocasionam a situação de grave e massiva violação de direitos fundamentais. Tendo em vista que os canais políticos estão obstruídos a intervenção judicial mostra-se legítima, já que há elevada omissão estatal sobre tema. A definição do conteúdo da política não ficaria a cargo do STF, mas sua função seria de coordenar, oferecer parâmetros e estabelecer objetivos.

Por fim, os Ministros por maioria, nos termos do voto do relator deferiram a cautelar para realização das audiências de custódia, para comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até vinte e quatro horas, e por maioria, deferiram a cautelar de liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional. Além disso, o Tribunal, por maioria, concedeu a cautelar de ofício, proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso, para determinar à União e aos Estados, que encaminhem ao STF informações sobre a situação prisional.

Nesse sentido, é possível registrar que o Brasil voltou seu olhar à jurisprudência de um país sul americano, mais parecido com a sua realidade, econômica, social e política, além de realidades constitucionais próximas, construídas a partir de Constituições recentes que são resultados de transições políticas, o Brasil, saído de um regime ditatorial e a Colômbia, que enfrentava sérios conflitos internos entre grupos paramilitares, com extensos rols de direitos sociais previstos em seus textos e, que conforme Vieira e Bezerra, repercutiram e continuam a influenciar no desenho institucional de ambos os países.[136] No fim, um dos resultados, também é sair da lógica de importações teóricas apenas do direito norte-americano e europeu.

Contudo, existem posicionamentos críticos à forma como o Supremo Tribunal Federal importou a técnica, conforme, a impressão é não ter colocado o instituto jurídico do "Estado de Coisas Inconstitucional" em sua dimensão originária. Mesmo reconhecendo o cenário caótico do sistema penitenciário, dos oito pedidos realizados na petição inicial, apenas dois foram deferidos.[137] A decisão não tem sido efetivada, em vista que mesmo a liberação de recursos do FUNPEN para investimento nos presídios, ainda não foi cumprida pela União. Os autores

---

[136] VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. **Estado de coisas fora do lugar**. Disponível em:<https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>. Acesso em: 12 mai. 2019.

[137] VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a sentencia T-025 e a ADPF 347/DF-MC. *In*: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 217.

chamam que Reclamações Constitucionais vêm sendo ajuizadas para evidenciar o descumprimento da decisão, além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos identificou que as violações permanecem ocorrendo. A utilização da técnica do estado de coisas inconstitucional sem adentrar sua razão, que é o redesenho institucional e realizar o monitoramento da decisão, chamando os demais atores institucionais para participar efetivamente do debate e da reconstrução do modelo institucional, muito provavelmente será ineficaz.

Interessante é a observação feita por Vanice Valle e Carina Gouvêa sobre os mecanismos adequados de tutela para a efetivação desses direitos socioeconômicos. Na Colômbia, existe um sistema criado para frear possíveis infidelidades constitucionais, em que o poder judiciário ocupa um importante papel. Em destaque, nesse país existe um instrumento chamado *Acción de Tutela*, que visa proteger direitos fundamentais violados ou ameaçados por ação ou omissão do poder público. Esse instrumento pode ser manuseado por qualquer cidadão ao poder judiciário, ainda que sem representação de advogado.

Em comparação, as autoras ressaltam, que a Constituição Federal, em seu Art. 5º, §1º estabelece que todos os direitos fundamentais têm eficácia imediata, porém, no Brasil, os instrumentos de efetivação são diversos. Os casos que se discutem a proteção de direitos fundamentais, de atuação contramajoritária do STF, não são ajuizados pelo grupo interessado, mas sim, pelos legitimados ativos previstos constitucionalmente no Art. 103 e Art. 2º da Lei nº 9.868/1999, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental, como foi o caso da ADPF 347, ajuizada por um partido político, entre outras ações possíveis. Observa-se também que o requisito do congestionamento da justiça na ADPF 347 não foi preponderante.

Ainda nesse sentido, outra saída encontrada pela Corte Constitucional Colombiana, é a de reunir diversas *acciones de tutela* sobre o mesmo tema para decidir. Mas, mesmo tendo esses mecanismos mais acessíveis à população, não conseguiu dar conta de todas as violações sistemáticas e generalizadas de direitos fundamentais, passando então a empregar, através de experimentalismos, a técnica do estado de coisas inconstitucional. Dessa forma, coordena as discussões sobre a implementação de políticas públicas com os diversos órgãos e níveis de poder, que podem atuar para fazer cessar as omissões que geram as violações. Dessa forma, se

atua reestruturando os arranjos institucionais que configuram aquela política, buscando sanar as falhas estruturais. A técnica decisória foi a saída encontrada, a estratégia, para tentar se manter dentro das diretrizes constitucionais estabelecidas e garantir e promover direitos fundamentais.

4. A MIGRAÇÃO NO BRASIL: A TESE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL SERIA APLICÁVEL?

4.1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO E SÍNTESE HISTÓRICA

Neste capítulo será trabalhado brevemente o histórico da migração no Brasil, com especial atenção ao instituto do refúgio, que configura o deslocamento forçado de pessoas, por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. Será feita uma análise da política migratória do Estado brasileiro atualmente, feito um recorte para as políticas em refúgio, à luz dos pressupostos do estado de coisas inconstitucional, em que o foco será a coordenação entre os entes federados e as instituições responsáveis pela concretização das políticas. Será analisado o aspecto normativo e também um olhar prático, através da entrevista realizada com duas das advogadas atuantes na Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro.

Tratando do tema dos direitos da população migrante, André de Carvalho Ramos explica que o direito internacional da mobilidade humana abrange um conjunto de normas que regem a situação das pessoas em deslocamento fronteiriço, em permanência, temporária ou definitiva em Estado o qual não seja nacional.[138] As regras gerais abrangem todas as categorias de migrantes, seja a pessoa imigrante ou emigrante, assim como as regras especiais sobre apatridia e refúgio.

De início, é possível fazer algumas considerações sobre conceitos importantes para o entendimento do tema. Migrante é a pessoa que se desloca de seu lugar de residência até outro, visando ali permanecer temporariamente ou definitivamente. Estrangeiro é o status jurídico de uma pessoa que não é nacional de um determinado país, já migrante é aquele que migra, ou seja, muda seu local de residência. Essa migração pode ser voluntária, quando é realizada uma opção, uma decisão que leva em consideração vantagens de viver em outro local, na maioria das vezes buscando melhores condições de vida. No caso das migrações forçadas, a mudança é necessária para preservação de sua vida e integridade, o que as distingue então, é que no

[138] RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 927.

primeiro caso está em jogo a vontade, no segundo, a necessidade de preservação da própria vida e integridade.[139]

A Nova Lei de Migração, nº 13.445/2017, definiu o imigrante como pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil. Para a Organização Internacional para as Migrações, o migrante é qualquer pessoa que se desloca ou tenha se deslocado através de uma fronteira internacional ou dentro de um país, fora de seu lugar de residência habitual, independentemente de sua situação jurídica, o caráter voluntário ou involuntário do deslocamento, as causas do deslocamento ou a duração de sua estadia.

O ACNUR alerta que é importante deixar claro que migrante e refugiado são situações distintas, sendo essencial que se explicite que migração se trata de um processo voluntário, já o refúgio, se trata de um deslocamento forçado, possuindo uma proteção específica do Direito Internacional, com características próprias. Não realizar essa distinção terminológica, pode implicar no enfraquecimento nos mecanismos de proteção ao refugiado.

Deve-se de pronto já ressaltar que o grande fluxo migratório atual no Brasil, proveniente principalmente da Venezuela, possui migrantes e refugiados. Esse movimento é complexo, chamado por alguns de fluxo migratório misto, pois incluiria refugiados (categoria específica pela Convenção de 1951), solicitantes de asilo, residentes fronteiriços, solicitantes de autorização de residência, visto de acolhida humanitária, migrantes econômicos, entre outras situações jurídicas.

O mundo passa atualmente por grandes paradoxos e desafios quanto a forma de lidar com os fluxos migratórios. O tema segue em voga, principalmente devido ao grande aumento no número de migrantes, gerando polêmica principalmente quando se fala em deslocados forçados, em situação de refúgio, seja por razões de sobrevivência, fugindo de conflitos armados, por raça, religião, nacionalidade ou grupo social, e até mesmo desastres ambientais. Isso certamente provoca impactos no âmbito político, mas também, no campo jurídico, pois, diferentemente da

[139] FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. **Direitos humanos dos migrantes**: ordem jurídica internacional e brasileira. Curitiba: Juruá, 2012, p. 32.

circulação de capitais, mercadorias e informações, a mobilidade humana não possui a mesma tolerância.[140] Nesse sentido, Bauman alerta:

> A migração em massa não é de forma alguma um fenômeno recente. Ele tem acompanhado a era moderna desde seus primórdios (embora com frequência mudando e por vezes revertendo a direção) - já que nosso "modo de vida moderno" inclui a produção de "pessoas redundantes" (localmente inúteis, excessivas ou não empregáveis, em razão do progresso econômico; ou localmente intoleráveis, rejeitadas por agitações, conflitos e dissensões causados por transformações sociais/políticas e subsequentes lutas por poder).[141]

Nas palavras de Abdelmalek Sayad, a imigração condena-se a engendrar uma situação que parece destiná-la a uma dupla contradição: não se sabe mais se se trata de uma estado provisório que se gosta de prolongar indefinidamente ou, ao contrário, se se trata de um estado mais duradouro mas que se gosta de viver com um intenso sentimento de provisoriedade.[142] O autor continua, dizendo que a imigração sempre vem atrelada à um cálculo de "vantagens" e "custos", na qual a lógica aplicada é que as vantagens, principalmente econômicas, devem sempre se sobrepor ao máximo aos custos, nesse caso, não só econômicos, como também sociais, culturais e políticos.[143]

Em sua visão, o imigrante é essencialmente uma força de trabalho, provisória, temporária e em trânsito, em que a aceitação em uma comunidade, se dará de forma que as normas e atos administrativos se adequem conforme as necessidades do momento, jogando ora com a provisoriedade, ora com a permanência.[144] O trabalho estaria intrinsecamente atrelado à sua condição de imigrante, sendo sua razão última de tolerância. Também válido destacar a observação de Sayad, afirmando que o discurso da imigração é sempre imposto, sendo uma de suas formas de manifestação, tratar e pensar o imigrante sempre como um problema social.[145]

Lançando um olhar para a migração de forma geral, André de Carvalho Ramos realiza um apanhado histórico da migração no Brasil, são três as vertentes normativas que marcam a

---

[140] MILESI, Rosita; COURY, Paula; ROVERY, Julia. Migração venezuelana no Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual. **Revista do Corpo Discente do PPG-História UFRGS,** Porto Alegre, v. 10, n. 22, p. 53 -70, ago. 2018, p. 27.
[141] BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 9
[142] SAYAD. Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da identidade**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998, p. 45.
[143] Ibidem, p. 48 – 50.
[144] Ibidem, p. 54.
[145] Ibidem, p. 56.

relação do país com os fluxos migratórios.[146] A primeira vertente é do estrangeiro como estranho à sociedade brasileira e causador de problemas diplomáticos; a segunda é a do estrangeiro incorporado por meio de normas de imigração e naturalização; e a terceira, com uma visão fundada na Constituição Federal de 1988 e nos tratados internacionais de Direitos Humanos.

A fase do estrangeiro como inimigo tem início no Brasil colônia, que era bastante marcada pela intolerância religiosa. Com a vinda da família real ao Brasil, em 1808, e a abertura dos portos às nações amigas, houve um estímulo a imigração, no entanto, a Constituição de 1824 estabeleceu diversas restrições aos estrangeiros que aqui viessem a se instalar, possuindo um viés claramente discriminatório. A segunda fase, é a do estrangeiro como imigrante, sendo concomitante à Constituição de 1891, que previa a locomoção em território nacional, ainda que sem passaporte, demonstrando preocupação com o povoamento do território, na qual também houve uma previsão de igualdade entre o nacional e o estrangeiro.

A fase seguinte se deu com o controle e xenofobia, influenciada pelo medo da entrada de imigrantes politizados que viessem a contribuir para mudanças sociais no país. As tendências racistas e xenófobas entraram na Constituição de 1934, em que se estabeleceu o limite de dois por cento de imigrantes pelo número total dos que aqui já estavam. A Constituição de 1937 aumentou as restrições, inclusive sobre a circulação do estrangeiro em território nacional. A fase de segurança nacional se deu logo após, principalmente com a edição da Lei nº 6.815/1980. O momento atual se baseia na Constituição Federal de 1988, pautada pela igualdade de acesso aos direitos fundamentais entre nacionais e estrangeiros residentes, sendo aplicada uma interpretação extensiva, para qualquer estrangeiro em território nacional. Além disso, a nova Lei de Migração, Lei nº 13.445/2017 é uma marco para o estudo e aplicação normativa do tema no Brasil, pois, tem como principal fundamento, a proteção aos Direitos Humanos.

Tendo esse cenário como pano de fundo, faz-se necessário agora explorar especificamente o contexto do instituto do refúgio no Brasil. Liliana Lyra Jubilut, expõe em sua obra, *O Direito Internacional dos Refugiados*, que o Brasil assumiu o compromisso internacional desde sua fase inicial de universalização, por meio da convenção de Genebra de

[146] RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 930.

1951, que foi promulgada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 50.215, 28 de janeiro de 1961, e também seu protocolo adicional de 1967. A autora prossegue dizendo que até os anos 1970, não houve atuação do Brasil na formulação de uma política de acolhida, porém, em 1977 houve um acordo junto ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), para o estabelecimento de um escritório *ad hoc*, para atendimento das pessoas que fugiam dos regimes ditatoriais da América Latina.

O estado brasileiro, por outro lado, em sua política oficial, resolveu manter o entendimento de reconhecimento apenas de refugiados europeus, com base na restrição geográfica da Convenção de 1951, tendo em vista que o governo da época era ditatorial militar. Nesse sentido, o ACNUR e a Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro tiveram importante papel no reassentamento de refugiados provenientes dos países vizinhos para outros estados que os aceitavam.

O cenário começa a mudar em 1982, com o reconhecimento do ACNUR como órgão de uma organização internacional. A partir disso, as práticas e as políticas governamentais começaram a ser flexibilizadas, e os refugiados que antes eram vistos como responsabilidade do escritório do ACNUR, e não do estado brasileiro, passaram a ser reassentados em território nacional como migrantes. Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal e o restabelecimento democrático, passou-se a dar mais atenção a garantia de Direitos Humanos aos refugiados e, em 1989 o Brasil denunciou a cláusula geográfica na Convenção de 1951. A Portaria Interministerial nº 394 de 3 de julho de 1991 previa o procedimento de concessão de refúgio, sua delimitação processual. Nesse período, o Brasil ainda não era um destino muito procurado, cenário que começa a mudar em 1992, com a vinda de diversos refugiados de Angola, República Democrática do Congo, Libéria e ex-Iugoslávia.

Grande parte do procedimento ficava à cargo do ACNUR, que realizava as entrevistas e elaborava o parecer, o papel governamental, se dava por meio do Ministério do Ministério das Relações Exteriores que dava sua opinião sobre o caso, e encaminhava para o Ministério da Justiça, que prolatava a decisão final, que era publicada no Diário Oficial. À Polícia Federal

competia a emissão dos documentos.[147][148] O passo seguinte, foi a edição da Lei nº 9.474/1997, em que definiu internamente os mecanismos de reconhecimento do status de refugiado, com base na Convenção de 1951. É uma lei que prevê a atuação conjunta de órgãos da administração pública, do ACNUR e da sociedade civil. É uma lei considerada modelo e pioneira na América Latina.

Diante desse histórico, possível perceber, que embora seja comum o Brasil ter como um dos grandes "consensos" nacionais ser um país receptivo, formado pela mistura de vários povos, a verdade é que o migrante nem sempre foi tratado normativamente, e até socialmente, de forma a contemplar a dignidade humana. A preocupação em atualizar a legislação, voltando-se à garantia de Direitos Humanos, tem sido um esforço mais recente, principalmente no âmbito internacional, o que ainda não se reflete em uma política nacional e de efetivação de políticas públicas concretas para essa população, que mesmo ainda pequena, já representa um desafio para a capacidade estatal em responder essas demandas.

A estrutura governamental definida na Lei nº 9.474/97 para o tema de refúgio foi a criação do Comitê Nacional para Refugiados - CONARE, que é um órgão deliberativo vinculado ao Ministério da Justiça, e tem como funções principais a análise e decisão sobre a condição de refugiado, assim como orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados e editar resoluções normativas visando esclarecer o conteúdo da lei. Sua composição é de um representante do Ministério da Justiça, um representante do Ministério das Relações Exteriores, um representante do Ministério do Trabalho, um representante do Ministério da saúde, um representante do Ministério da Educação e do Desporto, um representante do Departamento de Polícia Federal e um representante de organização não-governamental. O ACNUR é membro convidado, com direito à voz e sem direito à voto.

Nesse aspecto, o órgão central criado pelo legislador pátrio como competente para tratar da temática do refúgio é o CONARE. Larissa Leite esclarece que a lei estabeleceu competências

[147] JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados: e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007, p. 175.
[148] BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. (Org.). **Refúgio no Brasil**: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas américas. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010, p. 18.

de três naturezas distintas.[149] A primeira seria em relação à sua atividade julgadora, a segunda, referente à atividade de políticas públicas (orientação e coordenação de ações necessárias à eficácia de proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados), e a terceira seria sua competência legislativa, por meio da edição de instruções normativas.

O posicionamento mais recente do Brasil com relação aos fluxos migratórios, especificamente o venezuelano, se deu em junho de 2019. O CONARE decidiu através da Nota Técnica 3/2019 reconhecer na situação venezuelana a grave e generalizada violação de direitos humanos, conforme conceito ampliado de refúgio da Declaração de Cartagena, de acordo com os critérios, violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça de Direitos Humanos, circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública, notas de orientação do ACNUR e do Ministério das Relações Exteriores.[150] Dessa forma, possibilita o reconhecimento do status de refugiado de pessoas que não possuíam um temor de perseguição direta, mas fogem da violação generalizada de Direitos Humanos, o que consequentemente também pode simplificar a tramitação desses processos.

4.2 O PROBLEMA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A DESCOORDENAÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS PÚBLICOS

4.2.1 Entrevista

Com o objetivo de obter uma visão prática sobre o tema, de pessoas que atuam na área das migrações e refúgio, foi realizada uma entrevista com duas advogadas da Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro. A entrevista ocorreu na sede da instituição, na Rua São Francisco Xavier, no dia 03 de abril de 2019, às 14h30 e teve duração aproximada de uma hora. A transcrição na íntegra da entrevista consta em anexo ao presente trabalho.

Com relação às dificuldades encontradas no dia a dia para trabalhar o tema refúgio, interessante ponto é colocado pelas advogadas. Explicam que as pessoas vêm de diferentes

---

[149] LEITE, Larissa. **O devido processo legal para o refúgio no Brasil**. 2014. 362 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 155.

[150] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica nº 3 de 2019. Análise de incidência de grave e generalizada violações de direitos humanos. Estudo de país de origem.** Venezuela, 16 de junho de 2019.

países, com culturas diferentes, com outros níveis de burocracia e relação com as instituições públicas e privadas, e um dos trabalhos realizados pela instituição, é esclarecer esse funcionamento ao migrante, solicitante de refúgio e refugiado, para que ele possa ter autonomia e consiga exercer seus direitos.

Falando sobre os principais entraves enfrentados em relação ao olhar da sociedade para o migrante, afirmam que o desconhecimento do tema e a falta de informação ainda são grandes. As entrevistadas ressaltam o fato de que, embora a situação de crise no Mediterrâneo tenha chamado atenção e dado visibilidade, mostrando que essas pessoas possuem necessidade, ou sofrem uma perseguição que as impulsiona a deixar seus países de origem, ainda há um grande desconhecimento sobre quem são os refugiados, os solicitantes de refúgio e, ainda existe o olhar de que essas pessoas atrapalham a vida do brasileiro. Outra questão importante é quanto à documentação, que é diferente, causa estranheza na população e pode ocasionar dificuldades de acesso em alguns serviços, como por exemplo, abrir uma conta bancária, buscar uma clínica da família.

Questionadas sobre o papel e o engajamento dos órgãos estatais em difundir informação, as advogadas entendem que por um lado falta. Ponderam que com exceção do fluxo de venezuelanos, na faixa de fronteira com a Venezuela, o Brasil possui uma população migrante pequena, comparada ao território e a população nacional. Em locais como São Paulo, que tem um ponto focal de recebimento maior, as instituições já estão mais acostumadas e preparadas para lidar e trabalhar com o tema. Porém, ao lançar o olhar para o interior, para outros estados, com números pequenos de migrantes, talvez, em uma lista de prioridades, em escassez de recursos, de onde vai empregar treinamento, pessoas trabalhando com o tema, trazem a conjectura, de que talvez, isso não seja a prioridade máxima. Destacam que existe uma rede normativa interessante no Brasil, mas quanto à implementação, ainda há um espaço importante.

> Eu só acrescentaria que existe uma rede normativa até interessante aqui no Brasil, em termos de refúgio, mas aí, a gente volta para a questão que estávamos falando agora, que é a implementação. O espaço que existe entre ter uma rede normativa e chegar na efetiva implementação, aí sim, tem um gap importante. Aí reside um desafio, obviamente não só a implementação que é o nosso desafio, mas a implementação em si, é uma questão ainda muito relevante.

Com relação à existência de políticas públicas do Estado para atender à população migrante, solicitante de refúgio e refugiada, as advogadas comentam que existe uma tentativa, uma predisposição em ouvir, mas por vezes, existem limitações orçamentárias. Há toda uma questão de movimentação de vários órgãos e secretarias que precisam trabalhar juntas, que também dificultam.

> Em São Paulo esse problema já é menor, mas no Rio de Janeiro nós não temos nenhum abrigamento para migrantes, solicitantes de refúgio e refugiados, especialmente esses grupos que estão chegando. Essas pessoas ficam em um alto grau de vulnerabilidade, porque por exemplo, a Cáritas também não tem uma casa para receber esses migrantes, a não ser os de interiorização venezuelanos, mas nós também não temos um abrigo e não existe um abrigo da Prefeitura ou do Estado.

Em continuação, ao serem questionadas sobre a capacidade do Estado brasileiro em receber esses fluxos migratórios, as entrevistadas esclarecem que poderia ter um planejamento melhor. Entendem que um ponto importante foi implementado, que é o projeto de interiorização, para retirar a sobrecarga da região de fronteira. Porém, é uma escolha do migrante aceitar participar da interiorização, então para os casos das pessoas que escolhem permanecer na região fronteiriça, deve haver uma trabalho de planejamento para oferecimento de serviços públicos. Também seria possível lançar o olhar da solidariedade interestatal, distribuindo as responsabilidade e formas de aporte orçamentário e, nesse ponto, para que haja maior integralização local, entendem que seria importante uma resposta aos processos pendentes de julgamento pelo CONARE, principalmente por conta das implicações na documentação, que acaba sendo um pouco precária enquanto ainda se é solicitante.

As entrevistadas dizem que há uma tentativa de coordenação entre os órgãos, ao pensar na composição do CONARE, é possível visualizar uma tentativa de juntar esforços e em várias frentes para poder lidar com o tema. Por outro lado, toda a burocracia exige um esforço. Há um nível federal, e então as discussão é repassada pelos ministérios aos governos estaduais, e depois aos municípios.

> Eu acho que em um país grande, com uma administração federativa como a nossa, temos um problemas de descentralização. Quer dizer, é um país grande, com muitos governos, então por vezes, esse contato, é um contato difícil. Obviamente, eu não estou dizendo que esse seja um motivo justificante, de uma situação complicada, mas a descentralização é difícil. São muitos órgãos, dentro dos órgãos existem secretarias… então estamos falando de um nível de descentralização grande. Outra questão é que eu acho, é que nem sempre todos os entes, nem todas as partes do

> tabuleiro, estão absolutamente uníssonas, isso também é uma coisa que prejudica a implementação, que às vezes, há posicionamentos diferentes (…).

Por fim, solicitadas a definir a política migratória brasileira, ressalta-se aspecto da falta de coordenação entre as esferas de poder da federação, para estabelecer políticas públicas que sejam uniformes e, que o migrante, solicitante ou refugiado consiga reconhecer onde quer que vá. Contudo, esse seria um dos aspectos de ter um território continental, o que dificulta a uniformização de políticas de acesso. Haveria também uma necessidade de um olhar para a sociedade, não só do administrador público, mas também no sentido das pessoas que vão implementar a política pública no dia a dia, com o atendimento e, essas pessoas também precisam compreender a lógica do sistema para ajudar, auxiliar e garantir que os direitos vão ser efetivos. Seria o caso do fortalecimento do sistema nacional, indo do lugar que a lei é produzida, até a ponta, que é onde é efetivada, esse tipo de problema na implementação diminuiria. Nesse aspecto, o treinamento e a capacitação constantes são muito importantes.

4.2.2 Aspectos Teóricos

Conforme anteriormente trabalhado, as políticas públicas são meios de concretizar direitos fundamentais. De acordo com a definição proposta por Felipe Fonte, compreendem um conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública.[151] Essa política pode ser formada por meio de normas abstratas e atos administrativos.

A temática de consolidação de direitos à população refugiada não escapa a discussão, e também apresenta problemas. Os dados mais recentes do ACNUR, publicados em 2019, referentes ao ano de 2018, demonstram que o número de pessoas deslocadas no mundo chega a 70,8 milhões, e é o maior índice já registrado em sete décadas de atuação dessa agência da ONU.[152] Já os dados oficiais divulgados pelo CONARE e Ministério da Justiça, referentes ao ano de 2018, demonstram que o cenário atual no Brasil é de um total de 11.231 pessoas com

[151] FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2 ed. Edição Kindle. São Paulo: Saraiva, 2015, posição 789.
[152] BRASIL. **Número de pessoas deslocadas no mundo chega a 70,8 milhões, diz ACNUR. ONU Brasil, Brasil, 19 de junho de 2019**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/numero-de-pessoas-deslocadas-no-mundo-chega-a-708-milhoes-diz-acnur/>. Acesso em: 14 jul. 2019.

status de refugiado reconhecido, e 161.057 processos em curso para reconhecimento da condição de refugiado.[153]

O Brasil, diferentemente do que o senso comum costuma propagar, possui uma população refugiada bem menor do que se acredita e do que poderia receber, levando em consideração a população total de nacionais, que é superior à 208 milhões de habitantes, segundo o IBGE, além de ter um vasto território, com regiões ainda pouco populosas. A título de comparação, a Turquia é o país que mais recebe refugiados e asilados no mundo, com um total de 3,7 milhões de pessoas, a Alemanha ocupa a 5ª posição, com 1,1 milhão de pessoas acolhidas.[154]

Pesquisas realizada pelo Datafolha em 2018, e divulgadas por veículos de comunicação como o jornal Folha de S. Paulo e portal G1, indicam que 67% dos brasileiros entendem que deve haver um controle mais rígido na entrada de imigrantes no Brasil.[155] Em 2016, o Senado Federal realizou uma consulta pública sobre o texto que instituiria a atual Lei de Migração, o resultado final foi de 7.848 votos contra e 1.675 votos a favor.[156] Em outra pesquisa realizada pelo Instituto Ipsos, e divulgada pelo jornal Folha de S. Paulo demonstra que o brasileiro superestima em 75 vezes o número de imigrantes no país, em que a percepção tida é que 30% da população é de imigrantes, quando na verdade, a soma é de apenas 0,4%. O Ministério da Justiça contabiliza 774,2 mil imigrantes, levando em consideração todos os amparos legais.[157]

O que esses números revelam, é que de uma forma geral, a população brasileira tem uma percepção equivocada da realidade migratória do país. Válido chamar atenção para alguns pontos. O primeiro é o impacto social. A disseminação desses mitos faz grande parte das pessoas acreditar que o imigrante é um inimigo, que irá competir pelos postos de trabalho e

---

[153] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Refúgio em números 4ª edição**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Acesso em: 22 jul. 2019.
[154] UNHCR. The UN Refugee Agency. **Global Trends**: forced displacement in 2018.
[155] MANTOVANI, Flávia. **67% dos brasileiros defendem maior controle na entrada de imigrantes: fluxo cresce; restrições são apoiadas tanto por eleitores de Bolsonaro quanto por opositores**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/12/67-dos-brasileiros-defendem-maior-controle-da-entrada-de-imigrantes.shtml>. Acesso em: 15 mai. 2019.
[156] BRASIL. Projeto de Lei 5051 de 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127792>. Acesso em: 12 ago. 2019.
[157] MANTOVANI, Flávia. **Brasileiro superestima em 75 vezes o número de imigrantes no país, diz pesquisa: entrevistados acreditam que 30% da população é formado por imigrantes, dado real 0,4%**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/12/brasileiro-superestima-em-75-vezes-o-numero-de-imigrantes-no-pais-diz-pesquisa.shtml>. Acesso em: 2019.

sobrecarregar os serviços públicos, o que pode tornar a inclusão e adaptação dessa pessoa na sociedade ainda mais complexa.

Outro ponto é quanto a elaboração de políticas públicas. Retomando o conceito de ciclo de políticas públicas, a formação da agenda ocorre com a percepção de que é necessário que haja uma ação do estado em determinada área social. Embora os órgãos governamentais tenham acesso aos números oficiais, é fato que propor ações para a população imigrante em um cenário em que há tanta desinformação, pode representar um custo político enorme. Mas é necessário que se tenha em mente uma questão muito importante, o imigrante, de qualquer amparo legal, não possui direito ao voto e à participação política, conforme estabelece a vedação do Artigo 14, §2º da Constituição Federal, o que torna mais difícil que tenham força reivindicatória no espaço público (lembrando que a sociedade civil exerce papel central para que o tema seja debatido e para que haja mobilização) e que algum agente eleito se dedique especificamente a essa população, o que certamente causa um impacto na formação de uma agenda de política pública.

Lançando um olhar mais abrangente para tratar das migrações e refúgio, Niño afirma que deve-se também levar em consideração a política externa governamental adotada no momento, pois essa reflete na formulação das respostas dadas no plano doméstico:

> Particularmente, a migração demonstra a relação existente entre políticas públicas e política externa, considerando elementos tanto do plano doméstico, por exemplo a inclusão dos migrantes em políticas sociais ou o processo legislativo para a formulação da política migratória, quanto do plano internacional, como as relações bilaterais ou a adesão a tratados internacionais relacionados à mobilidade humana.[158]

A implementação da política pública, por meio dos arranjos institucionais também pode restar prejudicada. A forma como essa política irá "ganhar vida", a forma como as normas e atos administrativos são elaborados, sofrem influência do cenário social, econômico, político e também da (des)organização da máquina pública. Além dos problemas e deficiências nas políticas que existem, também há a inexistência de tantas outras. Alguns reflexos disso serão expostos a seguir, que demonstram a inexistência e a descoordenação entre os diversos órgãos que têm competência para atuar no tema.

---

[158] NIÑO, Edgar Andrés Londoño. Questão de segurança ou direitos humanos? A imigração venezuelana e as mudanças na política externa brasileira. **Mural Internacional,** Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 122 – 137, jan-jun, 2018, p. 124.

Em 2016, o Tribunal de Contas da União (TCU), com base no relatório feito pela Secretaria de Controle Externo do Mato Grosso do Sul (Secex-MS), iniciou uma auditoria sobre a governança da política brasileira de imigração. Tinha como objetivo avaliar a governança da política brasileira de imigração, se o planejamento é eficaz e possui ações concretas para o direcionamento dos fluxos migratórios. Foram avaliadas as políticas públicas, a princípio à luz do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980), porém, ao momento da decisão em plenário, o voto do ministro relator traça as principais inovações da nova Lei de Migração, que já estava aprovada à época, então seu conteúdo foi considerado por ele, e por fim, o Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9.474/1997). É possível notar que o relatório ainda utiliza ao longo de sua explanação, o critério da segurança nacional, controle de entrada, para evitar tráfico de drogas, armas e terrorismo, e não tanto um olhar voltado a garantia de Direitos Humanos, como a nova lei propõe, no entanto, traz importantes dados:

> III. O Estado Brasileiro não conta com uma política imigratória formalmente institucionalizada e sua atuação na área de imigração ainda é regida por processos decisórios sem a legitimidade do Congresso Nacional. 52. Constatou-se que não existe uma política nacional de imigração, formal e adequadamente instituída, com a competência e a legitimidade do Congresso Nacional, para orientar as ações que dependem de atuação coordenada dos encarregados de cuidar do ingresso e permanência de estrangeiros ao País, embora possam ser identificadas, no exame do emaranhado de normativos vigentes sobre o tema no Brasil, as atribuições dos órgãos que atuam nas fases do processo de imigração brasileiro. (...) Não há uma política nacional de imigração formal e adequadamente instituída no Brasil.

O relatório também aponta, a importância que teria um órgão central do Poder Executivo Federal que controlasse as iniciativas e ações de políticas públicas nessa área, em coordenação com os Estados, Municípios e o Distrito Federal, também contando com a participação da sociedade civil, organizações internacionais e entidades privadas. Não há consenso entre os órgãos que são parte de qual é a política migratória adotada pelo Brasil (Polícia Federal, Ministério da Justiça, Ministério das Relações Exteriores, Ministério do Trabalho e Previdência Social) muito em razão da grande quantidade de atos normativos esparsos, por vezes ultrapassando o seu limite de competência, principalmente os editados pelo CONARE e CNIg, e a pouca integração entre esses órgãos para uma atuação conjunta. Válido ressaltar os seguintes trechos do voto do relator, Ministro João Augusto Ribeiro Nardes:

> 41. Como resultado da avaliação dos componentes “Planos e Objetivos” e “Coordenação e Coerência”, não foi identificada documentação formal do governo brasileiro que estabeleça uma visão de futuro sobre os propósitos para a política nacional de imigração, com seus objetivos, indicadores e metas determinados, em

> níveis estratégicos, intermediários e operacionais, bem como as suas prioridades, etapas e os meios de controle a serem utilizados para monitoramento. Tampouco as diversas instituições envolvidas nos processos de imigração possuem suas ações e objetivos específicos alinhados entre si, o que prejudica a obtenção dos resultados e inviabiliza que se reforcem mutuamente. 42. As respostas obtidas pela Secex-MS em pesquisa nos normativos existentes sobre imigração, além de entrevistas com representantes dos principais agentes governamentais envolvidos em sua operacionalização – Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, Departamento de Polícia Federal, Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), e Conselho Nacional de Imigração (CNIg), revelam desalinhamento da atuação dos órgãos no que se refere às diretrizes estratégicas da política imigratória nacional, bem como a falta de formalização dessas diretrizes, conforme demonstrado no relatório precedente a este voto. 43. Com efeito, as unidades que representam os diversos níveis operacionais dos agentes governamentais envolvidos na política de imigração brasileira, mais precisamente aquelas que se situam na base da cadeia hierárquica, possuem baixa compreensão uniforme sobre qual seja a estratégia adotada, fato que prejudica a distribuição adequada de responsabilidades de cada um dos atores envolvidos, a coordenação necessária para o atingimento dos objetivos coletivos e o próprio controle do desempenho e resultados a serem alcançados. 44. Uma das causas primárias do problema está na insuficiência de um planejamento abrangente, em que objetivos, indicadores e metas gerais sejam compartilhados pelos órgãos envolvidos, o que acaba por comprometer a formulação das diretrizes pela alta administração, a demarcação clara de competências, áreas e níveis de responsabilidade, a definição detalhada de procedimentos, o dimensionamento adequado de recursos humanos e materiais necessários, bem como o desdobramento de resultados em ações e processos que se submetam a regimes de monitoramento.

Indo nesse sentido, André de Carvalho Ramos explica que o projeto de lei que originou a Lei de Migração 13.445/2017, foi de autoria do Senador Aloysio Nunes, porém, anteriormente, uma comissão formada por especialistas, nomeados pelo Ministério da Justiça, em que aquele autor fez parte, elaborou um anteprojeto, à pedido do Poder Executivo, que se tornou a Portaria nº 2.162, de 31 de maio de 2013.[159] O anteprojeto previu a instituição de um órgão administrativo, que seria a Autoridade Migratória Nacional.[160] No capítulo de apresentação, a comissão de especialistas explica que o Brasil é um dos únicos países no mundo que não contam com um órgão do gênero, o que contribui para a fragmentação de competências, e em que grande parte do trabalho de processamento, acaba ficando à cargo da Polícia Federal, o que foge de sua função típica.

Uma das competências que seria atribuída ao órgão central seria "coordenar-se com órgãos setoriais, entidades da sociedade civil e organismos internacionais para o aprimoramento

[159] RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 941.
[160] BRASIL. **Portaria nº 2.162 de 2013. Anteprojeto de lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil**. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/documentos/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2019.

do atendimento dos migrantes por serviços públicos, programas e ações no país."[161] A criação desse órgão não entrou no texto final da Lei de Migração, pois a competência para criá-lo seria de iniciativa do Presidente da República, e não do Poder Legislativo.

Com relação do CONARE, destaca-se que é um órgão com um efetivo pequeno, cerca de treze servidores, com grande carga de processos para análise de elegibilidade. Além disso, fica sediado em Brasília, distante dos grandes polos de recepção de fluxos migratórios. Esse cenário torna difícil a atuação efetiva do órgão como um mediador nas discussões sobre a formulação das políticas públicas que serão implementadas em benefício da população refugiada. Por outro lado, em 15 de setembro de 2019, iniciou-se a implantação do sistema processual eletrônico, chamado Sisconare. O órgão esclarece em sua página, que irá transformar todo o procedimento, que era feito via protocolos de papel nos Departamentos de Polícia Federal, exclusivamente em eletrônico. Isso tem potencial para além de agilizar a análise de elegibilidade e facilitar o acompanhamento pelo refugiado, também conferir maior segurança jurídica, à medida que poderá dar uma resposta mais célere ao solicitante, e retirá-lo da situação de incerteza, que também acompanha sua documentação e à visão social sobre ele.[162]

A última pesquisa do Perfil dos Municípios Brasileiros (Munic) 2018, realizada pelo IBGE, pela primeira vez, também investigou a gestão migratória. O resultado mostra que apenas 5% dos municípios brasileiros que recebem imigrantes e refugiados têm algum tipo de serviço de apoio para essa população. Um dos destaques, sem dúvida, é o compartilhamento da responsabilidade pelos entes federados. Se por um lado, à nível federal, a Lei de Migração demonstrou que o país estaria mais receptivo, conformando-se às diretrizes de Direitos Humanos, já adotadas por meio de tratados internacionais, e ainda com esse ente controlando a parte de entradas e saídas, regularização e regulação de migrantes e refugiados, por outro lado, boa parte da dimensão da efetivação da acolhida e concretização das políticas públicas, estão no âmbito local, de estados e municípios. A pesquisa identificou que não há avanços, sendo possível observar deficiências no ensino do idioma, acesso aos serviços sociais públicos, inserção ocupacional, garantia à moradia adequada, entre outros.

---

[161] "Art. 77. Compete à Autoridade Nacional Migratória: III – coordenar-se com órgãos setoriais, entidades da sociedade civil e organismos internacionais para o aprimoramento do atendimento dos migrantes por serviços públicos, programas e ações no país."

[162] BRASIL. **Solicitações de reconhecimento da condição de refugiado passam a ser feitas exclusivamente online**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1568050823.92>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Em resumo, 5.263 municípios não possuem instrumentos de cooperação com os demais entes federativos para promover políticas públicas. Apenas 75 municípios possuem algum instrumento de cooperação, a maior parte deles nas Regiões Sul e Sudeste. Apenas 48 municípios oferecem ensino da língua portuguesa para migrantes e refugiados, e somente 25 municípios oferecem atendimento multilingue nos serviços públicos, um total de 58 municípios possuem mecanismos de abrigamento de pessoas imigrantes, refugiadas ou em situação de asilo humanitário. Por fim, importante mencionar que a Polícia Federal registrou a presença de imigrantes, refugiados ou pessoas em situação de asilo humanitário em 3.876 municípios brasileiros.

Em contrapartida, a cidade de São Paulo vem apresentando boas iniciativas em políticas públicas, e é a que mais se destaca nos serviços oferecem aos imigrantes e refugiados, também é a cidade de destino dos maiores fluxos migratórios no Brasil, o que torna a busca por soluções uma prioridade. Segundo a página eletrônica ONU Brasil, houve a criação da Coordenação de Políticas para Imigrantes, Centro de Referência e Atendimento para Imigrantes, Política Municipal para a População Imigrante, Lei Municipal 16.478/2016 e Decreto Municipal, 57.533/2016, e um Conselho Municipal de Imigrantes.[163]Além disso, o atendimento nos serviços públicos são realizados em diversos idiomas e dialetos, o que facilita o contato e a inclusão.

Situação diametralmente oposta ocorre nas cidades fronteiriças entre Brasil e Venezuela, no estado de Roraima, que ilustram duas importantes falhas estruturais: a descoordenação na ação dos entes federados e a utilização de um discurso securitário, militarizado e por vezes xenófobo, como resposta aos problemas que surgem em consequência (ou não) dos fluxos migratórios intensos. Diante da grave crise social, econômica e política que atinge a Venezuela, cerca de 3.4 milhões de pessoas já deixaram o país. Mesmo o Brasil recebendo mais pessoas do que em uma situação de normalidade receberia, o país não é o principal destino dos venezuelanos, que buscam refúgio em sua maioria, na Colômbia, Peru, Chile e Equador.

[163] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Solicitações de reconhecimento da condição de refugiado passam a ser feitas exclusivamente online**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1568050823.92>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Ao final do ano de 2018, a governadora do estado de Roraima, Suely Campos, ajuizou a Ação Cível Originária 3121, com pedido de tutela provisória, no Supremo Tribunal Federal. Dentre os pedidos da demanda, a chefe do executivo estadual buscava obrigar a União a promover medidas administrativas nas áreas de controle policial, saúde e vigilância sanitária, imediata transferência de recursos adicionais para suprir os custos que vem suportando com a prestação de serviços públicos aos imigrantes venezuelanos e, por fim, compelir a União a limitar de ingresso de refugiados e fechar a temporariamente a fronteira do Brasil com a Venezuela.

Há graves problemas com essa demanda do estado de Roraima. O primeiro deles é a clara e completa descoordenação entre os órgãos públicos que deveriam compor o desenho institucional de política pública, que atenda a população migrante. Na verdade, ao que parece, há uma ausência de política pública que é amenizada por medidas paliativas e emergenciais, é o que se compreende do teor da Medida Provisória nº 820 de 2018, convertida na Lei nº 13.684[164], de 21 de junho de 2018, que em seu artigo 1º prevê: "esta lei dispõe sobre as medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária".

Nota-se que não há um consenso entre os entes da federação sobre suas competências, já que o governo de Roraima acredita não ser sua responsabilidade arcar com os serviços públicos, e tenta empurrá-los unilateralmente para a União. No entanto, a política pública deve ser responsabilidade de todos os entes da federação, necessitando de sua integração para que possa haver uma concretização.[165]

O estado de Roraima tenta responsabilizar os imigrantes e solicitantes de refúgio por problemas estruturais anteriores ao momento de aumento dos fluxos migratórios que vive a América do Sul. Perpetua uma visão de migração relacionada à segurança nacional, na contramão do que prevê a Lei de Migração, já que em nenhum momento, a preocupação do

---

[164] BRASIL **Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm>. Acesso em: 20 jul. 2019.

[165] Lei 13.445/2017: "Art. 120. A Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apatridia terá a finalidade de coordenar e articular ações setoriais implementadas pelo Poder Executivo federal em regime de cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com participação de organizações da sociedade civil, organismos internacionais e entidades privadas, conforme regulamento."

Estado foi em promover um tratamento digno e humano aos imigrantes e solicitantes de refúgio. Importante relembrar Hannah Arendt, tratando do tema das pessoas refugiadas e apátridas durante a primeira e segunda guerras mundiais, e ainda bastante atual, "o Estado-nação incapaz de prover uma lei para aqueles que haviam perdido a proteção de um governo nacional, transferiu o problema para a polícia."[166]

Outra grave implicação, seria a violação ao princípio do *non-refoulement*, assegurado no Artigo 33 da Convenção de Genebra de 1951[167], em que o Brasil é signatário, sendo fundamental a proteção internacional no âmbito do refúgio, o que poderia gerar a responsabilidade internacional do Estado por violação aos direitos humanos. A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu Artigo 22, também veda a expulsão ou entrega ao país que o estrangeiro tem sua vida ameaçada.[168] Além disso, a Constituição Federal prevê em seu artigo 84, VII como uma função típica do Presidente da República, exercendo a chefia de estado no plano das relações internacionais, a manutenção das relações com estados estrangeiros, em uma forma de expressão da soberania do Estado, ou seja, não caberia ao poder judiciário interferir e obrigar o Presidente da República a agir ou deixar de agir de determinado modo em temas afeitos à soberania.

O discurso do medo, da culpabilização dos imigrantes e refugiados pela precariedade dos serviços públicos, aumento dos índices de violência, aumento da população em situação de rua ganha a mídia, campanhas políticas e o imaginário popular, desviando o foco do que deveria ser a correção das falhas estruturais na elaboração das políticas públicas.

Nesse mesmo viés, foi editado o Decreto nº 25.681/2018 do Estado de Roraima, que restringia o acesso aos serviços públicos aos migrantes, solicitantes de refúgio e refugiados

---

[166] ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. 3 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 391.

[167] "Art. 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida 16 ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas."

[168] " 7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas."

venezuelanos, e ainda deu um aspecto amplamente securitário ao tratamento dado pelo Estado aos fluxos migratórios. Além de ser discriminatório e incompatível com a Constituição Federal, violando o Art. 5º, que prevê a igualdade entre nacionais e estrangeiros, também o Art. 22, XV que prevê que compete privativamente à União legislar sobre o tema das migrações. Além disso, criou restrições por decreto que não estão na Lei de Migração. É o que se extrai dos seguintes artigos:

> Art. 1º Fica declarada atuação especial das forças de segurança pública e demais agentes públicos estaduais em todo o território do Estado de Roraima, provocada pela intensificação do fluxo migratório de indivíduos oriundos da República Bolivariana da Venezuela; Art. 3º Determino que os serviços públicos prestados pelo Governo do Estado de Roraima diretamente à população sejam regulamentados para o fim de salvaguardar aos cidadãos brasileiros o acesso irrestrito a tais serviços; Parágrafo único. Para acesso aos serviços públicos oferecidos pelo Governo do Estado de Roraima a estrangeiros, com exceção de urgências e emergências, é necessária a apresentação de passaporte válido, a não ser os indivíduos oriundos de Argentina, Paraguai e Uruguai, que gozam dos direitos e prerrogativas do Mercosul, e que podem apresentar documento de identidade válido

Necessário também mencionar o Decreto de "Garantia da Lei e da Ordem em Roraima", assinado pelo ex-presidente Michel Temer, em 2018, que autorizava o emprego das Forças Armadas, com poder de polícia, na região da cidade de Pacaraima e outras cidades fronteiriças, como força de complementar as ações humanitárias emergenciais adotadas pelo governo federal. Mais um vez, ainda fica marcado o viés securitário, diante da falta de estruturação de uma política duradoura, que seja eficaz em momentos de sobrecarga e de normalidade. Comentando a militarização do trato ao fluxo migratório venezuelano em Roraima, Niño alerta:

> Que se demonstra com o fato de que as primeiras visitas das entidades do governo federal a Roraima, foram feitas pelos ministros da Justiça, Defesa e do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência.[169]

Algumas ações foram delineadas, como a Operação Acolhida, força-tarefa que foi instituída pelo governo federal em 2018, e que atua em três eixos: fronteira (procedimento de recepção e identificação, atendimento médico e etc.); abrigamento (acomodação em abrigos e albergues na zona fronteiriça, com acesso à alimentação, educação, entre outros); interiorização (deslocamento para diferentes estados do país e apoio à inserção econômica e social dos imigrantes e refugiados). De fato, essa é uma forma de desafogar o estado de Roraima, que vive um estado de emergência social, contudo, surge o questionamento de como serão efetivadas as

[169] NIÑO, Edgar Andrés Londoño. Op. cit., p. 131.

políticas públicas nas esferas locais, levando em consideração os números baixíssimos de serviços públicos, demonstrados pela pesquisa do IBGE, destinados à essa população nos municípios, conforme já debatido.[170]

Em janeiro de 2018, o Conselho Nacional de Direitos Humanos produziu um relatório apontando as diversas violações de Direitos Humanos que ocorrem nas cidades que recebem os fluxos migratórios provenientes da Venezuela. A missão do CNDH percorreu as cidades de Belém, Boa Vista, Pacaraima, Manaus, Santarém, nos estados do Roraima e do Amazonas. Alguns dos relatos dão conta da condição de extrema vulnerabilidade social, em condições de precariedade de moradia, dificuldade de conseguir a documentação, como CPF e CTPS, dificultando a inserção no mercado de trabalho e gerando um efeito de subempregabilidade e até mesmo xenofobia. A situação constatada era especialmente delicada com relação à população indígena da etnia *warao*, em que as autoridades ainda não conseguiam definir um status e mesmo se a FUNAI seria competente para atuar nesses casos. O que chama atenção neste relatório, e é destacado nas recomendações, é a completa descoordenação entre os órgãos, e os entes federativos, demonstrando a falta de integração e compartilhamento de informações que possam ajudar a solucionar boa parte das demandas da população imigrante e refugiada. Vale ressaltar o seguinte trecho:

> A missão reuniu-se com representantes dos três níveis de governo, em Brasília, nos três estados e cinco municípios que visitou, tendo constatado a evidente desarticulação entre eles. O baixo nível de compartilhamento de informações sobre o fluxo migratório, a ausência de diálogo, de apoio técnico, de cooperação e de um trabalho minimamente coordenado tem como resultado a desassistência aos migrantes e é, em grande parte, responsável pela potencialização de suas vulnerabilidades e pelas violações de direitos humanos. Em todas as reuniões realizadas com agentes governamentais, a missão ouviu acusações recíprocas e negativa de responsabilidades próprias. Constatou-se que algumas medidas, quase sempre desarticuladas, chegaram a ser tomadas, mas com resultados insuficientes. Salta aos olhos a ausência de vontade de cooperar.[171]

Embora a migração não seja uma novidade para a América do Sul, e em especial para o Brasil, conforme o subcapítulo anterior frisou, uma das grandes características do fluxo

---

[170] BRASIL. **Operação Acolhida: mais de 12 mil imigrantes já foram interiorizados**. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/noticias/57317-operacao-acolhida-mais-de-12-mil-imigrantes-ja-foram-interiorizados>. Acesso em: 14 mai. 2019.

[171] BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Relatório das violações de direitos contra imigrantes venezuelanos no Brasil em janeiro de 2018.** Brasília, Conselho Nacional dos Direitos Humanos, mai. 2018, p. 32.

migratório atual, é o deslocamento intrarregional.[172] Esse fluxo é misto, e há grande parte em situação de extrema vulnerabilidade, diferentemente da antiga imagem do imigrante "desejável" que se construiu ao longo dos anos, que é uma mão de obra branca, europeia e especializada. Esse intenso fluxo migratório atual é composto em sua grande maioria por pessoas em situação de vulnerabilidade, que necessitam de uma atenção e ações do poder público para que seus direitos humanos sejam respeitados e tenham condições de reconstruir suas vidas de forma digna.

Percebe-se através da entrevista realizada, que o acesso às políticas públicas é um fator relevante para o exercício de direitos fundamentais, mas também, é forma de integração social e, a fala das entrevistadas demonstra que os impactos práticos existem. Se extrai do conteúdo das informações, que há uma deficiência na implementação de políticas públicas, que podem ser ocasionados pelos bloqueios institucionais, principalmente no que tange a delimitação de esferas de competência, responsabilidade e alocação de recursos, também em razão do modelo de estado federativo, que dificulta a padronização de determinados serviços. É de se chamar atenção também, para a implementação da política pública por quem está atuando diariamente com o tema, necessitando de capacitação e informação, o que é um outro viés do preparo que o Estado tem para proporcionar o acesso aos serviços públicos.

Conforme discutido no segundo subcapítulo, o Brasil avançou na elaboração legislativa, que é protetiva, possuindo uma lei que disciplina a determinação do status de refugiado considerada parâmetro na região, e uma Lei de Migração pautada pelos Direitos Humanos, mas no plano prático, as ações estatais são esparsas, descoordenadas, confusas, por vezes ineficazes e ainda marcadamente securitárias. Apontar qual é a política migratória do Brasil, tendo por base as ações estatais postas em prática, é tarefa extremamente complexa. Visivelmente não há uma padronização, o que gera uma discrepância no que é oferecido à população, a depender da localidade que se encontra, demonstrando também um desentendimento entre governos locais e federais, que por fim, resultam, nos momentos de pressão aos serviços públicos, já precários, no surgimento de medidas emergenciais para tentar dar vazão momentaneamente, sem que se atinja soluções duradouras. Boa parte do apoio que é dado, depende ativamente de ações da sociedade civil, como a Cáritas Arquidiocesana, ONGs e de intervenções da Defensoria

[172] VILLAMAR, Maria del Carmen Villarreal. Portas não tão abertas: a política migratória brasileira no contexto latino-americano. **Coletiva**, out-jan. 2018/2019, p. 2.

Pública, do Ministério Público e Ministério Público do Trabalho. Esse cenário provoca violação de direitos fundamentais e humanos, como o acesso à documentação, abrigo, à alimentação, à saúde, à educação, ao devido processo legal na apreciação de sua situação migratória ou de refúgio.

4.3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PODERIA SER APLICADO?

Diante das informações expostas nos tópicos anteriores, fica nítido que há sérios problemas com as políticas públicas voltadas para a população migrante e refugiada. Passando para a resposta da pergunta que norteou o presente trabalho, inicialmente é válido compreender se o caso se trataria de um litígio estrutural ou estado de coisas inconstitucional.

Retomando a diferenciação feita por Garavito e Franco, as ações estruturais estariam relacionadas à ausência de resultados minimamente aceitáveis, enquanto o estado de coisas inconstitucional trataria de falhas sistemáticas no processo de formulação da política pública que culminaria na violação de direitos fundamentais e direitos humanos. O caso da atual política migratória brasileira parece se enquadrar na segunda hipótese. Há um descompasso entre os entes federativos, em âmbito federal, estadual e municipal, e também entre os órgãos que são competentes para implementação de políticas públicas na área, produzindo uma situação um tanto quanto caótica. Há um bloqueio institucional, que pode ser de ordem política, em razão da dificuldade de coordenação, e da dificuldade em definir os âmbitos de responsabilidade, da inatividade de alguns órgãos e até falta de capacidade técnica. Parece ser o caso de uma atuação conjunta do Poder Legislativo e Executivo para construir um arranjo institucional mais adequado.

Destaca-se que os bloqueios políticos podem ter como origem a falta de representatividade política, já que não possuem direito ao voto, o que impede que esse grupo possa exercer pressão sobre os agentes eleitos pela concretização de políticas públicas. Além disso, os migrantes e refugiados não são vistos pela sociedade, de forma unânime, como uma causa humanitária e como pessoas que estão fugindo de uma situação de generalizada violação de Direitos Humanos. Muitos enxergam neles, um fardo para as contas públicas e um problema social que deve ser resolvido com os menores custos possíveis para o Estado. Diante de tantos problemas sociais, econômicos e políticos enfrentados pelo Brasil, dificilmente um candidato

teria como centro de sua campanha eleitoral, a implementação de políticas públicas para migrantes e refugiados, a fim de conformar-se às diretrizes constitucionais na promoção e garantia de direitos fundamentais.

Os bloqueios institucionais, como já citado, também podem ser ocasionados pela inadequação das medidas tomadas pelo Poder Legislativo e Executivo. Além disso, a rede burocrática criada pode estar diluindo a responsabilidade, de forma que nenhum órgão saiba muito bem qual é a sua esfera de competência. A Lei nº 16.478 e o Decreto nº 57.533, da cidade de São Paulo são bons exemplos do que pode ser feito no âmbito normativo para tornar claro quais são os objetivos, parâmetros e forma de atuação do Estado para promover uma política pública.

Para os fins da análise dos pressupostos do estado de coisas inconstitucional, o presente trabalho adotará os critérios sistematizados pelo autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, apresentados no capítulo 3, que foram os mesmos elencados na petição inicial da ADPF 347. Porém, seguindo o posicionamento dos votos dos ministros do STF sobre o caso, serão considerados o preenchimento de três pressupostos: a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento da suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos.

A quantidade solicitações de refúgio em trâmite chegam ao total de 161.057, e já reconhecidos ao número de 11.231. É um grupo considerável de pessoas, que possuem acesso com maior, menor ou nenhum êxito aos serviços públicos. Como debatido, o acesso tem sido difícil, principalmente nas regiões mais afastadas dos grandes polos de recepção e que possuem, em alguma medida, capacidade de atender essa população, como São Paulo e Rio de Janeiro, isso pode causar violação de direitos fundamentais como à saúde, educação, acesso a documentos, moradia e abrigo.

Dois pontos relevantes devem ser destacados. O fluxo migratório foi intensificando conforme as políticas do presidente venezuelano iam encontrando mais resistência, e a situação econômica, política e social nesse país ia se deteriorando. O aumento da entrada de

venezuelanos não era um evento imprevisível. A rota deste fluxo migratório se iniciou no ano de 2015, devendo-se ainda levar em consideração, que se trata de uma faixa de fronteira seca, o que facilita o trânsito de pessoas. Em outras palavras, desde 2015 o Brasil vem recebendo migrantes e refugiados, e até o momento, ainda não conseguiu implementar políticas efetivas e duradouras que promovam e garantam o acesso a direitos fundamentais. A nova Lei de Migração entrou em vigor em 2017, com uma perspectiva de proteção aos Direitos Humanos, o que poderia ter alterado a direção da ações do estado, ou iniciado tantas outras. Conforme demonstrado no tópico anterior, algumas ações emergenciais e de contenção têm sido tomadas, mas ainda é difícil identificar de forma clara, quais são as políticas públicas voltadas para a integração e inclusão da população migrante e refugiada, com respeito à dignidade e aos Direitos Humanos.

Não há uma omissão total da União, porém, as ações para promoção e garantia de direitos ainda são ineficientes e insuficientes. Ao partir para a ótica da integração entre os três níveis federativos, no âmbito dos municípios, ainda levando em consideração a capacidade econômica e peculiaridades das diversas cidades e regiões, é muito distante de uma padronização mínima dos parâmetros de prestação de serviços públicos a população migrante e refugiada.

A superação das violações de direitos pressupõe o engajamento dos entes federados e os diversos órgãos públicos que estão elencados na Lei nº 9.474/1997 e na Lei nº 13.445/2017, Ministério da Justiça, Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Saúde, Ministério do Trabalho, Ministério da Educação e Desporto, Polícia Federal, Ministério Público, Defensoria Pública, Acnur e sociedade civil, também se fazendo necessário abrir espaço para ouvir quais são as reivindicações e demandas dos migrantes e refugiados por serviços públicos.

Diante disso, é possível dizer que o estado de coisas inconstitucional pode ser aplicado ao atual estado das políticas públicas instituídas no Brasil voltadas aos refugiados e migrantes, pois, além de presentes bloqueios institucionais, os pressupostos para sua caracterização estão preenchidos.

Levando em consideração que se chegou a conclusão pela possibilidade de aplicação da técnica do estado de coisas inconstitucional, importante ressaltar, que o eventual papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, diferentemente de interferir diretamente nos

rumos da gestão da política migratória, tendo em vista a competência do Poder Executivo Federal na condução das relações internacionais, e também a esfera do Poder Legislativo, que já criou uma Lei de Migração e Lei de Refúgio, teria como norte, a real efetivação de direitos fundamentais. O objetivo é concretizar políticas públicas e superar os bloqueios que tornam a efetivação das políticas dificultoso.

Teria como foco o papel próximo ao que exerceu a Corte Constitucional Colombiana na *Sentencia* T-025, de trazer os poderes e seus os órgãos para o centro do debate, ditando decisões abertas, ou seja, remédios flexíveis, para que as instituições estatais, a sociedade civil e os grupos que serão diretamente afetados, eles próprios tracem as soluções, os planos de ação, que serão então acompanhados, com o estabelecimento de prazos e metas. É importante que haja esse movimento participativo, democrático e transparente, para que se tenha dimensão da capacidade orçamentária por um lado, e quais são as necessidades de outro, e que se chegue a propostas do que é possível fazer, mas também, para que os resultados de fato ocorram.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar se haveria ausência ou defeito nas políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro no âmbito da população migrante, refugiada e solicitante de refúgio, à luz da técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana do Estado de Coisas Inconstitucional.

Inicialmente, foi exposta a visão da doutrina tradicional sobre a omissão inconstitucional, chegando ao posicionamento mais recente, que desenvolve a hipótese de omissão inconstitucional ocasionada pela falta de coordenação entre os órgãos e instituições, resultando na ausência ou deficiência na implementação de políticas públicas, violando direitos e garantias fundamentais. No desenvolvimento desses conceitos, também foram apresentados possíveis causas para a ocorrência de bloqueios institucionais e, especificamente no que tange políticas públicas, apresentou-se a ideia de ciclos e arranjos institucionais.

Como parte da construção do raciocínio que se tem nos dias atuais, discutiu-se o conceitos de ações estruturais, sua origem nos Estados Unidos e requisitos, assim como modelos de implementação, até chegar a técnica desenvolvida na Colômbia, do estado de coisas inconstitucional.

Após traçar alguns pontos de diferença, no caso das ações estruturais existem falhas estruturais que demandam uma atuação de diversos órgãos, demonstrando a complexidade para a solução do problema, porém, no caso do estado de coisas inconstitucional, as falhas são sistemáticas provocando violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais, além de ter requisitos mais rígidos para sua configuração.

Foram apresentadas as críticas, principalmente as que entendem que o estado de coisas inconstitucional carece do aspecto democrático, tendo em vista que pressupõe uma atuação mais incisiva das Cortes e dos juízes, que são servidores estatais não eleitos, e que estariam ingerindo em políticas públicas, que tem nos agentes eleitos seus principais condutores. Além disso, outra crítica bastante presente, é a que aponta a violação ao princípio da separação dos poderes, já que o Poder Judiciário estaria entrando na esfera de competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Além dos efeitos que a decisão da *sentencia T-025* provocou na Colômbia, também se levantou a hipótese de um possível estado de coisas inconvencional. Após, realizou-se a análise da Arguição de Descumprimento e Preceito Fundamental 347, do ano de 2015, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro.

Com relação à política migratória e as políticas públicas ao tema aplicadas, se estabeleceu um breve panorama histórico, demonstrando que o Brasil possui um olhar mais recente de preocupação com direitos fundamentais e direitos humanos de migrantes, refugiados e solicitantes de refúgio. Foi realizada uma entrevista na Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro, em que foi possível obter um olhar prático sobre o que existe de política pública e, após, coleta de dados que demonstram as falhas estruturais e a descoordenação entre os órgãos que são competentes para implementação de políticas públicas na área.

Por fim, buscou-se identificar se estavam configurados os bloqueios institucionais e preenchidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional. A pergunta que norteou o trabalho e a hipótese inicial foram desenvolvidas de forma que ao final, se chegou à conclusão que é possível entender que há um estado de coisas inconstitucional nas políticas públicas direcionadas à população solicitante de refúgio, refugiada e migrante.

Dito isso, a utilização da técnica decisória do estado de coisas inconstitucional pode ser uma forma viável de coordenar esforços, trazendo para o debate democrático os diversos órgãos que atuam na temática migratória para que se busque soluções possíveis e se construa arranjos institucionais coerentes e eficazes para a implementação de políticas públicas como mecanismo de proteção de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. 3 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisiones and Constitucional Court Intervention in the Penitenciary System in Colombia. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitucionalism of the Global South**: The activist tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. (Org.). **Refúgio no Brasil**: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas américas. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BEZERRA, Rafael. **Direitos para além da sala dos tribunais**: um estudo de caso comparado entre Brasil e Colômbia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BILCHITZ. David. Constitucionalism, The Global South, and Economic Justice. *In*: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitucionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa and Colombia.** New York: Cambridge University Press, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30 ed. atual. com as emendas constitucionais até a de n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Brasil registra mais de 700 mil migrantes entre 2010 e 2018. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Brasília, 22 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Relatório das violações de direitos contra imigrantes venezuelanos no Brasil em janeiro de 2018.** Brasília, Conselho Nacional dos Direitos Humanos, mai. 2018.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. **Governo federal lança nova fase da Operação Acolhida para acelerar interiorização de venezuelanos**. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/noticias/61414-governo-federal-lanca-nova-fase-da-operacao-acolhida-para-acelerar-interiorizacao-de-venezuelanos>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Estatuto do Refugiado**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

_____. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

_____. **Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13684.htm>. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota Técnica nº 3 de 2019. Análise de incidência de grave e generalizada violações de direitos humanos. Estudo de país de origem.** Venezuela, 16 de junho de 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Refúgio em números 4ª edição**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. **Solicitações de reconhecimento da condição de refugiado passam a ser feitas exclusivamente online**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1568050823.92>. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. **Operação Acolhida: mais de 12 mil imigrantes já foram interiorizados**. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/noticias/57317-operacao-acolhida-mais-de-12-mil-imigrantes-ja-foram-interiorizados>. Acesso em: 14 mai. 2019.

_____. **Portaria nº 2.162 de 2013. Anteprojeto de lei de migrações e promoção dos direitos dos migrantes no Brasil**. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/documentos/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária. ACO 3121. Direito Internacional. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relatora: Ministra Rosa Weber. Distrito Federal, 13 de abril de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Administrativo e outras matérias de direito público. ADPF 619. Requerente: Procuradora Geral da República. Interessado: Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública. Relatora: Ministra Rosa Weber. Distrito Federal, 26 de setembro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Administrativo e outras matérias de direito público. ADPF 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Interessado: União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 9 de setembro de 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. TC 013.566/2016-4. Órgãos/Entidades: Departamento de Polícia Federal; Ministério das Relações Exteriores (vinculador); Ministério do Trabalho; Secretaria de Direitos Humanos. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Augusto Nardes. Distrito Federal, 6 de setembro de 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. Edição Kindle. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de coisas inconstitucional**". 2015. 248 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia T-025 de 2004**. Sala Tercera de Revisión. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. 22 de janeiro de 2004.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinión Consultiva 25/18, de 30 de maio de 2018. **A instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no sistema interamericano de proteção**. Solicitada pela República do Equador.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentencia de 25 de novembro de 2013. **Caso familia Pacheco Tineo vs Estado Plurinacional de Bolivia**.

_____. **Constitución Politica de Colombia**. Bogotá, 6 de julho 1991. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 2019.

_____. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. **Medidas Cautelares**. Disponível em: <http://oas.org/pt/cidh/decisiones/cautelares.asp#tab3>. Acesso em: 14 mai. 2019.

_____. **Sentencia de 28 de agosto de 2014. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Resumen Oficial**. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_282_esp.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2019.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 2, p. 155 - 176, jun. 2017.

_____. **Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional**. 2017. 217 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **Oxford University Press,** vol. 5, nº 3, p. 391 - 418, 2007.

FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. **Direitos humanos dos migrantes**: ordem jurídica internacional e brasileira. Curitiba: Juruá, 2012.

FÉLIX, Jackson. **Governo de Roraima assina decreto que torna mais rígido acesso de estrangeiros a serviços públicos**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/08/01/governo-de-roraima-assina-decreto-que-torna-mais-rigido-acesso-de-estrangeiros-a-servicos-publicos.ghtml>. Acesso em: 24 mai. 2019.

FERREIRA, Siddharta Legale. **Normas Constitucionais**. Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Disponível em: <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Roteiro-11-Normas-constitucionais.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019.

FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, Daniel Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. **Revista Publicum,** Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 67-82, 2016.

FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**. v. 93, nº 1, p. 1 - 58, nov. 1979.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2 ed. Edição Kindle. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconimic rights in Latin America. **Texas Law Review, v.** 89, p. 1669 - 1698, 2011.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**: como la Corte Constitucional transformo El desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010.

_____. **Juicio a laexclusión**: El impacto de lostribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global. 1 ed. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2015.

GARAVITO, César Rodríguez; KAUFFMAN, Celeste. **Making social rights real**: implementation strategies for courts, decision makers and civil society. Bogotá: Dejusticia, 2014.

GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 14. jun. 2019.

GOVERNO DO ESTADO DE RORAIMA. **Decreto nº 25.681-E, de 1 de agosto de 2018. Decreta atuação especial das forças de segurança pública e demais agentes públicos do Estado de Roraima em decorrência do fluxo migratório de estrangeiros em território do Estado de Roraima e dá outras providências**. Disponível em: < https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/08/selection.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2019.

HERNANDÉZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el

llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Estudios Constitucionales**. Santiago, vol. 1, nº 1, p. 203-228, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa de** informações básicas municipais: perfil dos municípios brasileiros 2018. Rio de Janeiro: IBGE, 2019.

INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. **Internal displacement**. Disponível em: <http://www.internal-displacement.org/countries/colombia>. Acesso em: 29 jun. 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Gualano. **Refúgio no Brasil: comentários à lei 9.474/97**. São Paulo: QuartierLatin do Brasil, 2017.

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

LANDMARK CASES OF THE U.S. SUPREME COURT. Brown v Board: Summary of the Decision. Disponível em: <https://www.landmarkcases.org/brown-v-board-of-education/brown-v-board-summary-of-the-decision>. Acesso em: 2019.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The evolution and ideology of global constitucionalism. Legal Studies Research Paper Series. **California Law Review,** n. 10, p. 1163-1254, jun. 2011.

LEITE, Larissa. **O devido processo legal para o refúgio no Brasil**. 2014. 362 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MANTOVANI, Flávia. **67% dos brasileiros defendem maior controle na entrada de imigrantes: fluxo cresce; restrições são apoiadas tanto por eleitores de Bolsonaro quanto por opositores**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/12/67-dos-brasileiros-defendem-maior-controle-da-entrada-de-imigrantes.shtml>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. **Brasileiro superestima em 75 vezes o número de imigrantes no país, diz pesquisa: entrevistados acreditam que 30% da população é formado por imigrantes, dado real 0,4%**. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/12/brasileiro-superestima-em-75-vezes-o-numero-de-imigrantes-no-pais-diz-pesquisa.shtml>. Acesso em: 2019.

MAZUL, Guilherme. **Temer sanciona lei que estabelece ações para ajuda a imigrantes**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-sanciona-lei-que-estabelece-acoes-para-ajuda-a-imigrantes.ghtml>. Acesso em: 29 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MILESI, Rosita; COURY, Paula; ROVERY, Julia. Migração venezuelana no Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual. **Revista do Corpo Discente do PPG-História UFRGS,** Porto Alegre, v. 10, n. 22, p. 53 -70, ago. 2018.

NIÑO, Edgar Andrés Londoño. Questão de segurança ou direitos humanos? A imigração venezuelana e as mudanças na política externa brasileira. **Mural Internacional,** Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 122 – 137, jan-jun, 2018.

OIM. **Retrato da governança da migração**: República Federativa do Brasil. ONU Migração, jul. de 2018.

OLIVEIRA, Valéria. **AGU pare ao STF suspensão do decreto do governo de Roraima que limita serviços a estrangeiros**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/08/03/agu-pede-ao-stf-suspensao-do-decreto-do-governo-de-roraima-que-limita-servicos-a-estrangeiros.ghtml>. Acesso em: 14 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>. Acesso em: 2019.

_____. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Acordo incentiva municípios brasileiros a acolherem pessoas venezuelanas**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acordo-incentiva-municipios-brasileiros-a-acolherem-pessoas-venezuelanas/>. Acesso em: 17 jun. 2019.

_____. **Documento aponta São Paulo como exemplo de boas práticas na gestão das migrações**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/documento-aponta-sao-paulo-como-exemplo-de-boas-praticas-na-gestao-das-migracoes/>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. **Número de pessoas deslocadas no mundo chega a 70,8 milhões, diz ACNUR. ONU Brasil, Brasil, 19 de junho de 2019**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/numero-de-pessoas-deslocadas-no-mundo-chega-a-708-milhoes-diz-acnur/>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Qual a diferença entre "refugiados" e "migrantes"?** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/qual-a-diferenca-entre-refugiados-migrantes/>. Acesso em: 13 set. 2019.

_____. **OIM apoia segunda conferência municipal de políticas para migrações em São Paulo**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oim-apoia-segunda-conferencia-municipal-de-politicas-para-migracoes-em-sao-paulo/>. Acesso em: 12 set. 2019.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Jurispoiesis,** Rio de Janeiro, ano 18, nº 18, p. 130-159, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. **Decreto nº 57.533, de 15 de dezembro de 2016. Regulamenta a Lei nº 16.478, de 8 de julho de 2016, que institui a Política Municipal para a População Imigrante**.. Disponível em: < https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/participacao_social/ATAS/Decreto%2057533-2016%20-%20Regulamentacao%20PMPI.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. **Lei Municipal nº 16. 478, de 8 de julho de 2016. Institui a Política Municipal para a População Imigrante, dispõe sobre seus objetivos, princípios, diretrizes e ações prioritárias, bem como sobre o Conselho Municipal de Imigrantes**. São Paulo, 8 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/direitos_humanos/LEI%2016478.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public Law litigation succeeds. **Harvard Law Review,** v. 117, n. 4, p. 1016-1101, 2004.

SANTANA, Ana Claudia Farranha; PEREIRA, Paulo Fernando Soares. As instituições do sistema de justiça brasileiras e os ciclos das políticas públicas: possibilidades na defesa das

ações afirmativas e combate ao racismo institucional e cultural. **Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 11, nº 3, p. 1542 – 1574, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAYAD. Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da identidade**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 38 ed. rev. e atual. com as emendas constitucionais até a de n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23 -51, 2006.

SILVEIRA, Daniele. **Apenas 5% dos municípios com presença de imigrantes e refugiados no Brasil oferecem serviços de apoio, aponta IBGE**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/09/25/apenas-5percent-dos-municipios-com-presenca-de-imigrantes-e-refugiados-no-brasil-oferecem-servicos-de-apoio-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 14 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 10 set. 2019.

TEIXEIRA, Lucas Borges. **O Brasil tem pouco imigrante: presença estrangeira no país hoje é uma das menores da história e do mundo. Mesmo com os venezuelanos chegando**.

Disponível em: <https://www.uol/noticias/especiais/imigrantes-brasil-venezuelanos-refugiados-media-mundial.htm#o-brasil-tem-pouco-imigrante>. Acesso em: 27 jun. 2019.

UNHCR. The UN Refugee Agency. **Global Trends**: forced displacement in 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado de coisas inconstitucional e bloqueios institucionais desafios para a construção da resposta adequada. *In*: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana. **Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVÊA, Carina Barbosa. Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de construtivismo judicial. *In*: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, Florianópolis. **Direitos sociais e políticas públicas I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a sentencia T-025 e a ADPF 347/DF-MC. *In*: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. **Estado de coisas fora do lugar**. Disponível em:<https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>. Acesso em: 12 mai. 2019.

VILLAMAR, Maria del Carmen Villarreal. Portas não tão abertas: a política migratória brasileira no contexto latino-americano. **Coletiva**, out-jan. 2018/2019.

ANEXO 01

Transcrição entrevista na Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro
Dia 03/04/2014, às 14h30

Nos casos envolvendo refúgio talvez uma das primeiras orientações dadas à pessoa que está querendo solicitar, seja procurar a Cáritas. Quais são as principais atuações da instituição?

A gente tem a frente de proteção, ou setor de proteção legal, que vai tratar de toda essa parte de documentação, desde o início, então desde a chegada do solicitante, ou talvez até se tornando um facilitador da entrada dele, para saída de uma zona de trânsito nos aeroportos, enfim. E a gente acompanha até o final do processo, na fase recursal e possivelmente, ou em outros procedimentos que tem relação com refúgio, visto de reunião familiar, passaporte. A Cáritas também atua com outras formas de regularização migratória, que não tem a ver com a proteção do instituto do Refúgio. Além disso, a gente tem uma frente de integração local, ou um setor de integração local, que vai dar um suporte de assistência social para os solicitantes e para os refugiados. Então, toda a questão de empregabilidade, políticas públicas, incidir sobre políticas públicas, saúde, educação, ficam com eles. A gente também tem um apoio psicológico. Então muitos dos solicitantes, eles atravessaram ou passaram por muitos traumas, antes de chegar ao Brasil. Então a gente tem o ponto focal de apoio psicológico.

Pensando na instituição, esses são serviços para os solicitantes. Mas a gente também tem uma área de comunicação, e essa área vai fazer a intermediação entre a instituição, o solicitante e o grande público. Eles fazem as pontes, por exemplo, a gente vai ter refugiados na escola, e trazer esse conhecimento do mundo do refúgio e das histórias para o público. Aí a gente tem uma frente no *Instagram, Twitter, Facebook,* que é justamente fazer as pessoas entenderem o que é um refugiado e criar uma diferença que refugiado não é necessariamente alguém que veio fugindo porque cometeu um crime, e aí ele está fugindo, está escondido aqui no Brasil. Tentar derrubar alguns mitos em relação à imigração, como se os imigrantes fossem pessoas que saem do seu país e estão no Brasil para de algum forma roubar a mão de obra, ou se aproveitar dos serviços públicos que estariam à disposição para a população brasileira. Então, a mídia, a comunicação também tem muito esse papel de ir derrubando esses mitos, e de alguma forma, sempre que possível, colocando um rosto ali nas histórias, claro, respeitando a confidencialidade, uma autorização ali da pessoa para revelar a história, mas para dar um nível e humanidade, de olha, essas pessoas são reais, elas poderiam ser você, e trabalhar nessa linha.

Então é basicamente isso, integração, apoio psicológico, que acaba entrando dentro de integração, proteção legal e a gente tem também uma área de comunicação, que faz essa ponte.

Quais são as maiores dificuldade que vocês encontram no dia a dia, para lidar com o tema refúgio?

Aí tem a nível de atendimento ao solicitante, nessa prestação do serviço. Diria que tem as dificuldades naturais de uma barreira linguística, culturais e outras formas de percepção de mundo, de como as coisas devem funcionar, ou podem funcionar. Então as pessoas vêm de países diferentes, que trabalhavam com outros níveis de burocracia, ou outros níveis de relações

com instituições públicas, com instituições privadas e é justamente tentar de alguma forma, lidar com isso. E ao mesmo tempo que a gente faz esse atendimento e dá esse suporte, tentar permitir algum nível de autonomia para os migrantes, para que eles entendam os processos e para que eles possam ir à Polícia Federal e reivindicar alguns direitos, baseados em resoluções, em leis. Então só pra explicar, se eles têm uma residência, a gente normalmente imprime tudo que ele precisa pra que ele tendo todos os documentos, possa dizer que está embasado na lei. Enfim, tentar dar um nível de autonomia e fazer aquelas pessoas entenderem que eles têm direitos aqui no Brasil, e esses direitos devem ser respeitados. Desde os direitos trabalhistas, passando aí pelo acesso aos serviços públicos e privados. Acho que esse é um nível de desafio.

Acho que também tem o desafio de lidar com as outras instituições, enfim. Nem todo mundo tem o mesmo posicionamento, eu diria. Ou a mesma forma de atuação da sociedade civil, então é tentar encontrar esses meios do caminho com essas outras instituições, que vão ter outras posições, outras formas de pensar o refúgio, outras formas de pensar a imigração. Então como a Cáritas é representante da sociedade civil no CONARE, é necessário manter um diálogo com essas instituições e ao mesmo tempo que nós temos que passar a nossa visão de um atendimento de ponta, das necessidades do solicitante de refúgio e refugiados e como isso pode se transformar depois em resoluções, leis e políticas públicas voltadas para eles.

Quanto à sociedade, quais são os principais entraves que vocês enxergam, além desses já destacados por vocês? Vocês acham que talvez o preconceito em relação ao migrante, de vê-lo como uma pessoa que vai "roubar mão-de-obra", esse ainda é o maior entrave?

Sim. Eu acho que tem um desconhecimento do tema, é claro que enfim, desde a crise no Mediterrâneo, isso acabou dando uma maior visibilidade e mostrando que essas pessoas não passariam por isso se não houvesse uma necessidade, ou uma perseguição, ou algo que impulsionasse de forma muito incisiva essa saída do país de origem. Isso cria alguma visibilidade no mundo, algumas imagens né, daquela criança na praia, enfim, isso vai criando um nível de sensibilidade, mas, ainda há um desconhecimento muito grande da população sobre quem são os refugiados, quem são os solicitantes de refúgio, de que a migração, de alguma forma, atrapalha a vida do brasileiro. Acho que há um tempo atrás houve uma pesquisa, que perguntou ao brasileiro qual a parcela da população que eles acreditam ser de migrantes, e responderam que 30%, quando na verdade é de 0.4%. Então há um desconhecimento, uma falta de informação mesmo. E aí, é lidar com isso, com a falta de informação do público para sensibilizá-los e fazer entender o processo. Aí, eu acho que um outro ponto, quando você fala da sociedade, do público em geral, é entender e interpretar a documentação do solicitante de refúgio e do refugiado. É um documento diferente, o do solicitante por exemplo, é uma folha de papel A4, que é o documento de identificação, então é algo muito estranho para a gente que está acostumado com um outro tipo de documentação. O RNE, que é quando a pessoa já é reconhecida como refugiado é um pouco melhor, acho que dá mais acesso e credibilidade. Mas, ainda são documentos diferente dos do brasileiro. Então a pessoa chega com aquilo para abrir uma conta bancária, chega com aquilo para ter acesso à clínica da família, ao SUS, então também tem esse papel de na sociedade, falar olha, essas pessoas estão regulares, e mesmo que não estivessem, isso não representa que são despidos de direitos humanos, mas, eles estão regulares e eles têm inúmeros direitos na lei brasileira e você tem que permitir.

Nesse viés, falando da documentação, vocês acreditam que falta uma atuação maior dos órgãos estatais em difundir esse tipo de informação? Como por exemplo, documentação, o que é o instituto do refúgio. Vocês acham que falta um engajamento maior dos órgãos estatais?

Eu acredito que por um lado sim. E, eu não tentando justificar a falta de prestação de serviço que é um pouco mais precarizada, eu diria que hoje com exceção do fluxo hoje na fronteira, entre a Venezuela e o Brasil, de fato nós temos uma população migrante que ela é pouco significativa comparada ao tamanho do Brasil, e ao nosso número de população. Penso que por exemplo, em São Paulo, que a gente tem um ponto focal grande de migrantes, as instituições já estão mais acostumadas a lidar e trabalhar com o solicitante de refúgio, a entender a documentação, e a fazer treinamentos internos. Então, por exemplo, a DPU tem um GT só de migração, tem grupo de trabalho só de migração, e isso vai se expandindo para as outras instituições para entender o funcionamento da migração e do refúgio. Mas é isso, e se você vai interiorizando e vai para outros estados, você tem um número pequeno de migrantes então, talvez numa lista de prioridades, numa escassez de recursos, de pra onde a gente vai colocar treinamento, como a gente vai capacitar as pessoas que estão na ponta trabalhando, talvez, e aí é uma conjectura, não esteja ali em uma prioridade máxima, com exceção desses lugares que recebem de fato um número alto de refugiados. E aí, tem um papel mesmo da sociedade civil, de entrarem contato com essas instituições, e trabalhar, por exemplo, com secretaria de saúde, aqui no Rio de Janeiro. Então, a gente faz esse trabalho, de sensibilizar, de capacitar. De secretaria de educação... Aqui no Rio de Janeiro a gente tem um conselho né, um conselho estadual para refúgio e solicitantes de refúgio, então estar ali presencialmente falando, dizendo que tem essa e essa situação, porque já que é uma secretaria que é parte do Estado, do governo, ali você traz o problema e eles estão cientes e podem movimentar outras áreas do governo para conseguir desenvolver.

Advogada 2

Eu só acrescentaria que existe um rede normativa até interessante aqui no Brasil, em termos de refúgio, mas aí, a gente volta para a questão que estávamos falando agora, que é a implementação. O espaço que existe entre ter uma rede normativa e chegar na efetiva implementação, aí sim tem um gap importante. Então aí que aí reside um desafio, obviamente não só na implementação que é o nosso desafio, mas a implementação em si é uma questão ainda muito relevante.

Vocês acreditam que existam políticas públicas que existam políticas públicas do Estado efetivas para atender a população solicitante de refúgio, a população migrante?

Eu diria que há uma tentativa, uma predisposição de nos ouvir e por vezes, eles se encontram limitados, por questões acho que de orçamento, de conseguir movimentar... A questão é que para o Estado fazer alguma coisa ele precisa de várias autorizações, de várias secretarias trabalhando juntas, enfim. E isso pode dificultar. Em São Paulo esse problema já é menor, mas no Rio de Janeiro nós não temos nenhum abrigamento para migrantes e solicitantes de refúgio e refugiados, especialmente esses grupos que estão chegando. Essas pessoas ficam em um alto grau de vulnerabilidade, porque por exemplo, a Cáritas também não tem uma casa para receber esses migrantes, a não ser os de interiorização venezuelanos, mas nós também não temos um abrigo e não existe um abrigo da Prefeitura ou do Estado para receber essas pessoas.

Em São Paulo isso já existe, e aqui no Rio não tem. Então, essas pessoas são abrigadas, sem entender a língua, sem entender muito bem o que tá acontecendo, com outros brasileiros, às vezes em situação de rua. Isso vai causando alguns obstáculos para eles. Eu diria que algumas pessoas são furtadas, e eles não entendem bem o que tá acontecendo, não falam a língua e eles são abrigados junto com a população brasileira em geral, e isso é um gap de proteção bem profundo aqui para o Rio de Janeiro. E eu diria assim, que o Rio de Janeiro não é um dos estados que mais recebe, na verdade é um estado que mais recebe, mas não é uma população muito grande, que chega todo dia e que precisa de abrigo, então não precisaria de uma estrutura tão grande, como é a de São Paulo, ou mesmo de Roraima, mas é necessário. Então a gente tem muitas situações assim, de pessoas que precisam de abrigo e acaba que a própria rede de solicitantes de refúgio, refugiados e imigrantes em geral, eles absorvem essa pessoa, levam para casa até que ela consiga se estabelecer.

Vocês também têm uma atuação de inserção do solicitante de refúgio, refugiado no mercado de trabalho, atuação junto às empresas. Vocês acreditam que ainda é muito difícil para essas pessoas conseguirem se inserir? Tem essa desconfiança?

Acho que por um lado sim, e aí tem uma questão linguística mesmo, de se a pessoa fala português, vai conseguir me entender. E também tem essa desconfiança, talvez em relação à qualidade do trabalho, se ele foi treinado para trabalhar, se ele vai se adaptar ao nosso tipo de trabalho. Então se é engenharia que ele fez na Venezuela, ou em Cuba, se lá tem os mesmos padrões que as nossas universidades. Será que ele vai se adaptar ao meio de trabalho, acho que ainda tem uma certa desconfiança. Para o panorama atual do Rio de Janeiro, existe uma falta de trabalho que ela é geral, e isso é claro que vai atingir necessariamente os imigrantes, então a gente tem a conjugação de dois fatores. Mas o que a gente tenta passar é que o imigrante ele traz um aporte muito grande para essas empresas que vão absorver essa mão de obra. Então são pessoas que falam outras línguas, e isso facilita, já é um diferencial dessas pessoas, por vezes eles falam quatro línguas. Essa formação, que tem outras facetas também, é algo que traz um benefício para a empresa, além de questões culturais que acabam agregando mais do que dividindo ou trazendo problemas. É claro que sempre tem um período de adaptação para todo mundo, mas a gente acredita que isso traz mais qualidade mesmo, na prestação de serviços daquela empresa de trazer um imigrante para trabalhar com eles.

Advogada 2

Acho que outra questão da dificuldade de contratação e etc., é a questão do documento mesmo ser precário, que é o protocolo de refúgio. Porque além dele ser precário, substancialmente se você pega um papel A4, já é precário per si, mas também porque ele depende de renovação. Então por vezes, volta a questão da falta de conhecimento do empregador, eles ficam com receio de fazer uma renovação contratual, porque o documento tá expirando, tá chegando ao fim. Então existe esse entrave também, que é relativo à precariedade do documento de identificação do solicitante.

Advogada 1

Só acrescentando, esse protocolo, para a pessoa que ainda está no processo de solicitação, ele tem a validade de um ano. Aí a Carteira de Trabalho, fica com a mesma validade do protocolo, claro que isso vai ser renovado, quantas vezes for necessário, enquanto ele ainda estiver no processo. Mas como essa CTPS tá há um ano, então ele se pergunta, posso contratar

alguém que a CTPS só tem validade de um ano? Isso gera um clima de insegurança jurídica. Então eles ficam, e se der problema? Há uma preocupação também do empregador, se vier uma fiscalização trabalhista por estar empregando de forma irregular (o que é ilegal) e aí eles são multados, eles tem que responder por aquilo. Então há uma preocupação mesmo em falar, olha, eles podem trabalhar, eles têm uma autorização legal, essa carteira de trabalho ela tem validade de um ano mas ela vai ser renovada enquanto essa pessoa estiver no processo e, mesmo depois, ela é reconhecida como refugiado. O documento ele também tem uma validade, muito maior, seis, sete anos, então é uma validade bem longa, mas ainda sim, tem uma validade. Aí por exemplo, se a pessoa se torna advogado, ou se torna enfermeiro. O Conselho de Enfermagem faz a validade da carteira, o COREN, e tem a mesma validade do RNE. Então o empregador fica, ah então eu só posso te contratar até 2021, 2022, e aí todos os documentos ficam com a mesma validade do documento principal. Isso pode causar insegurança. Ah então a pessoa só pode ficar no Brasil até essa data? Não! É só esse documento que tem a validade, isso é normal, os documentos têm validade. Mas ele tem residência por tempo indeterminado, então todos esses entraves legais, preocupam o empregador. Então a gente tem que trabalhar e falar que tá tudo bem e se houver uma fiscalização, estará pautado pela lei. É um trabalho da informação e esclarecimento.

Com relação ao fluxo dos venezuelanos, a Cáritas tem atuado de alguma forma especial naquela região?

Sim, a Cáritas tem uma atuação no Brasil todo. Não em todos os estados só com refúgio, então como a Cáritas é um braço de caridade da Igreja Católica, ela atua em outras frentes. Então, mesmo aqui no Rio, a gente tem esse programa de atendimento aos refugiados e solicitantes de refúgio e tem um de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Mas ela sim, tem atuação no Norte, em Roraima, em Brasília, no Sul, a gente faz essa atuação com um ponto focal na Cáritas central brasileira.

Então na região de Pacaraima tem tido um olhar especial?

Sim.

Com relação à proteção de direitos humanos e direitos fundamentais, ano passado, ao que parece, a governadora de Roraima, queria entrar com uma ação judicial para fechar fronteira. Ao que parece, a Ministra do STF, Rosa Weber negou liminarmente. O governador mais recentemente editou um decreto de limitação também, então, quão preocupante é esse tipo de atuação governamental para a instituição e também na perspectiva dos direitos humanos?

Acho que é bem preocupante. E aí para a instituição e também para outras instituições que também trabalham com o tema no Brasil, que é o que a gente chama de advoca-se, mas que é esse trabalho de bastidores, que tem a ver com fazer uma influência sobre as políticas públicas e governamentais, que é um trabalho de formiguinha, que eu diria que é você buscar nesse universo, quem é mais aberto ao tema, e aí você fala com a pessoa e essa pessoa tem uma abertura com outra, enfim, fazendo essa costura, que eu diria que é um trabalho político, difícil e que nem sempre é um trabalho que tem uma visibilidade, como por exemplo, um atendimento à solicitantes de refúgio, mas eu diria que é um aspecto do trabalho bem importante, que é de fazer essas costuras e tentar de alguma forma influenciar, que tem a ver com a elaboração ou a falta de elaboração de políticas voltadas para o migrante. Então, como a gente está nesse dia a

dia mesmo de trabalho, acho que a Cáritas tem uma vantagem porque trabalha há mais de quarenta anos, desde os anos 70, com refúgio e refugiados, então existe um peso institucional, de uma instituição que já trabalha há muito tempo com isso e que acaba criando uma reputação que faz um trabalho sério e continuado, mesmo em tempos de crise. Acho que em alguns momentos, diria que fazer parte da Igreja Católica tem as suas vantagens, pois, existe mesmo uma abertura religiosa, eu diria, que tem anos de trabalho mesmo. Pelo menos para receber para uma conversa. Por mais que a nossa visão sobre o tema não seja bem recebida, acho que pelo menos esse primeiro passo de nos ouvir, funciona. Não diria que sempre, mas por vezes ser da Igreja Católica acaba sendo um aspecto facilitador.

Diante de todo esse cenário, vocês acreditam que o Estado brasileiro tem sido capaz de receber esses fluxos migratórios tão grandes como o dos venezuelanos? O caso dos venezuelanos, por exemplo, a cidade de Pacaraima ficou bastante comprometida em relação à serviços básicos. Claro que para os brasileiros isso também ocorre. Mas o recebimento e o suporte, vocês acreditam que está prejudicado?

Eu diria que vale ter um planejamento melhor. Como já falamos, não é um número expressivo se a gente pensa em percentual. É claro que em número absoluto foi a primeira grande crise que o Brasil teve que lidar nas últimas décadas, então até 2015 e 2016, nós estávamos bem longe de áreas de conflito, áreas de grande deslocamento. Se a gente pensar na África, as pessoas tem que pegar um avião, navio, então acho que foi a primeira grande crise que o Brasil teve que enfrentar nas suas áreas de fronteiras, o que facilita o deslocamento para cá. Mas não é um número expressivo o suficiente que comprometa o funcionamento do país como um todo, mas exige um planejamento. Mas um ponto do planejamento que já foi implementado, é que tem que ser levado à cabo é a questão da interiorização. Existe uma sobrecarga nas áreas de fronteira, e que são cidades pequenas, menores que não estavam preparadas para receber um número grande de pessoas e com necessidades, bem latentes, continuar o processo de interiorização. Por outro lado, você não pode forçar uma pessoa a sair de uma área que ela deseja ficar. Esse forçar o deslocamento para outras áreas do Brasil, também viola algum direito de ir e vir daquelas pessoas. Aí pensando nas pessoas que de fato gostariam de ficar na área de fronteira, é trabalhar melhor com planejamento políticas públicas e com apoio de outras organizações. Então se não é possível deslocar centenas de médicos para prestar um atendimento, existem outras instituições, como o médico sem fronteiras, que já trabalham em áreas de conflitos há muitos anos com atendimento básico, ou então essa instituição dá o treinamento a alguns médicos brasileiros para trabalhar com esse primeiro atendimento em áreas de grande deslocamento, porque aí você tem outras doenças que não se manifestam em contextos urbanos. Acho que esse processo de interiorização é importante, e também porque você acaba criando outras oportunidades para essas pessoas trabalharem, se integrarem, se integrarem. Mas isso se for da vontade. Existem as pessoas que de fato querem estar na área de fronteira, e isso não pode ser forçado. Isso exige um planejamento grande, mas não diria que é impossível e que sobrecarregue de sobremodo as políticas públicas brasileiras e que isso não seja possível.

Advogada 2

Acho que é uma questão de solidariedade interestatal. Como distribuir as responsabilidades e como poder fazer o aporte né. Não só fazer a integralização onde é possível

e onde se respeita a agência da pessoa que tá saindo do lugar, mas também como aportar recursos de outros Estados, onde não é possível fazer o deslocamento daquela pessoa. Outra questão nesse desafio de integração local, embora não seja a integração local em si, mas está diretamente ligado, é o backlog que o Comitê Nacional de Refugiados tem. Então assim, são mais de cem mil casos hoje pendentes de resposta, e isso certamente se torna um obstáculo na integração local também, à medida que esses processos não são julgados. Então nesse sentido, se torna uma situação crítica a administração, com esse backlog em si, que a gente sabe que em números absolutos não corresponde a um número absurdo no Brasil, mas infelizmente da maneira como está administrado hoje né, e as limitações do sistema, ainda é uma pendencia muito importante, que certamente impacta, a integração local também. À medida que não há o reconhecimento no tempo justo, fica nesse acúmulo de solicitações de refúgio e as pessoas permanecem com o documento que é o protocolo de refúgio e a gente fica nessa roda de dificuldade de integração local.

O principal problema na efetiva análise dos casos é realmente de demanda? De quantidade de pessoas trabalhando com a elegibilidade, com as entrevistas? Ou é uma sobrecarga?

Eu acho que de fato parece ser um número significativo, e como de alguma forma, o CONARE tem uma equipe muito pequena, de oficiais de elegibilidade, isso acaba parecendo assoberbador, porque a equipe é pequena. Então eles tem uma equipe bem reduzida de oficiais de elegibilidade para dar continuidade ao processo, fazer entrevistas... Acho que é uma conjugação desses fatores. Mas sempre lembrando que não é um número assustador, um número capaz de prejudicar o país, porém, tem essa contrapartida do governo que não tem um planejamento talvez a longo prazo, para lidar com possíveis crises, possíveis aumentos de deslocamentos para o Brasil e aí vai se criando esses entraves, do tipo, ah não, tem muita gente chegando, como se tivesse um mar de gente entrando. De fato, se compararmos a uns três anos atrás, parece muito, subiu exponencialmente, mas é uma questão de planejamento, de como a gente vai enfrentar e lidar com isso de uma maneira de dividir solidariamente essas repartições, de deslocar um dinheiro que iria para um local. Pensando, por exemplo, o Ministério da Saúde, eles podem, fazer esse tipo de redistribuição de aportes financeiros, então pensar que o dinheiro que iria para uma cidade será mais concentrado na cidade que recebe, por exemplo, Pacaraima, que é por onde eles atravessam e chegam na fronteira, então lá teria um aporte financeiro maior para que você tenha um desenvolvimento maior de atenção à saúde básica para os venezuelanos e para os brasileiros que estão na região.

Nessa questão dos órgãos atuarem coordenados, vocês acreditam que isso existe, com relação ao tema refúgio? Há uma coordenação entre os órgãos, como Ministério da Saúde, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, para resolver essas demandas?

Há uma tentativa, se você pensa na composição do CONARE, tem lá o Ministério da Saúde, da Educação, da Economia. Enfim, há uma tentativa de você juntar esforços e várias frentes para poder lidar. Eu diria que os ministérios estão cientes do que está acontecendo no mundo do refúgio, isso já é um passo né. Essa composição de você ter a PF, vários ministérios e a sociedade civil, no final das contas, ninguém pode dizer que não conhece o tema, que desconhece o que tá acontecendo, que desconhece as discussões técnicas ou não. Acho que não

há escusas para eles, pois eles fazem parte do sistema. Mas, eu diria também que para outros temas o funil burocrático do Brasil exige um esforço.

Pois você também sai de um nível de governo federal e aí depois aquelas discussões, aqueles ministérios tem que repassar isso, repassar o que está acontecendo e distribuir esforços e orçamento para governo estadual e depois para o governo municipal, então existe essas esferas federativas, então você tem que lidar com várias esferas de poder, e todas elas tem que conversar. Eu diria que não é fácil. Você tem inúmeros órgãos trabalhando, inúmeras secretarias... Então não é fácil, mas diria que por exemplo, essa composição do CONARE, é pensada justamente para coordenar esforços. Se você pensa também no Conselho Estadual, você também está tentando coordenar esforços e juntar pessoas de inúmeras instituições. Acho que há uma pré-disposição, pelo menos, para tentar fazer acontecer.

Advogada 2

Eu acho que em um país grande, com uma administração federativa como a nossa, temos um problema de descentralização. Quer dizer, é um país grande, com muitos governos, então por vezes, esse contato é um contato difícil. Obviamente eu não estou dizendo que esse seja um motivo justificante, de uma situação complicada, mas a descentralização é difícil. São muitos órgãos, dentro dos órgãos existem secretarias, então estamos falando de um nível de descentralização grande.

Outra questão que eu acho, é que nem sempre todos os entes, nem todas as partes do tabuleiro, estão absolutamente uníssonas, isso também é uma coisa que prejudica a implementação, que às vezes há posicionamentos diferentes...

Então talvez nem todos tenham uma visão de política migratória parecida para dialogar de forma a chegar a uma conclusão para resolver os problemas?

Advogada 2

Exato. Acho que o ideal seria uma cooperação em um nível alto, mas é obvio que as diferenças entre as instituições e que isso também é uma coisa que no final das contas custa pro tempo e pro processo.

Vocês acreditam que a legislação em vigor, o Estatuto do Refugiado e a Nova Lei de Migração fomentam a inclusão e também a proteção dos migrantes aqui no Brasil? É uma legislação protetiva, garante minimamente uma boa proteção?

Sim. Diria que a lei brasileira de refúgio ela tem aspectos muito positivos, então um solicitante de refúgio, alguém que ainda está em um processo, ela tem acesso à todos esses direitos Ela pode trabalhar, estudar, tem liberdade de circulação no Brasil, e isso não é uma realidade no mundo todo. Do solicitante de refúgio, por exemplo, não ser submetido à detenção no Brasil, então o caráter de ser um ser migrante, não o criminaliza. Não há criminalização sobre o movimento dessa pessoa, isso já é um ponto positivo. Esse acesso à direitos é um ponto positivo e que acredite, espanta pessoas de fora. A nossa legislação dá uma facilitação ao acesso dessas pessoas a esses serviços então é necessário que a vulnerabilidade dele seja considerada. Há uma facilitação por exemplo, em relação à pagamento de taxas, para regularização migratória de uma população que é hipossuficiente, então a lei tem aspectos bem positivos. Tem algumas questões, que tanto na lei de migração geral, como na lei de refúgio, ela não se atém muito as questões processuais. As duas. Nem de garantias processuais, eu diria. Então, acho que para nós que manejamos o direito, sabemos que o direito material ele só vai se fazer

valer no processo, então se não há garantias que protejam aquele direito material no processo, ele pode se perder, ou ele pode ser manejado de forma que no processo você tenha uma perda. A lei de refúgio, por exemplo, não vai detalhar como tem que ser feito o processo de refúgio e a lei de migração também em relação à residência ele também não detalha, e muitas vezes, ele vai remeter às resoluções. É claro que formalmente você não pode restringir um direito que está na lei, por meio de resolução, na prática, a gente sabe que isso é possível. Você manejar de forma a restringir direitos. Então eu diria que as leis são satisfatórias, tem um núcleo duro bom de direitos, mas eu diria que a gente pode avançar ainda em alguns direitos materiais e eu diria que a falta de uma regulamentação mais detalhada na lei abre espaço para na regulamentação a gente ter uma diminuição de garantias no processo.

Advogada 2

E olha que as regulamentações podem ser revogadas né, então elas tem esse caráter muito mais precário mesmo, que faz com que prejudique a segurança jurídica, pois você não sabe por quanto tempo ficará aquela resolução. E elas regulam textos muito importantes, não são simples detalhes, mas o procedimento de refúgio. Então se utiliza de normativas administrativas, que tem esse caráter um pouco mais precário, para tratar de direitos que são de núcleo, ainda que de cunho procedimental. Mas são direitos de núcleo, sem o esqueleto, os órgãos não funcionam.

E isso torna mais difícil não é? O entendimento para a pessoa que está solicitando ou para o migrante, pois pode mudar a qualquer momento!

Sim, é isso. É mais volátil. E a gente vê isso. Estamos aí na vigésima nona resolução normativa do CONARE. São mais ou menos vinte anos de lei e trinta resoluções normativas, fora as portarias. Então várias já foram revogadas por outras que sucederam, e aí você tem uma mudança do procedimento e uma adaptação do procedimento, e às vezes certas garantias não se mantem no tempo, porque aí acho que fica muito sujeito a um vento político. Aos ventos políticos. Acho que o processo não é só um instrumentalizador de direitos, ele é um direito em si. Ele não só instrumentaliza um direito, mas é um direito em si. Processo é garantia. Se você pode mudar o processo de forma muito fácil, você muda a própria garantia do direito do solicitante de refúgio, do refugiado e do migrante.

Advogada 2

Só acrescentaria em relação à Nova Lei de Migração de 2017, e aqui bater as palmas para a sociedade civil, sobretudo para a irmã Rosita. Ela foi um marco muito importante, pois a gente saiu de um Estatuto do Estrangeiro que tinha uma normativa muito arcaica, de poucos direitos, inclusive nomenclaturas criticáveis, por assim dizer, e a gente veio para a Nova Lei de Migração que trouxe bastantes avanços, ela trata dos direitos do migrante de uma maneira mais abrangente, acho que isso também foi um avanço normativo. Foi um marco normativo para nós, uma grande mudança, pelo menos para a nossa rede legal. Acho que vários obstáculos em relação à implementação permanecem, mas o caminhar é constante

Vocês acreditam que o decreto que regulamentou a Lei (de Migração) produziu a desnaturação que costuma-se criticar? O decreto foi mais restritivo?

Ah sim. Uma boa parte do Congresso perdeu muito na lei, e pelo decreto eles recuperaram. Mesmo a questão de detenção, que não está na lei, ela veio no decreto. Então, há uma perda. Acho que esse é o medo, dessa regulamentação em espiral, tem uma lei, um decreto, aí o decreto vem portarias ministeriais, que vão sendo editadas também, que pode restringir os

direitos. Não deveria, torna aquela resolução ilegal, então cabe um controle ali, de legalidade, mas na prática, esse controle não é aplicado e fica dessa forma.

No procedimento de refúgio, uma das principais partes, é a entrevista. O que é preponderante para a decisão do CONARE? O que o CONARE costuma levar mais em consideração na hora de decidir?

Então, acho que a gente pode dividir em dois pontos. O primordial é a conformação ao conceito do Art. 1º da Lei 9.474/1997, ao conceito de refugiado. E aí quando você fala do processo decisório, o que existe é o que a gente chama de análise de credibilidade, e ela vai se dividir também. Ela vai ter um viés subjetivo e objetivo. A análise da credibilidade interna, ou subjetiva, ela tem a ver com a própria narrativa do solicitante, quando você fala de entrevista né. Então essa narrativa tem que ser bem detalhada e trazer ali marcos temporais. É importante, mas, às vezes difícil para o solicitante, especialmente para os que experimentam trauma, continuar tendo na lembrança muitos detalhes e também trabalhar o tempo da forma que nós trabalhamos. Pode parecer que todo mundo tenha um calendário na parede, mas nem todo mundo mede o tempo dessa forma, principalmente por pessoas que vão medir o tempo por estações. Por exemplo, a estação da chuva... e isso até no Brasil. Existem pessoas mais ligadas à natureza, agricultura, que vão medir de forma diferente. Então, tem essa credibilidade interna que às vezes eles vão falar que foi parcialmente verificada, ou seja, que a pessoa não deu detalhes suficientes, a narrativa foi considerada muito genérica. Ou seja, ela tem que mostrar que de alguma forma ela estava lá, não basta dizer "eu estava na Cáritas", você tem que dizer que a Cáritas tem paredes azuis, que parece uma casa, tem um quintal com uma bananeira, que quando você entrou, seguiu por um corredor. Você tem que ir mostrando a perseguição, não basta dizer que foi perseguido. Tem que dizer por quem, quantas perseguições foram, se você foi ameaçado, que tipo de ameaça foi: verbal, por carta, você chegou a ser agredido, como foi agredido? Por uma faca, arma? O que as pessoas estavam vestindo? O que elas falaram para você? Tudo isso faz parte desse viés de credibilidade interna. E aí, o que eles vão fazer depois é comparara narrativa do solicitante, com relatórios internacionais e relatos externos, jornais, revistas, que isso é medir a credibilidade externa da narrativa do solicitante. A entrevista, como alguns oficiais já falaram, acaba sendo o momento mais importante do processo, porque é quando de fato a pessoa tem tempo o suficiente para relatar o acontecido. O que eu posso dizer também, sobre a credibilidade externa e processo decisório, é que se a gente for pensar, muitas vezes para um relatório ficar pronto, e isso é uma discussão nossa, pode demorar meses. Se você pensa em um caso clássico, o genocídio de Ruanda, que durou um período muito curto de tempo, e que eles mataram muita gente. Não dá tempo de um relatório ficar pronto. Então de chega um ruandês e fala que estão matando as pessoas, e eles vão buscar fontes externas, não vão achar nada, porque acabou de acontecer. E aí, a credibilidade da pessoa resta prejudicada. Então, tem essas questões que, pelo menos no Brasil, você não vai ao local de perseguição, você não pode conferir os dados. Acaba que a palavra do solicitante, se torna no processo de refúgio, a principal prova. É muito raro a pessoa ter uma carteira de filiação ao partido, porque por vezes, para sair do país, ele se desfaz de todos os documentos que em uma fronteira, tanto aérea, quanto terrestre, pode incriminá-lo. Ele se desfaz de tudo aquilo e atravessa a fronteira como se não tivesse envolvimento nenhum. Às vezes ele muda o nome, então está com um nome falsa, porque para sair com o nome verdadeiro, ele não conseguiria, ele seria preso. E por

todos esses obstáculos, às vezes a única prova que a pessoa tem do relato do que aconteceu, é a fala. E existe todo um peso dado a fala na narrativa do solicitante no processo de refúgio. Mas isso acho que para o mundo todo, não só para o Brasil. Diferente de um processo civil, penal, que você tem a perícia, aqui você centraliza a prova, na fala do solicitante.

O que eu diria que pode ser difícil, é que você vai enfrentar essas barreiras linguísticas, mesmo com interprete, e outras barreiras mesmo de como o solicitante interpreta as perguntas que estão sendo feitas. Então por vezes, as perguntas são muito abertas, são perguntas gerais, e as pessoas podem interpretar aquilo de acordo com suas próprias subjetividades. E aí a resposta não é exatamente a que o oficial gostaria de ouvir, ou o que o oficial está buscando com aquela pergunta. Então há uma racionalidade pronta do oficial, do que ele quer com aquela pergunta e nem sempre o solicitante consegue corresponder com essa expectativa, porque cada um tem além de uma subjetividade própria, uma bagagem cultural, que é diferente da brasileira.

Com essa questão também das entrevistas e atuação do CONARE, a última notícia que eu vi é que ainda não tem uma decisão sobre os casos de refúgio solicitados pelos venezuelanos, porque parece que está pendente ainda. Qual a expectativa de vocês em relação a isso?

Eles já estão deferindo, isso começou em dezembro do ano passado (2018), que eles começaram a deferir casos de opinião política. O inciso I da Lei Brasileira que é uma referência À Convenção de 1951, ela é a mais aceita, ela é a clássica, é a que não tem muita divergência. A questão é o inciso III, que é grave e generalizada violação de direitos humanos, que é uma referência à Convenção de Cartagena, porque é um conceito aberto e, além disso, o CONARE enfrenta como sendo um critério objetivo. O que quer dizer que, se a pessoa é venezuelana, e ela pediu refúgio, e ela se enquadra na grave e generalizada, aí vai ser deferida. Claro, após uma análise dos critérios de exclusão, mas não tendo cláusula de exclusão, ela já seria deferida. Então seria um processo bem mais simplificado, como hoje é para os sírios. E aí nesse ponto, que o reconhecimento dos venezuelanos tem se arrastado e as discussões se tornado mais densas. Porque especialmente aqui regional existe um aspecto político muito maior do que por exemplo, para a Síria. A Síria está do outro lado do mundo, as relações diplomáticas e políticas não são tão próximas, então reconhecer os sírios como graves violações de direitos humanos tem menores repercussões políticas do que você reconhecer os venezuelanos. Então tem toda uma questão regional, de posicionamentos, de qual é a melhor forma do chefe do executivo lidar. Na Venezuela, depende-se de um ok ou não ok do chefe do executivo. Por mais que tecnicamente seja muito claro para todos, que o caso da Venezuela se enquadra em uma grave e generalizada violação de direitos humanos. Se existe um critério mínimo, porque como é um conceito aberto, você só tem aqueles critérios mínimos, então se existem critérios mínimos, a Venezuela se enquadra. Mas depende de uma questão que vem de cima, mas posso dizer que estão sendo reconhecidos pelo critério clássico que é o mais aceito mundialmente e é mais tranquilo pra eles, tem menos desdobramentos. A questão de opinião política é muito individual, causa menos comprometimento diplomático. Porque realmente a pessoa pode ter uma opinião política e ser perseguida por isso, mas é um critério individual, não é um critério do povo venezuelano.

Como vocês definiriam a política migratória brasileira hoje?

Eu diria que em termos de legislação, existe um avanço, se comparado ao Estatuto do Estrangeiro, então a legislação brasileira é garantista no geral. Ela não trata o imigrante como uma ameaça nacional, que é um ponto positivo. Ou seja, existe um direito de migrar, um direito ao movimento, um direito à locomoção entre fronteiras, que está contemplado de alguma forma na lei, e que é importante. Eu diria que você ter garantias na lei é muito importante porque se você vai questionar alguma coisa no judiciário, você tem pelo menos um parâmetro legal, um arcabouço jurídico. Para nós que trabalhamos com direito... é claro que um juiz pode entender de uma forma diferente, mas se você tem a lei ao seu lado, já é um primeiro passo. Você não tem que ficar encontrando interpretações, num labirinto, já facilita nossa vida. É uma base legal, e dali a gente segue e levanta a coluna. A legislação acho que é de certa forma satisfatória, e aí a gente passa para um outro âmbito de atuação, ou seja, a implementação, como isso funciona. E daí, eu diria que ainda falta bastante para implementação, então para o acolhimento desses migrantes, e mesmo na legislação, acho que ainda faltam mais hipóteses de regulamentação migratória. Então hoje, existe lá, por exemplo, "casos que não estão na lei", que é muito aberto, e a gente não sabe muito bem quais critérios essas pessoas serão deferidas ou indeferidas, então isso é uma complicação. Por exemplo, o refúgio, existe regulamentação migratória por reunião familiar, mas, existem pessoas que caem em um limbo migratório. Elas já estão no Brasil há muito tempo, mas que não tem documento e é o que hoje a gente discute que não tem uma regulação migratória por tempo no Brasil. Na Inglaterra, que tem uma política migratória assim, severa, eu diria, e eles têm uma forma de regulamentação por tempo e nós não temos. Às vezes a pessoa está há muito tempo no Brasil e não nenhuma forma de se regularizar e fica em um limbo ali de regularidade. Então a legislação pode avançar nesse ponto, de prever outras formas. Sobre a implementação, como eu disse, acho que ainda falta. E falta também uma coordenação entre essas esferas de poder na nossa federação para conseguir implementar políticas públicas que sejam uniformes e que o migrante, o solicitante consiga reconhecer não importa onde ele vá. Então existe uma mobilidade muito grande no território brasileiro desses imigrantes, e é importante que eles tenham pontos de apoio onde quer que estejam. O que não acontece. Então quem vai dar esse suporte muitas vezes é a sociedade civil, e a sociedade civil também não se divide de forma uniforme no Brasil. Mas esse também é um problema de ter um território continental, eu diria. É um desafio, de você ter um território continental e uniformizar essas políticas de acesso. Mesmo quando você pensa, por exemplo, na revalidação de diplomas, a gente tem especialmente com o fluxo de venezuelanos, aqui no Rio, os venezuelanos são altamente qualificados. São todos profissionais, com diplomas de graduação, pós-graduação, doutorado, enfim. Como você faz a revalidação de um diploma, de uma forma facilitada para eles? O Rio de Janeiro e São Paulo possuem leis estaduais que isentam os refugiados de taxas para revalidação de diplomas nas universidades públicas estaduais. Mas isso é uma política o que? Somente de dois estados. Aí você tem todos os outros estados. Então essa falta de uniformidade de acesso, faz com o que o solicitante tenha que lutar ali para tentar entender como aquele estado funciona. Mas isso faz parte de trabalhar em uma lógica federativa, eu acho que a gente pode avançar nisso. Coordenar mais os esforços. O último ponto acho que é da sociedade e é de quem tá na ponta, e aí não pensando no administrador, mas pensando no implementador que tá na ponta trabalhando, de entender o sistema de refúgio, para conseguir implementar melhor. Então, por vezes, o administrador, a pessoa que tá ali pensando política,

ele entende e vai trabalhando, e aí o legislativo aprovou essa lei e, agora cabe aos funcionários da UERJ, implementar o sistema de facilitação para essas pessoas. Você sai da administração, do legislador e vai estar passando para a pessoa que está no dia a dia, lidando com o atendimento, implementando a política pública, carimbando os documentos, no final das contas. Então também tem que ter uma atuação nessa esfera que é a do dia a dia. Porque no final das contas, o solicitante de refúgio, na maioria das vezes, não vai falar com o deputado. Vai falar com o secretário estadual de saúde, vai falar com o médico, com o enfermeiro, com o funcionário do estado. E essas pessoas precisam entender bem o sistema para ajudar, auxiliar e garantir, que aqueles direitos vão ser de fato efetivos.

Advogada 2

Há uma necessidade constante, e dentro aí e uma perspectiva de renovação, de ter o fortalecimento de um sistema nacional de uma forma geral, isso vai do lugar que tá sendo produzida a lei até a ponta, o lugar final de sua efetivação. Então quando a gente fortalece o sistema nacional, esse tipo de problema na implementação diminuiu. É nítido que existe uma limitação de recursos humanos hoje, nesse aspecto, e temos que respeitar isso, porque é um limite real, mas eu acho que o treinamento e a capacitação constante são muito importantes. Afinal de contas, é um jogo de normativas muito extensos, muito recentes para que seja possível que as pessoas do sistema nacional estejam capacitadas e façam a implementação devida.

Advogada 1

E estão sempre mudando né, são 30 resoluções, várias revogadas. Aí tem o decreto, e esse decreto, sai milhões de portarias interministeriais. E muita coisa da lei ainda não foi regulamentada, então é um desafio mesmo para essas pessoas que estão na ponta entenderem. Acho que essencial nessa questão de treinamento, é primeiro fazer essas pessoas entenderem o núcleo duro de direitos. Independente da resolução essas pessoas têm acesso e ponto. A forma como isso vai se materializar no dia a dia, ela pode mudar, mas ela tem que ter esse acesso garantido. É um desafio, porque você tem que trabalhar em todas as esferas, passar do campo mais amplo, até o final do funil, porque o solicitante no dia a dia vai lidar com essas pessoas. Solicitantes de refúgio, refugiados, migrantes em situação de vulnerabilidade e como a gente também, no final, ela quer o serviço prestado. Isso é com o brasileiro também né, a gente quer o serviço com o mínimo de burocracia e de entraves possíveis, e eles também, e considerando todas as barreiras culturais, linguísticas e etc. que eles ainda vão ter, que é algo a mais. Muitas vezes aqui, para facilitar, a gente faz um ofício explicando a situação. Porque a gente sabe que a pessoa só fala francês, ou então, a pessoa só fala um idioma que é restrito ali à localidade dele, e não vai ter ninguém que vá entender, que não seja do mesmo local. Então como ele vai conseguir expressar e falar, olha, tenho direito a isso, esse é meu problema, eu quero acesso. E aí, entra muito do nosso trabalho, de tentar dar autonomia, e o curso de português, é um aspecto disso, para a pessoa conseguir expressar o que ela quer, ela conseguir se inserir no Brasil e para que ela depois consiga trabalhar os mecanismos de direito a favor dela.

ANEXO 02

Termo de compromisso para pesquisador

TERMO DE COMPROMISSO PARA PESQUISADOR

De um lado, o PARES – Programa de Atendimento a Refugiados e Solicitantes de Refúgio da CARITAS ARQUIDIOCESANA DO RIO DE JANEIRO, doravante denominada "PARES", neste ato representado por sua Coordenadora, Débora Marques, com sede na Rua São Francisco Xavier, 483, Rio de Janeiro, RJ, inscrita no CNPJ sob nº 34.267.971/0001-14, e de outro, Cristhiano Dutra de Oliveira Matos doravante denominado(a) "Pesquisador(a)", RG 256123 Pcs 8, CPF 164.553.057-80, residente e domiciliado(a) na Avenida Dr. Manoel Teles, 1500, Bloco 1, Apt 1009, Duque de Caxias, RJ - 25010-070, comprometem-se, por meio do presente termo, com o seguinte:

1. Em razão do compromisso institucional, contratual e ético que o PARES assume com as pessoas refugiadas e solicitantes atendidas, em especial no que diz respeito à confidencialidade das informações sobre a sua identidade e histórico – obtidas mediante o estabelecimento de vínculos de confiança entre as partes – o acesso a quaisquer informações ou dados pessoais de refugiados e solicitantes de refúgio – mediante entrevista, registros documentais, ou quaisquer outros meios – depende de autorização expressa por parte do PARES, depois de aprovação de sua Comissão criada para tal fim;

2. A análise do pedido e eventual autorização estão condicionadas à apresentação dos seguintes documentos, que serão apresentados pelo(a) pesquisador(a) ao Setor responsável e encaminhado à Comissão de análise: a) requerimento por escrito através de e-mail, (b) projeto de pesquisa (resumo) e de seus objetivos e (c) prova de filiação institucional, com nome de orientador, se for o caso, (d) assinatura do orientador, quando for o caso, (e) parecer do Conselho de Ética da Universidade (ou compromisso por escrito que apresentará até o momento da pesquisa e coleta das informações), quando a pesquisa envolve contato com dados confidenciais e/ou com pessoas refugiadas e solicitantes de refúgio;

3. O acesso a banco de dados, arquivos, pastas e outros instrumentos em que constem registros pessoais de refugiados e solicitantes de refúgio será condicionado

Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro
Programa de Atendimento a Refugiados e Solicitantes de Refúgio
Rua São Francisco Xavier, 483, Maracanã, Rio de Janeiro-RJ
Tel.: (21) 2587-4105
www.caritas-rj.org.br
carj.refugiados@caritas-rj.org.br

à autorização expressa da Coordenação do PARES, desde que especificado e justificado o acesso pretendido (dados, entrevistas, informações, etc), e sob a condição de que sejam mantidos em sigilo dados que possam revelar a identidade (inclusive visual) das pessoas atendidas.

4. Nos casos em que a pesquisa envolva entrevistas com pessoas refugiadas e solicitantes de refúgio, o(a) Pesquisador(a) compromete-se a manter sob sigilo informações, dados e imagens que possam expor a identidade das pessoas refugiadas ou solicitantes de refúgio.

Parágrafo Primeiro: no caso de pesquisas acadêmicas, o pedido deve ser acompanhado de assinatura do orientador e, quando for o caso, de parecer ou subscrição do Conselho de Ética da Universidade ou de compromisso de que a pesquisa será submetida ao Conselho;

Parágrafo Segundo: a permissão para uso ou divulgação do nome verdadeiro, de informações pessoais e da imagem das pessoas refugiadas e solicitantes de refúgio depende da autorização expressa individual de cada uma delas (ou de seu representante legal, no caso de crianças, adolescentes e incapazes), através de instrumento próprio, em que conste que ambas as partes se declaram cientes dos riscos assumidos:

a) risco à vida, à integridade física ou à liberdade das pessoas refugiadas e solicitantes de refúgio, especialmente quando se trate de pessoas que deixaram seu país de origem em razão de fundado temor de perseguição;
b) prejuízos para a relação destas pessoas com a representação diplomática de seu país de origem e em especial para a assistência diplomática e consular;
c) risco de perda do status de refugiado ou de abertura de procedimento policial ou judicial em razão de informações que sejam incoerentes com as informações prestadas no momento do pedido de refúgio;
d) prejuízos para o resultado de seu pedido de refúgio, no caso de solicitantes de refúgio;
e) e dificuldades para sua sociabilidade, seja em comunidades de refugiados, solicitantes de refúgio e migrantes, mas também para sua integração na cidade;

Parágrafo terceiro: neste mesmo instrumento, deve constar a advertência segundo a qual pessoas civilmente responsáveis, mesmo quando expressamente autorizam o uso e divulgação de dados e informações, podem ser incapazes de avaliar plenamente o risco a que estão sujeitas, e, por isso, o(a) pesquisador(a) arcará com as devidas responsabilidades caso se verifique a ocorrência de prejuízos ou riscos para as pessoas envolvidas.

Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro
Programa de Atendimento a Refugiados e Solicitantes de Refúgio
Rua São Francisco Xavier, 483, Maracanã, Rio de Janeiro-RJ

Tel.: (21) 2507-4105
www.caritas-rj.org.br
carj.refugiados@caritas-rj.org.br

5. Toda pesquisa ou trabalho acadêmico que se realize com base em informações e dados fornecidos pelo PARES e por sua equipe deve fazer menção e fazer constar os referidos créditos;

6. O pesquisador que realiza seu trabalho, nos termos do presente instumento, se compromete a apresentar à Cáritas cópia do seu trabalho (ou link), como contrapartida;

Rio de Janeiro, 02 de Abril de 2019.

PESQUISADOR(A)

PARES/CÁRITAS

TESTEMUNHA

TESTEMUNHA

Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro
Programa de Atendimento a Refugiados e Solicitantes de Refúgio
Rua São Francisco Xavier, 483, Maracanã, Rio de Janeiro-RJ

Tel.: (21) 2567-4105
www.caritas-rj.org.br
cas.refugiados@caritas-rj.org.br