ESTADO E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

PEMBROKE COLLINS
CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura. Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
GIANFRANCO FAGGIN MASTRO ANDRÉA, JOSÉ EDUARDO DE MIRANDA,
LUIZ ROBERTO CARBONI SOUZA, RAFAEL DE LAZARI

ESTADO E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Gianfranco Faggin Mastro Andréa, José Eduardo de Miranda, Luiz Roberto Carboni Souza, Rafael de Lazari (orgs.)

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS
Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO
Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

E79

Estado e instituições jurídicas / Gianfranco Faggin Mastro Andréa, José Eduardo de Miranda, Luiz Roberto Carboni Souza e Rafael de Lazari (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

772 p.

ISBN 978-65-87489-55-1

1. Estado. 2. Direito. 3. Instituições jurídicas. 4. Ciência política. I. Andréa, Gianfranco Faggin Mastro (org.). II. Miranda, José Eduardo de (org.). III. Souza, Luiz Roberto Carboni (org.). IV. Lazari, Rafael de (org.).

CDD 320.1

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....17

A TEORIA DA IMPREVISÃO E O CORONAVÍRUS: A TEORIA DA IMPREVISÃO COMO INSTRUMENTO VIÁVEL NA MANUTENÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ANTE O INTERESSE PÚBLICO EM TEMPOS DA COVID-19.....19
Gláucia Maria de Araújo Ribeiro
Vircilei Rodrigues dos Santos

GESTÃO POR COMPETÊNCIAS NO MINISTÉRIO PÚBLICO: UM ESTUDO DE CASO À LUZ DA INOVAÇÃO NO GERENCIAMENTO DE PESSOAS.....36
Carlos Antonio Furtado Dutra

A PRESUNÇÃO DO ***PERICULUM IN MORA*** E A INDISPONIBILIDADE DE BENS NO BOJO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....49
Carolina Correia Campelo

O ACESSO À INFORMAÇÃO NO BRASIL E OS IMPACTOS DO COVID-19.....65
Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves
Filipe da Silva Vieira

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NA LEI IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429, DE 2-6-92).....80
Bruno Fediuk de Castro
Gilberto Bomfim
Renato Maia de Faria

DIRETRIZES CONTEMPORÂNEAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO COM A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ATIVIDADES EMPRESARIAIS.....98
Caroline Mendes Dias
Luciani Coimbra de Carvalho

ARTIGOS – CORTES CONSTITUCIONAIS.....117

DIREITOS SOCIAIS DAS MULHERES EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA: ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS.....119
Rachel Serodio de Menezes

CASO N° 12.728 – DECISÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH): ÍNDIOS XUCURUS E SEUS MEMBROS VS. BRASIL.....140
Marli Aparecida Da Silva Siqueira
Danielle Karolinne Weiler De Siqueira
Eduarda Paola Weiler De Siqueira

CORTES CONSTITUCIONAIS E CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....156
Denise Tanaka dos Santos

PROCESSO ESTRUTURAL E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS COMPLEXAS: A BUSCA DE UM MODELO PROCEDIMENTAL ADEQUADO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DE CORTES CONSTITUCIONAIS.....166
Luiz Alberto Pereira Ribeiro
Lucas Mantovani Chiquetti
Julia Lonardoni Ramos

O CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA PELO BRASIL: UM BREVE ENSAIO.....186
Saulo de Medeiros Torres

A EFETIVIDADE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS EM VIOLAÇÕES ESTRUTURAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS CASOS DE LETALIDADE POLICIAL DO BRASIL.....212
Bruna Sueko Higa de Almeida

A CIDADANIA AMPLIADA PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O JUS STANDI INDIVIDUAL COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA FACE À REDEFINIÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL 231
Guilherme Stabile Nogueira

O CARÁTER EMINENTEMENTE POLÍTICO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL COMO OBSTÁCULO PARA SUA INDEPENDÊNCIA 250
Maria Fernanda Machado Bizzo

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL NAS VIOLAÇÕES A DIREITOS HUMANOS OCORRIDAS NO HOSPITAL COLÔNIA EM BARBACENA: UM ESTUDO À LUZ DA PRIMEIRA CONDENAÇÃO DO BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 265
Dáfani Pantoja Reategui Santos

A SOBRECARGA DE PROCESSOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA COMPARAÇÃO COM TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DE OUTROS PAÍSES 283
Thiago Costa dos Santos

DIREITO AO ACOMPANHANTE: QUESTÃO CONSTITUCIONAL E VIABILIDADE ARQUITETÔNICA 299
Bárbara Henriques Mocaiber Cardoso
Hilton Esteves de Berredo

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: CASOS QUE ENVOLVERAM O BRASIL NO PERÍODO DE 2009 A 2019 314
Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos

ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NOS CRIMES DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS: UMA ANÁLISE SOBRE A ESCRAVIDÃO MODERNA DENTRO DO QUADRO JURÍDICO DO ESTATUTO DE ROMA 327
Giovana Pereira Pinto
Sanuza Vitória Silva da Costa
Danilo Barbosa Neves

O CASO HERZOG: ANÁLISE DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS QUE CONDENOU O BRASIL PELA PRISÃO, TORTURA E ASSASSINATO DO JORNALISTA VLADIMIR HERZOG.....345
Cleber Mesquita dos Santos

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO NO CASO DAS CHACINAS DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM (COMPAJ) EM MANAUS/AM.....365
Laura Cristina de Oliveira Lopes Munhoz

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL E A LEI MARIA DA PENHA.....382
Larissa Águida Vilela Pereira de Arruda

ARTIGOS – SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....401

CLÍNICA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA DA AMAZÔNIA: EM BUSCA DA PACIFICAÇÃO ESCOLAR NO MUNICÍPIO DE SANTARÉM/PA.....403
Mônica Milly Nunes Melo

DISPUTE BOARDS DANS LES CONTRATS D'INGÉNIERIE AU BRÉSIL: PRATIQUE, PRÉVISIONS NORMATIVES ET INSTITUTIONS.....414
Fernanda Bragança
Laurinda Fátima F. P. G. Bragança

O USO DA FORÇA COMO AUTODEFESA NA "GUERRA AO TERROR".....427
Camilla Alves Trotta

ACESSO À JUSTIÇA NOS QUATRO ANOS DO CPC/2015 – BREVE ANÁLISE SOBRE O IMPACTO DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....441
Gislene de Laparte Neves

A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA NO TRATAMENTO DE CONFLITOS ASSEGURANDO O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO Á JUSTIÇA.....460
Maini Dornelles
Damiane Silvana Dzielinski

A ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO 476
Adélia Procópio Camilo
Nubia Medeiros de Oliveira

A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS COLETIVOS FUNDIÁRIOS: ANÁLISE JURÍDICO-ANTROPOLÓGICA DO CASO DA COMUNIDADE DO CAJUEIRO DO MARANHÃO.....495
Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha
Dyhelle Christina Campos Mendes

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: CONSTRUINDO A PAZ EM CASA POR MEIO DOS PROCESSOS CIRCULARES ABARCADOS PELA JUSTIÇA RESTAURATIVA..... .513
Samuel Duarte dos Santos

ARTIGOS – SEGURANÇA.....531

ANÁLISE DE TRABALHO COMUNITÁRIO DO "CONSEG MARINGÁ" (CONSELHO COMUNITÁRIO DE SEGURANÇA DE MARINGÁ): DECISÕES, PARTICIPAÇÃO E CONHECIMENTO DA SOCIEDADE.....533
Michel Hajime Itakura

HIPERENCARCERAMENTO E O FORTALECIMENTO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS..... .552
Fabiana Teixeira Souza Domingos

SEGURANÇA: DEVER DO ESTADO (CONTRATO SOCIAL) VERSUS CONTEXTO MOÇAMBICANO.....563
Armindo Armando Nhanombe

UMA ABORDAGEM SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS: A SEGURANÇA COMO PRESSUPOSTO PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS.....585
Bruno Fediuk de Castro
Gilberto Bomfim
Renato Maia de Faria

PROVIDÊNCIAS POLICIAIS PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER À LUZ DA LEI MARIA DA PENHA.....604
Luisa Leal Ferreira Ravagnani

ARTIGOS – TEORIA DO ESTADO.....621

BREVES REFLEXÕES ACERCA DA CRISE ATUAL DO MODELO DE ESTADO BRASILEIRO NO CENÁRIO DA PANDEMIA DO CODIV-19.....623
Luciano Eustáquio da Silva

O MODELO FEDERALISTA BRASILEIRO EM REFLEXÃO: UMA ANÁLISE PRELIMINAR SOBRE OS MUNICÍPIOS NA GESTÃO DOS COMITÊS DE BACIAS HIDROGRÁFICAS.....641
Anysia Carla Lamão Pessanha
Tauã Lima Verdan Rangel

ORDENAMENTO JURÍDICO JUSTO E COESO: ESTUDO DA TEORIA DE JUSTIÇA DE RAWLS E TEORIA PURA DE KELSEN.....658
Vanessa Albuquerque Rocha Guimarães

OS DIREITOS HUMANOS E O ESTADO PLURINACIONAL.....673
Thiago Sette-Câmara

A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS E A ERA DO DIREITO CONCILIATÓRIO: REFLEXÕES SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA UM 2020 PERDIDO.....692
Daniel Eloi de Paula Rodrigues

RESUMOS.....707

A IMPORTÂNCIA DO COMBATE A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PARA A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS.....709
Ana Júlia Ramos Padua
Luiz Nunes Pegoraro

A PRÁTICA ILÍCITA DO DÍZIMO PARTIDÁRIO: VIOLAÇÃO VELADA DA DIGINIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO EM CARGO DE CONFIANÇA E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS E ELEITORAIS.....712
Leonardo Honorato Santos
Rose Amorim de Souza

O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO E A POSIÇÃO JURÍDICA DO CIDADÃO EM SITUAÇÕES DE CRISE 717
Leonardo Roza Tonetto

EFEITOS DA CORRUPÇÃO PÚBLICA NOS DIREITOS HUMANOS PERTENCENTES A UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... 721
Daiana Fagundes dos Santos Carboni

DIALOGUE BETWEEN INTERNATIONAL COURTS: THE FUTURE OF JURISPRUDENCE THROUGH CROSS-FERTILIZATION.....726
Maria Fernanda Machado Bizzo

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE A CORTE E A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....732
Henrique Alencar Cosmo dos Santos

MEDIAÇÃO NAS FRONTEIRAS: A EXPERIÊNCIA DOS ASHANINKA DO RIO AMÔNIA NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS TERRITORIAIS NO SERINGAL MISSISSIPI, NO ALTO JURUÁ ACREANO.....738
Charles Borges Rossi
Maria Beatriz Uchoa de Brito

CLÁUSULA ARB-MED: A ARBITRAGEM E A MEDIAÇÃO ASSOCIADAS.....744
Barbara Lucia Tiradentes de Souza

JUSTIÇA NEGOCIADA, IMPREVISÃO DOS CONTRATOS E ARBITRAGEM NA PANDEMIA.....750
Omar José Amazonas Ferreira

SANÇÕES ESTATAIS INTERNACIONAIS COMO MECANISMO DE CONTROLE EFETIVO E NÃO LETAL PARA A GARANTIA DE LIMITES MÍNIMOS EM DIREITOS HUMANOS.....755
Ana Flávia Alves Pereira
Maria Fernanda Ponte Muricy

IMPERATIVO TECNOLÓGICO E SEGURANÇA INTERNACIONAL.....760
Genival Silva Souza Filho

O PODER SOBRE OS MORTOS: UMA HISTÓRIA ENTRE O ESTADO E O CORONAVÍRUS.....764
Gustavo Sudo
Maria Regina Damaceno

DURKHEIM E REFLEXOS NA OBRA DE OLIVEIRA VIANNA:
CONCEPÇÃO ORGANIZACIONAL DO BRASIL DIANTE DA BUSCA PELA
COESÃO SOCIAL.....768
Rose Amorim de Souza

CONSELHO DO CAED-Jus

Adriano Rosa	*(Universidade Santa Úrsula, Brasil)*
Alexandre Bahia	*(Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)*
Alfredo Freitas	*(Ambra College, Estados Unidos)*
Antonio Santoro	*(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)*
Arthur Bezerra de Souza Junior	*(Universidade Nove de Julho, Brasil)*
Bruno Zanotti	*(PCES, Brasil)*
Claudia Nunes	*(Universidade Veiga de Almeida, Brasil)*
Daniel Giotti de Paula	*(PFN, Brasil)*
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	*(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)*
Denise Salles	*(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)*
Edgar Contreras	*(Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)*
Eduardo Val	*(Universidade Federal Fluminense, Brasil)*
Felipe Asensi	*(Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)*
Fernando Bentes	*(Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)*
Glaucia Ribeiro	*(Universidade do Estado do Amazonas, Brasil)*
Gunter Frankenberg	*(Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)*
João Mendes	*(Universidade de Coimbra, Portugal)*

Jose Buzanello	*(Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)*
Klever Filpo	*(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)*
Luciana Souza	*(Faculdade Milton Campos, Brasil)*
Marcello Mello	*(Universidade Federal Fluminense, Brasil)*
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	*(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)*
Nikolas Rose	*(King's College London, Reino Unido)*
Oton Vasconcelos	*(Universidade de Pernambuco, Brasil)*
Paula Arévalo Mutiz	*(Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)*
Pedro Ivo Sousa	*(Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil)*
Santiago Polop	*(Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)*
Siddharta Legale	*(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)*
Saul Tourinho Leal	*(Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil)*
Sergio Salles	*(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)*
Susanna Pozzolo	*(Università degli Studi di Brescia, Itália)*
Thiago Pereira	*(Centro Universitário Lassale, Brasil)*
Tiago Gagliano	*(Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)*
Walkyria Chagas da Silva Santos	*(Universidade de Brasília, Brasil)*

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2020, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH 2020)**, que ocorreu entre os dias 29 a 31 de julho de 2020 e contou com 63 Áreas Temáticas e mais de 1100 artigos e resumos expandidos de 73 universidades e 43 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos livros do evento.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A TEORIA DA IMPREVISÃO E O CORONAVÍRUS: A TEORIA DA IMPREVISÃO COMO INSTRUMENTO VIÁVEL NA MANUTENÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ANTE O INTERESSE PÚBLICO EM TEMPOS DA COVID-19

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro
Vircilei Rodrigues dos Santos

INTRODUÇÃO

A nação brasileira está vivendo um momento certamente inédito e imprevisível no cotidiano. Os impactos da pandemia da Corona vírus (COVID-19) na realidade socioeconômica são indiscutíveis. As relações contratuais de trabalho, saúde, e comércio, sofrem consequências nunca pensadas. Em tempos tão desafiadores, fazem-se necessárias medidas efetivas e coordenadas pelos governantes dos países.

O tema do presente estudo cinge-se da importância da teoria da imprevisão sobre os contratos administrativos em razão de riscos extraordinários econômicos alheios à vontade das partes na formalização e execução dos contratos em tempo da COVID-19. Assim, estabelece-se a relação existente entre a aplicabilidade da teoria da imprevisão, o princípio do equilíbrio econômico financeiro e a função social do contrato administrativo sob a tutela estatal.

Ao lado dos inegáveis acontecimentos de calamidade pública na Saúde divulgada pela mídia, a Economia é o segundo setor afetado diretamente pela pandemia que se alastra por todo o mundo inclusive no Brasil.

O trabalho foi elaborado com o objetivo de examinar os contornos da teoria da imprevisão nos contratos sob a tutela do Estado, avaliar a presença do interesse público revestido da função social na relação jurídica em comento e as consequências econômicas resultante do desequilíbrio econômico-financeiro das cláusulas contratuais em razão da COVID-19.

É sob a ótica do Direito Administrativo, especificamente da teoria da imprevisão, que dedicamos maior parte dessa análise, contextualizando-a com a realidade fática atual pela qual a nação brasileira está passando.

Diante disso, considerando-se o principal cenário ora exposto, o enfoque deste trabalho é propor uma resposta para o seguinte problema de pesquisa: a aplicabilidade da teoria da imprevisão constitui mecanismo jurídico adequado à concepção da função social dos contratos administrativos no contexto da pandemia da COVID-19?

Nessa temática, define-se como objetivo geral de estudo a utilização da teoria da imprevisão como mecanismo jurídico adequado na concretização da função social do contrato administrativo neste momento peculiar da pandemia.

Para alcançar o seu objetivo central, este estudo encontra-se organizado em 05 Capítulos, sendo a Introdução o primeiro Capítulo. No Capítulo 2, é apresentado um breve histórico do surgimento, conceito e natureza jurídica da teoria da imprevisão no contrato administrativo. No Capítulo 3, aprofunda-se a análise dos efeitos da pandemia da COVID-19 na álea econômica do contrato em virtude da globalização das relações comerciais e informacionais e a necessidade de se restabelecer o equilíbrio econômico financeiro para desonerar o contrato. A função social do contrato será abordada no Capítulo 4, onde serão compreendidas duas variáveis: a supremacia do interesse público como interesse primário, e o interesse da Administração como instrumentalização do interesse público secundário. E, por fim, no Capítulo 5 são apresentadas as considerações finais.

Com a finalidade de orientar o estudo, optou-se pelo método descritível e indutivo, recorrendo à Constituição Federal de 1988, às fontes públicas oficiais, à própria Lei 8.666/1993, bem como material interdisciplinar e doutrinário que comprovem e forneçam embasamentos teóricos válidos para o alcance do objetivo desse trabalho.

2. TEORIA DA IMPREVISÃO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO.

2.1. Breve Histórico

Não se sabe ao certo quando surgiu a teoria da imprevisão. Os primeiros relatos sobre o princípio da exceção que se tem conhecimento é no Código de Hamurabi[1], por volta do século XVIII a. C.

Segundo Sílvio Venosa (1996) apesar de os Romanos fazerem uso de o instituto da imprevisão, eles não se dedicaram ao seu desenvolvimento por razões de cunho individualista. Por esse motivo que um dos cânones do Direito Contratual é a obrigatoriedade de cumprimento do acordo celebrado, de sorte que, uma vez pactuado, ele se incorpora ao ordenamento jurídico, fazendo lei entre as partes de onde decorre o princípio *pacta sunt servanda*.

As mudanças ocorridas por influência das ideias de solidariedade em virtude da Revolução Francesa levou o Estado ao maior controle estatal em defesa do elo mais franco na relação contratual. A ingerência estatal, resultado das novas normas de ordem pública, condicionou as regras contratuais com a necessidade de impor parâmetros limitadores à parte economicamente mais forte. Todo o contexto histórico corroborou para mudança normativa do contrato, partindo de um direito

1 O Código de Hamurabi é um conjunto de leis criadas pelo sexto rei da Suméria Hamurabi, da primeira dinastia babilônica, no século XVIII a. C, na Mesopotâmia. É um código baseado na lei do Talião, que representa uma dura retaliação do crime praticado e de sua pena. A lei do Talião se baseia no "**Olho por olho, dente por dente**". O objetivo primordial do código era unir o reino por meio de um conjunto de leis gerais. Para atingir seu propósito, o rei Hamurabi mandou distribuir cópias do código por todas as partes do reino. Disponível em: https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/codigo-de-hamurabi. Acesso em: 07 mai.2020.

do ponto de vista individualista irretratável à interferência estatal no *dirigismo contratual*[2], cominando na relativização da força obrigatória contratual.

Silvia (2008) ensina que a teoria "foi construída pelo Conselho de Estado francês, órgão de cúpula da jurisdição administrativa na França; essa teoria nada mais é do que aplicação da antiga cláusula *rebus sic stantibus"*. Apesar da imprecisão de sua existência, continua Pietro (2008), em Roma era possível sua aplicação pela vulnerabilidade encontrada no princípio (*pacta sunt servanda*) presente nos contratos daquela época. A teoria da imprevisão consagrou-se definitivamente no direito Francês com o Código Civil de 1804.

Após quase desaparecer no século XVIII, a teoria da imprevisão passa a ser utilizada no período da Primeira Guerra Mundial em 1914, permitindo que os concessionários de serviços de energia e gás recorressem à justiça francesa com o intuito de salvar suas companhias da falência. Nesse contexto, explica Caio Tácito (1975:297, *apud* PIETRO, 2008, p. 267), "as violentas flutuações econômicas geradas pelo desequilíbrio social e político da guerra exigiram dos intérpretes e dos tribunais a mitigação da imutabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*)".

O Decreto-lei nº 2.300/1986 que dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal trouxe em seu texto implicitamente a teoria da imprevisão que permitia:

> A alteração do contrato, por acordo das partes para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato. (art.55, II, d) (PIETRO, 2008, p. 268).

2 Dirigismo contratual é o princípio limitador da autonomia da vontade das partes contratantes, por intervenção do Estado, em função dos fins sociais e das exigências do bem comum. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/topicos/1267463/dirigismo-contratual. Acesso em: 08 mai.2020.

Com o advento da Lei nº 8.666/93 (art. 65), o dispositivo do art. 55 do Decreto-lei, em comento, que fazia menção à utilização do equilíbrio financeiro à concessão de obras, serviços, compras e alienação foi excluído por meio de veto do Presidente da República. Porém, foi recepcionado logo em seguida pela Lei nº 8.883/1994, eliminando qualquer dúvida quanto à utilização do princípio do equilíbrio quando da ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, configurando em álea econômica extraordinária e extracontratual.

No direito brasileiro, a teoria da imprevisão está assentada na Lei n º 8.666/1993, comumente chamada de lei de licitações, em seu artigo 65, II, *d*, redação dada pela Lei n º 8.883/94 vejamos o quê dispõe a norma:

> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
>
> II - por acordo das partes:
>
> d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

2.2. Conceito

Presente em todos os contratos de prestação continuada, *rebus sic stantibus,* grosso modo, significa dizer que o pactuado não vigorará enquanto as coisas não se restabelecer como era ao tempo da celebração contratual. Caminhando ao lado da cláusula *pacta sunt servanda,* a teoria da imprevisão diz respeito a um risco extraordinário econômico ad-

vindo de fatos que independem das partes contratadas. Nas palavras de Cretella Júnio (1964, p. 7):

> Na teoria da imprevisão o evento imprevisto é uma circunstância ou conjunto de circunstâncias econômicas extraordinárias, independentes da vontade das partes contratantes, como, por exemplo, a elevação do preço da matéria-prima e dos salários, que se verifica no transcurso ou como conseqüência de grandes crises políticas, sociais ou internacionais (guerra).
>
> A teoria da imprevisão tem por finalidade fazer com que a Administração participe, até certo ponto e temporàriamente, dos prejuízos sofridos pelo contratante. Não tem por objetivo reparar um dano.

Assim, coexistem no ordenamento pátrio o princípio da obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*), da boa fé, da igualdade e da equidade (*rebus sic stantibus*), fazendo parte dos Princípios Gerais do Direito em um sistema integrado e harmônico.

Não há espaço nesse trabalho e não é o foco do estudo tratarmos das características das áleas que abrangem os contratos administrativos como um todo, no entanto, faz-se necessário esclarecer que tanto no risco ordinário como no risco extraordinário a fundamentação da teoria é a mesma prevista no art. 65, II, *d,* da Lei nº 8.666/93, possibilitando ao particular buscar a recomposição do equilíbrio econômico financeiro.

2. 3. Natureza Jurídica

No que diz respeito a influencia da teoria da imprevisão nos contratos administrativos, a mesma decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular (autonomia da vontade no direito civil), visto que as consequências da álea econômica refletem diretamente na função social do contrato.

O propósito jurídico para o qual a teoria da imprevisão fora desenvolvida no decorrer de toda sua história, permeada pelas ideias in-

dividualistas do Século XIX e as atrocidades das duas Grandes Guerras Mundiais, fundamenta-se pela necessidade de equilibrar os direitos desigualmente manifestos nos contratos entre as partes, fazendo menção à ingerência estatal.

O *dirigismo contratual*, todavia, não significa a extinção da autonomia da vontade do direito civil, a *pacta sunt servanda* continua sendo a base do acordo celebrado, porém, tutelado pelo Estado com o escopo de se evitar ou minimizar as consequências advindas do risco econômico-financeiro que oneram sobre maneira o lado economicamente deficiente da relação contratual, evitando-se o enriquecimento sem causa do credor.

Em relação aos efeitos jurídicos da teoria da imprevisão, Gagliano (2001, p. 8) explica que "nem sempre a *resolução do contrato* é a melhor solução, uma vez que, em sendo possível e razoável, poderá o juiz *revisar os termos da avença*, adaptando-a às novas condições fáticas". Percebam que essa forma de intervenção estatal pelo juiz reforça o princípio da função social do contrato, visto que a sua extinção não traria nenhum benefício aos contratantes, ocasionando amargas perdas financeiras por reflexos à sociedade. Acrescenta o Autor que a revisão contratual deveria ser imposta como regra, com vista em manter o vínculo do acordo celebrado "à luz do princípio da conservação do contrato" assunto para o próximo Capítulo onde trataremos sobre a revisão contratual utilizando-se do princípio do equilíbrio econômico financeiro das cláusulas contratuais.

3. EFEITOS DA COVID-19 NA ÁLEA ECONOMIA DO CONTRATO

3. 1. Álea Econômica

As mudanças ocorridas no cotidiano da população mundial, por força da pandemia da COVID-19, têm feito com que as pessoas, empresas, instituições públicas e privadas mudassem a rotina de vida e de trabalho. Por causa da gripe, estados e municípios expediram decretos de isolamento social e de restrições nos serviços que não sejam considerados essenciais por recomendações das autoridades de saúde

e vigilância sanitária nacional e internacional. Em razão disso, os setores público e privado tiveram que tomar algumas medidas para evitar a contaminação pelo vírus, dentre as quais: o isolamento social, a redução no quadro de empregados por parte dos empregadores, o fechamento de estabelecimentos não considerados essenciais, e adesão à forma de trabalho *home Office* para grande parte dos trabalhadores, já que a doença se propaga no ar e no contato físico, ou seja, medidas restritivas que afetaram diretamente o comércio e consequentemente a Economia como um todo.

Não há como dissociarmos o setor da saúde do econômico, aliás, tudo se relaciona de alguma forma com a Economia. A adoção das medidas de isolamento e restrições de atividades contra a COVID-19 tem causado a retração da Economia mundial a níveis catastróficos nos países. O fechamento das fronteiras terrestres, o cancelamento de voos domésticos e internacionais, são algumas das inúmeras variáveis imprevisíveis que tem causado a onerosidade e desequilíbrio dos contratos, resultando em grandes perdas econômicas e prejuízos financeiros em todo o mundo, em especial no Brasil maior produtor e exportador de alimentos para países como a China, origem da pandemia.

A magnitude dos efeitos nefastos da crise está relacionada diretamente à quebra de barreiras em razão da globalização do planeta na era digital. Para o editor científico da revista HCSM em artigo publicado no dia 23/03/2020, Marcos Cueto[3], "Esta epidemia não é mais do que a última de uma triste sequela que começou nos anos oitenta do século passado, quando a maior parte dos governos do mundo abraçaram o neoliberalismo e a globalização [...]".

No passado, os meios de comunicação não estavam interligados por fibra ótica, e satélites não orbitavam a Terra em grande quantidade

3 Marcos Cueto é editor científico da **Revista História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, autor de trabalhos sobre epidemias no Peru e na América Latina e coautor, com Theodore M. Brown e Elizabeth Fee, de um livro sobre a história da Organização Mundial da Saúde intitulado The World Health Organization, a History (New York: Cambridge University Press, 2019). Disponível em: https://portal.fiocruz.br/noticia/editor-cientifico-da-revista-hcsm-aborda-o-covid-19-e-epidemias-da-globalizacao. Acesso em: 09 mai.2020.

e sofisticação; não existiam computadores de última geração para o processamento de dados em tempo real com tecnologia 4G; as transações comerciais levavam dias para se consolidarem, hoje com apenas alguns cliques os interessados fecham acordos e celebram contratos vultosos via chat; o transporte em massa de pessoas e de coisas de outrora não se compara com os aviões a jato e trens balas existentes nos dias atuais.

Nesse diapasão, faz-se necessário a análise da álea (riscos) econômica dos contratos administrativos consideravelmente afetados diretamente e por reflexo com o resultado de todo o contexto ora exposto da COVID-19.

No Brasil, as medidas de enfrentamento à pandemia têm ocasionado onerosidade na execução dos contratos públicos, momentos propícios para gerar desequilíbrio econômico-financeiro das cláusulas avençadas entre contratante e contratado, sem mencionar as denúncias por parte do Ministério Público Federal e Estadual de superfaturamento em obras e compras de materiais ligados à Saúde. Ganha força ainda maior a teoria da imprevisão nesses tempos de incertezas, em que a insegurança econômica toma corpo frente às imprevisibilidades ocasionadas pela tensão no mercado financeiro.

Como mencionado, por Pietro (2008) a teoria da imprevisão é fruto do risco econômico suportado pelas partes envolvidas no contrato celebrado. Odete Medauar (2018, p. 219) sintetiza a alínea *d* do inciso II previsto no art. 65 da Lei de Licitações em que figura a teoria da imprevisão da seguinte forma:

> Circunstâncias, que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, vêm modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo deficit ao contratado; este tem direito a que a Administração o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade. Tais circunstâncias ultrapassam a normalidade, revestindo-se de caráter excepcional; por isso passaram a ser incluídas na expressão álea *extraordinária*.

Dessa forma, quando o cenário apresenta instabilidade econômica causada por fatos extracontratuais que dificultem em parte a realização

do que fora acordado, o contratado dispõe de instrumento legal constante no art. 65, II, alínea *d* da Lei nº 8.666/93 que possa lhe resguardar de onerosidade excessiva, por outro lado, cabe à Administração, pautada no princípio do interesse público, a garantia da manutenção do contrato para atender sua função social contra interesses escusos.

3.2. Princípio do Equilíbrio Econômico Financeiro

As dificuldades no cumprimento dos contratos em razão da COVID-19 podem levar à resolução ou revisão do que fora avençado pelas partes contratuais. Neste momento trataremos da possibilidade de revisão das condições para a manutenção do contrato em curso por força da teoria da imprevisão, onde a Administração Pública assume a responsabilidade, em razão da indisponibilidade do interesse público, de reequilibrar economicamente ou restaurar as condições para a adequada execução das prestações e contraprestações pactuadas.

Princípio é um componente essencial para o exercício do direito, um verdadeiro norteador da prática forense e da atividade jurídica, segundo Celso de Mello (2004, p. 451):

> *Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.*

Um dos efeitos da teoria da imprevisão é a recomposição contratual dos termos avençados entre a Administração e contratado quando da ocorrência de imprevistos ocorridos extracontratual.

Assim, para desonerar o acordo é fundamental que haja a revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Público, porque há interesse público na essência do contrato, se assim não for procedido, tanto o contratante quanto o contratado, dependendo da situação, estará incorrendo em enriquecimento sem causa descrito nos artigos 478 e 479 do Código Civil de 2002, porque um dos dois lados estará se beneficiando à custa do outro, hipótese vedada pelo direito brasileiro.

Conforme Pietro (2008, p. 261), equilíbrio econômico financeiro nada mais é que "a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração". Para a Autora, tanto os contratos públicos como os privados, possuem a equação econômica que merece ser vista sob duas óticas, e aplicar a que melhor se adeque à modalidade de contrato (civil ou público): a primeira é a ótica da *equivalência material* objetiva, que prima o valor real econômico da contraprestação como uma troca justa; a segunda é a *equivalência subjetiva*, que valora a prestação de forma pessoal para ambas às partes. (DI PIETRO, 2008).

Ou seja, a mutabilidade das regras exige um equilíbrio dinâmico para atender o interesse coletivo, diferentemente do contrato civil que visa à satisfação do particular.

Converge do mesmo pensamento de Pietro, Odete Medauar (2018, p. 2019): "O direito ao equilíbrio econômico-financeiro assegura ao particular contratado a manutenção daquela proporção durante a vigência do contrato". Assim, no contrato civil a equivalência subjetiva se sobrepõe à equivalência objetiva porque vigora entre os particulares o princípio da autonomia da vontade firmada no ato do pacto, sendo alterado somente com novo contrato que atenda a boa vontade dos envolvidos, o que não acontece com os contratos públicos, aqui não há espaço para a autonomia da vontade (equivalência subjetiva), pelo simples fato de a Administração jamais poder dispor da vontade pessoal, pois o princípio da impessoalidade, art. 37, *caput*, CF/88, e a supremacia do interesse público prevalecem nos contratos administrativos, satisfazendo o fim para o qual fora criado.

4. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO FRENTE À COVID-19

4.1. Interesse Público

Freitas do Amaral *apud* Frederico da Silva (2011, p. 427) baseando-se na visão de São Thomas de Aquino define o interesse publico como: "o interesse colectivo, *o interesse geral de uma determinada comunidade, o bem-comum […]".*

Nesse sentido, a CRFB/88, no art. 37 dispõe dos princípios que norteiam a Administração Pública, são eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Há também outros princípios decorrentes destes que não estão explicitamente no texto constitucional. Um deles é o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que se relaciona umbilicalmente com a função social do contrato administrativo. Daí o porquê ser o Estado o gestor dos interesses sociais.

A superação do individualismo clássico está plasmada na Carta Constitucional de 1988 intitulada de Constituição Cidadã, onde ganha corpo a proteção do bem-estar comum. Diogo de Figueiredo (2014, p, 166) conceitua o princípio do interesse público como *a "orientação obrigatória de toda a atividade administrativa pública ao interesse público, especificamente explícito ou implícito na ordem pública*, com vistas ao atendimento pelo Estado". Isso significa que toda atuação do poder público deve seguir a diretriz que concretize o interesse coletivo visado, caso contrário estará incorrendo em desvio de finalidade.

Para Frederico da Silva (2011, p. 426) não há consenso na definição de interesse público uma vez que as necessidades humanas apresentam certas variações no tempo e no espaço e essa característica leva à instabilidade, variações essas, apresentadas no início deste estudo em relação às condições extraordinárias advindas na execução do contrato público.

> Como se verá, a noção de interesse público apresenta um conteúdo flexível, não havendo como definir seu sentido de uma forma rígida e invariável. E é importante que assim o seja, para que o conceito acompanhe a evolução da sociedade. O que no passado foi considerado de interesse público pode não o ser hoje, da mesma forma que o que hoje não é conveniente ao interesse público talvez o seja no futuro.

Diante da conceituação do Autor, é possível compreender a estreita relação existente entre princípios e atos administrativos que aperfeiçoam os processos decisórios do Estado na condução e instrumentalização das políticas públicas essenciais em tempos de calamidade pública.

Exemplificando o raciocínio acima, observem a necessidade de criação de centros médicos para tratamento da COVID-19. Antes da pandemia, o atendimento para tratamento de doenças agudas era feito pelas unidades básicas de saúde distribuídas pelos municípios, até então, não era considerado prioritário pelo Estado a montagem de hospitais de campanha em estádios de futebol para socorrer os pacientes afetados pelo vírus, unidades essas construídas e administradas inclusive por particulares a serviço do poder público[4].

4. 2. Interesse Público Primário

Ao Estado é delegada a competência para tutelar os interesses públicos que dizem respeito ao bem-estar social de toda a coletividade. Mas o que vem a ser interesse público primário?

Nas palavras de Diogo de Figueiredo (2014, p. 22), interesse público primário "é um conceito substantivo, definido a partir das necessidades, das aspirações, dos valores, dos anseios, das tendências e das opções gerados e manifestados numa sociedade". O Autor considera como uma subcategoria de interesses ligados diretamente à sociedade, consequentemente a direitos fundamentais consagrados pela Constituição e que devem ser preservados e ampliados como necessidades prementes básicas da comunidade.

O dever de proteção do Estado está associado ao direito à vida, à integridade física do indivíduo, à liberdade e à saúde. Dessa forma, partindo-se da premissa de que a saúde pública está inserida no conjunto das necessidades de bem-estar social e ambos encontram-se contidos na Seção II referente à SAÚDE, art. 196 seguintes da CRFB/88, é notório que todo o contrato administrativo deve ter sua função social preservada diante dos fatos extracontratuais (teoria da imprevisão) eventualmente causados pela

4 O 4º hospital de campanha da cidade do Rio de Janeiro será inaugurado na manhã desta segunda-feira (11) no Parque dos Atletas, na Zona Oeste da cidade. A unidade foi construída pela rede particular de saúde, será gerida pelo grupo D'OR. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/05/11/rj-inaugura-4-hospital-de-campanha-para-pacientes-com-covid-19. Acesso em: 18 mai. 2020.

COVID-19. Se essa notoriedade não fosse verdadeira, todos os contratos celebrados pelo poder público na compra de insumos e equipamentos hospitalares, adquiridos em tempos de crise pandêmica, não seriam possíveis por meios de dispensa de licitação com o objetivo de se evitar riscos insuportáveis e ou danos irreparáveis causados pela demora em contratar, previsibilidade amparada pelo art. 24, da Lei nº 8.666/93 e, muito menos, a possibilidade e aplicação do princípio do equilíbrio econômico financeiro sobre os contratos em execução no momento da pandemia.

4. 3. Interesse Público Secundário

Enquanto o interesse público primário é substantivo e preponderante ante os demais interesses, considera-se adjetivo o interesse público secundário (vinculado ao erário) da Administração na execução da atividade estatal, ou seja, os mecanismos e a melhor forma de se alcançar os interesses administrativos "seriam, pois, os interesses da própria pessoa jurídica da Administração Pública, a quem se imputa direitos e deveres, sendo desvinculados dos anseios do povo". (FREDERICO, 2011, p. 429). Luís Roberto Barroso (2005, p. XIII) define como sendo os interesses "da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica (diga-se contrato) – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias". (grifamos).

Assim, em virtude da importância da função social do contrato administrativo frente à grave crise da saúde pública, e melhor entendimento das variáveis relacionadas, utilizamos o mesmo contexto fático citado na seção 4.2 em referência aos hospitais de campanha montados para atender as vítimas da COVID-19, em que a primeira atuação do Estado é atender o interesse primário referente a direitos fundamentais à saúde das pessoas (art. 196, CF/88), como por exemplo, contratação e antecipação na formação de profissionais de saúde, no segundo momento é a forma (conveniência) com a qual o interesse público secundário será instrumentalizado pela Administração na contratação desses profissionais e das obras de montagem desses centros médicos (art. 24, Lei nº 8.666/93). Neste exemplo

específico, o Estado do Rio de Janeiro optou em utilizar-se da dispensa de licitação na contratação com o particular em razão da urgência pública que o caso requer, lançando mão aos interesses de sua gestão pública (instrumentalidade) na consecução da finalidade pública, respeitando o princípio da proporcionalidade alinhada ao interesse público primário para que um interesse não se sobreponha a outro, e sim se complementem.

4. CONCLUSÃO

Conforme apresentado ao longo do artigo, é possível reforçar a importância do assunto abordado, visto que o mesmo pode impactar fortemente na relação contratual entre a Administração Pública e o particular.

O exame da literatura sobre a teoria da imprevisão nos contratos administrativos contribui de forma significativa o campo de estudo, pois, mostra que a análise jurídica cientifica foi estudada sobre diferentes contextos históricos e focalizou-se em momentos peculiares vivenciados pelos admiradores, estudiosos e aplicadores do Direito. Sendo assim, a teoria da imprevisão apresenta-se com uma nova roupagem em tempos diferentes, diante de fatos novos e imprevisíveis, suficientemente poderosos para provocar mudanças em hábitos e práticas que pareciam imutáveis.

A prioridade científica no combate à pandemia da COVI-19, seja ela médica ou jurídica, tem instigado pesquisadores, causado reações e estabelecido prioridades necessárias para a resolução do problema tanto da saúde, que aflige milhares de pessoas, como na Economia por serem duas variáveis indissociáveis. Os impactos socioeconômicos e financeiros advindos da crise nos contratos administrativos são fatores que merecem atenção por parte do Estado como tutor dos direitos e do bem-estar social.

Os conteúdos aqui apesentados fortalecem as discussões sobre a aplicabilidade da teoria da imprevisão diante de fatos extracontratuais, indo além de um simples ato isolado da Administração, corroborando complexos interesses sociais conjugados com princípios constitucionais fundamentais. Entre os resultados da pesquisa, é

possível elencar a necessidade de se utilizar da teoria da imprevisão para reestabelecer o equilíbrio econômico financeiro das cláusulas contratuais e assegurar o interesse público para obter a função social do contrato, principalmente em tempo de calamidade pública na Saúde e na Economia.

As análises dos conteúdos aqui expostos demonstram que muitas pesquisas ainda podem ser realizadas sobre os contratos administrativos em tempo da COVID-19, devido à importância do tema e inúmeras contribuições para o meio acadêmico sobre a temática, com a finalidade de ampliar o conhecimento jurídico.

5. REFERENCIAS:

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. **Prefácio: o estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público.** *In* "Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 21. 2. reimpr.- São Paulo: Atlas. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Algumas considerações sobre a Teoria da Imprevisão.** Jus Navigandi, Teresina, v. 5. 2001.

JÚNIOR, José Cretella. **Teoria do fato do príncipe.** Revista de Direito Administrativo, v. 75, p. 23-30. 1964.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 21 ed. Rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira; GARCIA, Flávio Amaral. **Desastres naturais e as contratações emergenciais.** Revista de Direito Administrativo, v. 265, p. 149-178. 2014.

SILVA, Frederico da. **Direito público sem fronteiras. Abordagem critica acerca do interesse publico: uma visão Brasil- Portugal.** Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas. 1996.

GESTÃO POR COMPETÊNCIAS NO MINISTÉRIO PÚBLICO: UM ESTUDO DE CASO À LUZ DA INOVAÇÃO NO GERENCIAMENTO DE PESSOAS

Carlos Antonio Furtado Dutra

INTRODUÇÃO

É notório que as organizações se sentem cada vez mais pressionadas pelo ambiente externo e interno, a partir do momento que começaram a investir no desenvolvimento humano. Necessidade esta que surge da prática de criar estímulos contínuos para o desenvolvimento de seus colaboradores e para que se tornem mais competitivas no mercado. A competência encontra-se em um meio de constantes mudanças, apresentando dois fatores de complexidades crescentes: o indivíduo e a organização, onde o maior desafio se detém no processo de balizar o aperfeiçoamento das pessoas e das empresas.

A Gestão por Competências surge neste contexto como um modelo gerencial que vem ganhando destaque frente aos modelos tradicionais no que diz respeito à gestão de pessoas, possuindo estratégias voltadas a diminuir as disparidades entre as competências individuais e organizacionais, como também garantir a consecução de ganhos maiores através do alcance dos objetivos da organização. Esta metodologia não se limita apenas a realidade das empresas privadas, se direcionando até as organizações públicas, devido às suas necessidades de adequação quanto às mudanças ocorridas em relação ao gerenciamento de pessoas.

Dessa forma, este trabalho de pesquisa pretende responder ao seguinte questionamento: Qual a importância do projeto de implantação da Gestão por Competências para o Ministério Público do Maranhão?

Para responder o problema proposto, o estudo tem por objetivo geral analisar o projeto de implantação da Gestão por Competências no Ministério Público do Maranhão e como está contribuirá para o desenvolvimento dos servidores. E como resposta a este objetivo maior, foram propostos objetivos específicos, dos quais são: demonstrar o projeto de Gestão por Competências no âmbito do Ministério Público do Maranhão; examinar o marco legal que rege a gestão por competências no setor público; analisar a cultura organizacional da Instituição; verificar o posicionamento da equipe coordenadora do programa, e; identificar os benefícios decorrentes da implantação da Gestão por Competências no MPMA.

A justificativa para o desenvolvimento desta pesquisa é analisar a importância da ferramenta da Gestão por Competências na esfera pública, sua contribuição para a profissionalização dos servidores e o quanto ela influencia no processo de gerenciamento de pessoas e no seu impacto positivo para o desenvolvimento da organização que adota este modelo no processo de gerir pessoas voltadas para o alcance de objetivos cada vez mais estratégicos e relacionados a identidade da organização.

A GPC foi formalmente implantada no Brasil em 2006, por meio do Decreto n° 5.707/2006, que instituiu a política e as diretrizes para o desenvolvimento de pessoal. O processo de execução desta metodologia na esfera pública, acaba por gerar desafios frente as estruturas burocráticas e hierarquizadas existentes, devido ao seu intuito de flexibilizar as instituições, como ferramenta moderna de gestão voltada para a mensuração da capacidade profissional e do desempenho individual, alocando os servidores de acordo com as suas competências ao exercício de suas funções.

GESTÃO POR COMPETÊNCIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Debatida por um numeroso grupo de teóricos e sob os mais diversos pontos de vistas a Gestão por Competências na administração pú-

blica tem sido base de contínuos debates reflexivos. Constitui-se como componente de indispensável relevância porque é por intermédio dela que uma organização conduz a melhor produtividade de seus colaboradores transformando o ambiente em que trabalha é um local de ações estratégicas. Também por intermédio da Gestão por Competência a administração pública pode se organizar, melhorar a sua cultura organizacional e incentivar com mais eficiência os seus colaboradores. Fundamentando-se nessa compreensão pretende-se, no próximo item, empreender uma análise do contexto no qual a Gestão por Competência é inserida nas empresas a partir de seu processo legal.

O Decreto nº 5.707, de 23 de fevereiro de 2006 (Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal), em seu art. 2º, inciso II, define competência como "um conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho das funções dos servidores, visando ao alcance dos objetivos da instituição". Assim, conforme Bergue (2010, p. 477), as três dimensões que constituem o conceito de competência englobam: conhecimentos, habilidades e atitudes. Porém, somente estas não são suficientes, já que os indivíduos ao possuir esses três aspectos precisam praticá-las.

Os mesmos necessitam ser atuantes, e possuírem motivação na capacidade de entregar resultados levando em consideração os aspectos individuais, como os organizacionais. Este decreto por força da lei faz com que as organizações públicas busquem mesmo que tardiamente práticas gerenciais que se mostrem sensíveis as capacidades e características de cada servidor, sendo implementado através da gestão por competências.

Esta perspectiva voltada para uma nova forma de gerenciar e desenvolver os colaboradores fundamenta-se na capacidade de otimizar e garantir não somente a melhoria do desempenho do trabalho especificamente, mas profissionalizar e readaptar o conceito de que o CHA precisa ser alinhado ao papel de cada servidor e como ele deve atuar dentro da organização. O art. 1º descreve esta realidade baseada nos seguintes objetivos: (I) Melhoria da eficiência, eficácia e qualidade dos serviços públicos prestados ao cidadão; (II) Desenvolvimento permanente do servidor público; (III) Adequação das competências requeridas dos servidores aos objetivos das instituições, tendo como referência

o plano plurianual; (IV) Divulgação e gerenciamento das ações de capacitação; e (V) Racionalização e efetividade dos gastos com capacitação. (FLEURY; FLEURY, 2013).

A gestão estratégica começa a surgir com uma iniciativa mais sólida por intermédio desta postura mediante a preocupação em qualificar os servidores dentro das instituições públicas. Há a necessidade de averiguar cada vez mais as competências interpessoais, estratégicas e gerenciais, sendo eficientemente aplicadas se difundidas na cultura da organização e internalizadas nas atitudes e no comportamento de todos os envolvidos, conforme descrito por Gramigna (2013): (I) Conscientização de que cada tipo de negócio necessita de pessoas com perfis específicos; (II) Crença de que cada posto de trabalho existente na empresa tem características próprias e deve ser ocupado por profissionais que apresentem um determinado perfil de competências; (III) Reconhecimento de que aqueles que ocupam funções gerenciais são responsáveis pela oferta de oportunidades que permitam o desenvolvimento e a aquisição de novas competências; e (IV) Percepção de que sempre haverá a demanda para o desenvolvimento de novas competências e o que hoje é essencial para a boa execução de um trabalho poderá agregar novas exigências amanhã.

Pires (2015) destaca que na gestão por competências, as organizações do setor público, o perfil do pretendente ao posto de trabalho e a carreira passa a ser uma variável-chave, embora a qualificação técnica ainda conte como pontos positivos. No caso das políticas de recursos humanos encontram-se, ainda, importantes temas a serem debatidos, como o aprimoramento do sistema de mérito, para acesso e progressão no serviço público, o estabelecimento de carreiras e a avaliação de desempenho, a flexibilização da estabilidade, a competitividade salarial em relação ao mercado privado, as premiações e incentivos, e a capacitação, treinamento e desenvolvimento de novas competências.

METODOLOGIA

O presente estudo foi baseado na taxonomia apresentada por Vergara (2016), que classifica em duas vertentes de pesquisa: *quanto aos*

fins – a pesquisa pode ser exploratória a pesquisa pode ser exploratória, descritiva, explicativa, metodológica, aplicada e intervencionista; *quanto aos meios* – a pesquisa pode ser: pesquisa de campo, pesquisa de laboratório, documental, bibliográfica, experimental, *ex post facto*, participante, pesquisa ação ou estudo de caso.

Quanto aos fins esta pesquisa é exploratória, visto que é realizada em área na qual há pouco conhecimento acumulado e sistematizado (VERGARA, 2016, p.42) e objetivou proporcionar maior familiaridade com o problema, com vista a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses (GIL, 2017, p.27). Este trabalho também apresenta caráter descritivo, pois expõe características de determinada população ou de determinado fenômeno. Pode também estabelecer correlações entre variáveis e definir sua natureza. (VERGARA, 2016, p.42).

Quanto aos meios, para a realização da presente pesquisa os procedimentos técnicos utilizados foram a pesquisa bibliográfica, pesquisa de campo e estudo de caso. A bibliográfica através de uma fonte de coleta de dados secundária, ou seja, um embasamento teórico já existente sobre o assunto tratado, constituída do uso de livros, artigos científicos, monografias, dissertações, revistas, e materiais coletados pela internet. Permitindo maior aprofundamento do referido tema.

A pesquisa de campo é primordial para fazer uma análise prática dos serviços realizados no local de pesquisa, ou seja, buscou-se um aprofundamento das questões propostas, com a utilização de técnicas de observação, por meio da investigação empírica realizada no local onde ocorre o fenômeno, com os gestores e servidores da organização. Além da pesquisa de campo, o presente trabalho foi o estudo de caso.

Quanto a natureza, a presente pesquisa possui uma abordagem qualitativa, do ponto de vista da forma de abordagem do problema. Neste sentido, a análise considera mais a subjetividade do pesquisador e o objetivo é considerar a totalidade, e não dados ou aspectos isolados.

A pesquisa fora realizada no Ministério Público do Maranhão. O MPMA é um órgão Estatal que tem como função principal zelar pela boa aplicação da lei, pela ordem jurídica e pelo estado democrático de direito e foi criado para defender os interesses da sociedade. Com sede em São Luís – MA, localizado Av. Prof. Carlos Cunha, Jaracaty.

Nesta pesquisa, foi utilizado o método não probabilística que não é baseada no critério numérico para análise de dados, por acessibilidade e tipicidade, havendo a população amostral representada apenas pelos servidores que compõem a equipe coordenadora do programa desenvolvido na instituição.

A coleta de dados sobre o Ministério Público do Maranhão foi realizada por meio de entrevista, com questões estruturadas referentes ao tema da pesquisa desenvolvida, como também buscassem responder aos objetivos específicos da pesquisa. A mesma foi realizada de forma semiestruturada, pois seguiu-se inicialmente um roteiro para direcionar a entrevista, mas permitia por parte dos entrevistados inclusão de opiniões e explicações fora do contexto das perguntas pré-estabelecidas, além da utilização com perguntas semiabertas. A escolha dos entrevistados foi de acordo com a representatividade de cada um na gestão do programa no que concerne aos objetivos da pesquisa como também a disponibilidade, já que foi necessário definir quem conhecesse bem o funcionamento, atuação do projeto na instituição, e os benefícios preliminares provenientes da implantação do programa. No tocante que a entrevistas foram sendo realizadas, as informações obtidas foram transcritas e registradas, obtendo-se a maior quantidade de informações por parte dos entrevistados.

Como limitações, a pesquisa tem sem resultados referentes apenas a realidade observada, por se tratar de um estudo de caso a investigação se restringe apenas organização estudada. Desse modo, o estudo foi realizado somente no âmbito do Ministério Público (Procuradoria Geral de Justiça), não cabendo generalização a outros. Outras limitações podem ser identificadas, é no que se refere ao tamanho da amostra que foi reduzida, pois apenas foram considerados 10 (dez) servidores no levantamento dos dados para a referente pesquisa, restringindo-se a este pequeno grupo na obtenção de informações sobre o programa de gestão por competências na instituição.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A análise dos resultados que serão demonstradas a seguir encontram-se mediante as perguntas contidas no roteiro da entrevista. Quan-

to a seleção dos participantes para coleta de dados foi baseada pelo critério de envolvimento no processo de implantação do programa, assim foram entrevistados a equipe de coordenação do projeto, selecionados no total de 10 (dez) servidores da instituição. O quadro 1 exemplifica exatamente o perfil dos entrevistados, com as características de sexo, idade, escolaridade, cargo e tempo de serviço público:

Participante	Sexo	Faixa etária	Escolaridade	Cargo	Tempo de serviço público
P1	Masculino	Mais de 51 anos	Pós graduação	Assessor de Gestão	Até 5 anos
P2	Masculino	Entre 41 e 50 anos	Pós graduação	Técnico Ministerial	De 11 a 20 anos
P3	Masculino	Entre 41 e 50 anos	Pós graduação	Assessor de Procurador-Geral de Justiça	Até 5 anos
P4	Masculino	Entre 31 e 40 anos	Pós graduação	Diretor da Secinst	De 11 a 20 anos
P5	Masculino	Entre 41 e 50 anos	Pós graduação	Diretor da Seplag	De 11 a 20 anos
P6	Feminino	Entre 18 e 30 anos	Pós graduação	Técnico Ministerial – Área Administrativa	De 11 a 20 anos
P7	Feminino	Entre 41 e 50 anos	Pós graduação	Assessora técnica	Até 5 anos
P8	Feminino	Entre 31 e 40 anos	Ensino superior incompleto	Técnico Ministerial	De 11 a 20 anos
P9	Feminino	Mais de 51 anos	Pós graduação	Promotora de Justiça Auxiliar da ESMP	De 21 a 30 anos
P10	Feminino	Mais de 51 anos	Pós graduação	Pedagoga da ESMP	Até 5 anos

Quadro 1 – Perfil sócio demográfico
Fonte: elaborado pelo autor (2019)

Ao analisar este quadro, percebe-se que quanto ao sexo, a quantidade equiparou-se totalizando-se 5 (cinco) participantes do sexo masculino e 5 (cinco) do sexo feminino. Em relação a faixa etária, houve predominância dos entrevistados com idades entre 41 e 50 anos e mais de 51 anos.

No quesito escolaridade, a maioria destes estão no nível de pós-graduação. Os cargos exercidos pelos participantes da pesquisa são três técnicos ministeriais, dois diretores, uma pedagoga, três assessores, uma promotora de justiça. E no que se refere a tempo de serviço público na instituição, encontram-se em média de 11 a 20 anos. Os entrevistados apontaram suas percepções de acordo com as seguintes perguntas feitas pela entrevista.

O primeiro questionamento da pesquisa foi quanto: **Quais foram as etapas estabelecidas para implantação deste Programa?** Os entrevistados foram unânimes nesta resposta descrevendo exatamente as etapas que foram estabelecidas para implantação do programa na instituição: *"As etapas estabelecidas foram criadas por meio de um plano de ação onde estão descritos: nivelamento conceitual, análise documental, mapeamento das competências comuns preliminares, validação das competências por meio de grupos de foco, criação do formulário para a avaliação das competências, e mapeamento das competências gerenciais" (Técnico Ministerial – Área Administrativa).*

Outro resultado obtido foi: *"Conseguimos extrair a partir da análise documental a essência do nosso órgão, o que o órgão quer. Fizemos a partir de alguns documentos, como o nosso regimento interno, nosso modelo de gestão, a carta de Brasília, Planejamento Estratégico. Desses documentos extraímos algumas competências comuns preliminares que devem ser desempenhadas e desenvolvidas por todos os integrantes independente do cargo que ele ocupa" (Técnico Ministerial – Área Administrativa).*

As competências comuns preliminares foram validadas através dos grupos de focos, ou seja, grupos de discussão. A equipe nesta etapa apresentou a metodologia do programa, bem como as competências que se tornaram mais evidentes na análise documental. A partir dessa validação foram extraídas as competências: inovação, integração, planejamento e orientação para resultados. Os grupos de focos foram frutos de resultados para o mapeamento das competências comuns.

Quanto ao segundo questionamento: **E em qual etapa o programa se encontra atualmente?** Nesta pergunta a resposta dos participantes da pesquisa foram a aplicação do formulário para avaliação das competências: *"O programa encontra-se na etapa de aplicação, junto aos*

integrantes do Ministério Público, de instrumento de pesquisa para avaliar o nível de importância e de domínio das competências comuns" (Assessor de Gestão).

Esta fase que se encontra em processo, e será fundamental para dar a dimensão para a instituição de como os servidores estão em relação a competências comuns validadas, onde demonstrará o nível de desenvolvimento de cada uma. Após esta etapa com apresentação dos resultados em gráficos para a instituição deste formulário, serão formuladas as ações de capacitação como forma de orientação da elaboração das trilhas de aprendizagem que estão dentro plano de capacitação de servidores.

Quanto as dificuldades encontradas em relação ao modelo de gestão atual os desafios são inúmeros, e de acordo com os entrevistados, seis destes apontaram a maior disseminação do programa e uma sensibilização mais efetiva aos servidores como uma dificuldade a ser enfrentada: *"No meu ponto de vista é disseminar o conceito de gestão por competências dentro do Ministério Público do Maranhão. Acho que a gente ainda não conseguiu abranger um grande número de servidores e membros do Ministério Público no entendimento sobre o que é gestão por competências" (Assessor de Procurador-Geral de Justiça).*

Além destes, quatro apontaram que o próprio regimento interno do órgão que se apresenta de forma rígida se torna um desafio frente a implantação a este modelo de gestão, pois necessita-se trabalhar com a cultura organizacional, e com novas percepções sobre o programa, já que as pessoas precisam entender e aderir este novo conceito. Assim, essas respostas confirmam o que disse Guimarães (2000), ressaltando que o grande desafio a ser enfrentado pela nova administração pública é o de conseguir transformar estruturas burocráticas, hierarquizadas em organizações flexíveis e empreendedoras.

No quarto questionamento: **Foi utilizado algum instrumento ou ferramenta de divulgação do Programa no MP?** Em relação a esta questão todas as respostas tiveram concordância, onde todos enfatizaram que foram utilizados instrumentos de divulgação nas mídias sociais internas do MP. Como por exemplo: (a) E-mail institucional com mensagens de divulgação sobre a importância do programa na instituição, bem como para a convocação dos grupos de foco; (b) Site

do MPMA com notícias sobre o desenvolvimento do programa ao decorrer de suas etapas; (c) Vídeo institucional; (d) Mobilização através dos grupos de *whatsapp* como ferramenta prática de comunicação sobre o projeto entre a própria equipe e demais servidores.

No que se refere **a participação das oficinas de GPC** (quinto questionamento), percebeu-se que a maioria dos entrevistados declararam que não houve resistência por parte dos servidores no envolvimento destas atividades iniciais. *"Estas oficinas foram uma oportunidade que os servidores tiveram que demonstrar suas angústias em relação as suas rotinas de trabalho, ao seu ambiente de trabalho. Essas opiniões serviram de complementação para as críticas construtivas no processo de validação de competências" (Assessora técnica).* Assim, de certo modo os servidores apoiaram o referido programa nestas oficinas como pode ser constatado através da opinião de um dos entrevistados acima.

No sexto questionamento quanto **ao desenvolvimento de estratégias voltadas para superar as dificuldades iniciais existentes.** Os entrevistados apresentaram respostas similares aos planos criados para enfrentar tais dificuldades preliminares. Como exemplo a criação de canais de comunicação como forma de agilizar as formas de sensibilização de servidores, uso de vídeo institucional como estratégia de motivar e demonstrar a importância de preenchimento do questionário de avaliação das competências. Além destas estratégias desenvolvidas, outras foram planejadas, porém ainda não executadas como a adesão de membros e servidores na eleição de patrocinadores, ou seja, representantes em todas as unidades (comarcas e polos) para o avanço e fomento de todo o processo.

O sétimo questionamento foi: **Quais os principais resultados esperados que podem ser alcançados após a implantação deste programa no MP?** O programa de gestão por competências visa desenvolver a organização, a partir da aquisição de novos conhecimentos tanto pelos servidores quanto pela Administração. A medida que são identificadas as competências comuns, gerenciais e técnicas necessárias para o desenvolvimento da organização é criado um inventário de talentos que serão essenciais para o desempenho estratégico da instituição. E como resposta a esta pergunta

foram elencados os seguintes pontos: (I) Estabelecimento de 80% dos integrantes capacitados nas competências comuns e gerenciais mapeadas e desdobradas em conhecimentos, habilidades e atitudes; (II) Garantia do desenvolvimento pessoal e profissional; (III) Capacitação das pessoas para que as atividades sejam desenvolvidas com um nível de excelência, satisfação e efetividade; (IV) Maior integração entre os membros e os servidores, como também melhoria da comunicação interna; (V) Processos de trabalhos voltados para os resultados, com qualificação da mão de obra no cargo em que são exercidas as diferentes funções; (VI) Unificação do corpo institucional fazendo com que corresponda com os anseios demandados da sociedade, com o atendimento mais eficiente ao cliente maior (cidadão); (VII) Utilização do instrumento de avaliação do desempenho por competência com foco no desenvolvimento das pessoas.

Estes ganhos futuros ao serem alcançados refletirão como instrumentos de mudança da estrutura organizacional, tornando-a mais gerencial e dinâmica, com valores cada vez mais relacionados a produtividade. É por isso que a gestão por competências no contexto da administração pública deve ser baseada na exigência da sociedade pela eficiência e efetividade, o que exige um modelo de gestão orientado para o alcance de resultado, a necessidade de modernização dos modelos de gestão e da estrutura normativa, organizacional e pessoal, e por fim, a necessidade de alinhar as competências dos servidores necessárias a consecução da estratégia organizacional e ao alcance dos resultados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Ministério Público passa por um momento bastante peculiar no qual ganha a relevância a mudança de paradigma do modelo tradicional de gestão de pessoas, para a gestão por competências. De fato, a gestão de pessoas baseada neste modelo ainda carece de esforços para ser implementada de forma mais eficaz nas organizações devido aos diversos desafios a serem enfrentados, como questões de estrutura organizacional, remuneração, carreira e desenvolvimento no processo de mapeamento de competências.

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar a gênese desta metodologia no Ministério Público, e como suas estratégias ao serem consolidadas poderão desenvolver tanto os servidores como a própria instituição. Através dos objetivos específicos, pode-se perceber o posicionamento de cada servidor frente a realidade existente, as expectativas e anseios no atingimento dos resultados futuros. Além de examinar o marco legal que orienta a organização a se adequar a este novo olhar no gerenciamento de pessoas, como também traduzir os benefícios preliminares no processo de consolidação do programa.

Tem-se muito o que pesquisar a respeito da gestão por competências na administração pública. Assim, sugere-se que para o aprofundamento desta pesquisa, em futuros estudos sejam considerados: comparação dos resultados obtidos com a implantação da gestão por competências entre diferentes órgãos públicos, e buscar identificar quais os fatores que facilitam ou dificultam o processo deste modelo dentro das organizações. O principal benefício de uma implantação bem-sucedida se traduzirá numa maior motivação dos servidores, pois estes poderão desempenhar suas atividades em um ambiente de maior conformidade com as suas competências – com base em um programa de qualificação objetivo, dinâmico e flexível.

A problemática desta pesquisa diz respeito a importância do projeto de implantação da Gestão por Competências para o Ministério Público do Maranhão, e para conseguir a resposta a este problema utilizou-se a técnica da entrevista junto aos servidores. Esta coleta de dados teve sua grande relevância na identificação das características principais deste modelo de gestão no âmbito de uma organização pública.

Dessa forma, esta pesquisa foi de suma importância para o pesquisador, e também para o Ministério Público. Primeiro para o investigador, pois permitiu dar aplicabilidade sobre o referencial teórico levantando ao logo do desenvolvimento do estudo. Segundo a Instituição estudada que poderá ter o devido conhecimento acerca da importância deste estudo dentro da organização pública e como esta ferramenta está melhorando o desempenho e mudando a visão no que diz respeito ao gerenciamento de pessoas nos dias atuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGUE, Sandro Trecastro. **Gestão de Pessoas: bases teóricas e experiências no setor público.** Brasília: ENAP, 2010. p. 51-104.

FLEURY, Afonso; FLEURY, Maria Tereza Leme. **Competência e Aprendizagem Organizacional. In: Estratégias empresariais e formação de competências: um quebra-cabeça caleidoscópico da indústria Brasileira**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GRAMIGNA, M. R. **Modelo de competências e gestão dos talentos.** 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2013. 241p.

Gil, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 6º ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Gestão por competências no MPDFT: conceitos, metodologias e experiências dos ramos do MPU / Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.** – Brasília: MPDFT, Escritório de Gestão por Competências, 2015.

MPMA. **Ministério Público do Estado do Maranhão**. Disponível em:<https://www.mpma.mp.br/>. Acesso em: 09 de setembro de 2017.

MPMA. **Plano Estratégico 2016-2021.** Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/5465_plano_estrategico_do_mpma_2016_2021.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2018.

PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de outubro de 2018.

PIRES, Alexandre Kalil et al. **Gestão por competências em organizações de governo**. Brasília: ENAP, 2015.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração.** 16º ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.42-59.

A PRESUNÇÃO DO *PERICULUM IN MORA* E A INDISPONIBILIDADE DE BENS NO BOJO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Carolina Correia Campelo

Introdução

Ao longo de séculos, a concepção de Estado esteve associada à ausência de fiscalização e à desmedida autoridade dos agentes públicos, cujas atribuições não estavam submetidas a limites predeterminados. Com a separação dos poderes, preconizada por Montesquieu, percebe-se um movimento de crescente elaboração normativa, com a elevação de regras esparsas para normas de natureza cogente. Ademais, a descentralização das atividades estatais contribuiu para o desdobramento do sistema de freios e contrapesos. Desse modo, embora cada poder seja autônomo e detentor de prerrogativas específicas, estimula-se o controle pelos demais poderes.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, conhecida pelo seu caráter analítico e programático, consagrou diversos princípios aplicáveis à Administração Pública, tais como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Busca-se, assim, estabelecer um maior controle no desempenho das atividades públicas, com vistas a resguardar os interesses da coletividade.

Por sua vez, a concepção de probidade administrativa aproxima-se do princípio da moralidade, uma vez que se exige do administrador

boa-fé e impessoalidade no desempenho de suas prerrogativas legais. A máquina pública não deve ser desvirtuada para a concretização de interesses meramente particulares.

O vigente texto constitucional, em seu art. 37, § 4º, fixou as consequências para a prática de atos de improbidade, quais sejam: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Vale mencionar, porém, que a Constituição de 1946, em seu art. 141, § 31, disciplinou a temática com a estrutura que seria posteriormente adotada pela Constituição Cidadã:

> § 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

Não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 120). Inegavelmente, a função estatal deve ser exercida de modo a viabilizar a concretização de interesses públicos primários.

É oportuno frisar que o princípio da moralidade encontra guarida em diversos dispositivos infraconstitucionais. A título de exemplo, a Carta Magna prevê, no art. 5º, LXXIII, a propositura de ação popular com vistas a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Isto posto, a Lei 4.717/65 possui rito específico para viabilizar o direito de ação nesse sentido.

No âmbito processual, destacam-se inúmeras ferramentas com vistas a resguardar o erário. Nessa perspectiva, a indisponibilidade de

bens constitui importante medida cautelar, com o propósito de garantir o integral ressarcimento do dano causado pelo agente ímprobo. Tal instituto encontra-se disciplinado na Lei 8.429/92, denominada Lei de Improbidade Administrativa.

Por outro lado, o Código de Processo Civil, ao disciplinar a temática da tutela provisória, fixa como requisitos da tutela cautelar a presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Assim, o dispositivo processual determina a necessidade de probabilidade de direito, bem como de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Contudo, percebe-se, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, uma crescente mitigação da imprescindibilidade de um desses requisitos, qual seja: o *periculum in mora*. Logo, faz-se fundamental uma análise acerca da indisponibilidade de bens sob a perspectiva da Lei de Improbidade Administrativa, a qual, aliada à interpretação dada pelos tribunais, tem dado novos contornos ao referido instituto.

1 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei 8.429/1992, responsável por disciplinar as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade, dispõe sobre o procedimento administrativo e o processo judicial que devem ser empregados diante de condutas ímprobas. Cumpre ressaltar, inicialmente, que foi adotado um conceito amplo de agente público para fins de aplicação da lei:

> Art. 2° Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.
>
> Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Nas ações de improbidade administrativa, não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo. Não obstante o referido entendimento, a doutrina e a jurisprudência têm defendido que o terceiro não pode figurar sozinho no polo passivo da ação de improbidade, sendo imprescindível a presença do agente público. Corroborando tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.155.992, concluiu:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RÉU PARTICULAR. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO CONJUNTA DE AGENTE PÚBLICO NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os arts. 1º e 3º da Lei 8.429/92 são expressos ao prever a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta. 2. Não figurando no pólo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em Ação de Improbidade Administrativa. 3. Nesse quadro legal, não se abre ao Parquet a via da Lei da Improbidade Administrativa. Resta-lhe, diante dos fortes indícios de fraude nos negócios jurídicos da empresa com a Administração Federal, ingressar com Ação Civil Pública comum, visando ao ressarcimento dos eventuais prejuízos causados ao patrimônio público, tanto mais porque o STJ tem jurisprudência pacífica sobre a imprescritibilidade desse tipo de dano.4. Recurso Especial não provido.
>
> (STJ - REsp: 1155992, PA 2009/0171665-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 23/03/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2010)

Cabe salientar, contudo, que a recíproca não é verdadeira. Assim, o agente público pode ser demandado na ação de improbidade administrativa independentemente de estar acompanhado no polo passivo. Desse modo, a lei buscou concretizar a vontade política e social de sedimentar mecanismos de eficiência na administração pública, ampliando seu al-

cance. Portanto, o referido dispositivo infraconstitucional destina-se a rechaçar não somente os atos desonestos, imorais e não honrados, como também as atuações que manifestem o descaso do agente público em relação ao interesse público, bem como os atos antiéticos.

Embora as sanções da Lei de Improbidade não tenham natureza penal, é inegável a existência de elementos repressivos e punitivos. Além disso, existem disposições reparatórias, viabilizando a anulação de atos administrativos ilegais e garantindo o ressarcimento pelo dano correspondente.

Os atos de improbidade administrativa são delineados, em rol meramente exemplificativo, nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei 8.429/92. Desse modo, são definidos, respectivamente, os atos que importam enriquecimento ilícito, os que acarretam lesão ao erário, os decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e, por fim, os que violam princípios da administração pública.

A subsunção de determinado ato, no caso concreto, consiste em árdua tarefa ao intérprete da lei, mormente pela existência de atos de improbidade não previstos de modo expresso nos referidos dispositivos legais. A título de ilustração, a Lei no 10.257/2001, mais conhecida como Estatuto da Cidade, elenca outras hipóteses de atos de improbidade:

> Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, quando:
>
> I – (VETADO)
>
> II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei;
>
> III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei;
>
> IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei;

> V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei;
>
> VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei;
>
> VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;
>
> VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

É patente, portanto, a pluralidade de condutas que podem ser enquadradas como ato de improbidade, exigindo-se cautela e ponderação diante da análise do caso concreto. Conforme assevera DI PIETRO (2014, p. 917), a rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. Nessa linha, faz-se fundamental examinar a intenção do agente, constatando-se a ocorrência ou não de dolo ou culpa, elementos sem os quais não há ato de improbidade.

Em regra, os atos de improbidade exigem a presença de dolo, não sendo possível a aplicação de sanções a título de culpa. No entanto, o ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, inserido no art. 10 da Lei 8.429/92, abrange a modalidade culposa. Tal peculiaridade possui importantes desdobramentos. Como exemplo, pode-se destacar a previsão do art. 37, § 5º, da Carta Magna: "a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".

Diante de uma análise sistemática do dispositivo constitucional, segundo entendimento firmado no RE 852.475/SP, o Supremo Tribunal Federal defende que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade de natureza dolosa. Destarte, são prescritíveis as ações de ressarcimento baseadas em ato de improbidade culposo, bem como as decorrentes de ilícito civil.

Outrossim, a aplicação no tempo da Lei de Improbidade foi objeto de diversos questionamentos, alcançando as instâncias superiores. Desse modo, apenas os atos praticados após sua entrada em vigor poderão ser atingidos pelas sanções cominadas na legislação, ainda que ocorridos após a edição da Constituição Federal de 1988. O assunto foi analisado por meio do REsp 1.129.121/GO, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, deve ser feita uma análise interdisciplinar sobre o assunto, tendo em vista que as esferas penal, administrativa e civil são autônomas. Por isso, uma única conduta pode se enquadrar no conceito de ilícito penal, infração disciplinar e ato de improbidade. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal apresenta, atualmente, posicionamento de que agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a duplo regime sancionatório, sendo possível tanto a responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa como a responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Trata-se da tese firmada no Agravo Regimental em Petição 3240/DF, de relatoria do Min. Teori Zavascki.

Dada a sua natureza civil, a ação de improbidade não comporta foro por prerrogativa de função. Assim, o processamento da demanda deve ocorrer em primeira instância, ainda que o agente ímprobo possua foro privilegiado no âmbito penal. Ao analisar o texto constitucional, constata-se que as competências do STF e do STJ foram taxativamente previstas, não havendo qualquer enquadramento das ações de improbidade nos dispositivos que abordam a matéria.

Contudo, para fins de uma melhor compreensão sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu, nos autos da questão de ordem da Petição 3211, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que a competência para julgar uma ação de improbidade contra um dos Ministros do Supremo seria do próprio Tribunal.

2 TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR

2.1 NOÇÕES GERAIS

Ao percorrer o Código de Processo Civil de 1973, é possível perceber que existia uma disciplina específica referente às cautelares. Dessa

forma, havia a previsão de um processo cautelar autônomo, bem como de uma ação cautelar incidental. Assim, a legislação pretérita contemplava capítulo próprio acerca do chamado processo cautelar, possibilitando sua instauração em momento anterior ao curso do processo principal.

Com o advento do CPC de 2015, a matéria foi substancialmente alterada, extinguindo-se a regulamentação sobre o processo cautelar autônomo. Inegavelmente, as novas disposições da lei processual civil buscam simplificar a tramitação das cautelares, afastando-se formalidades que antes eram exigidas. Desse modo, a legislação vigente prevê a tutela provisória como gênero que contempla duas espécies: a tutela de urgência e a tutela de evidência. A tutela de urgência consiste em importante mecanismo processual, dividindo-se em tutela antecipada e tutela cautelar.

Nos dizeres de GONÇALVES (2017, p. 442): "a tutela provisória cautelar não satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão do autor. O juiz não concede, já, o que só seria deferido ao final, mas determina providências de resguardo, proteção e preservação dos direitos em litígio". O provimento acautelatório busca preservar o direito material pretendido. É evidente, assim, o caráter instrumental da referida tutela, uma vez que não recai sobre o mérito propriamente dito. Partindo de uma análise comparativa acerca das modalidades de tutela de urgência, NEVES (2016, 427-428) aponta:

> O maior problema é que em ambas as espécies de tutela de urgência encontram-se presentes tanto a garantia quanto a satisfação, sendo importante definir o que forma o objeto da tutela e o que é meramente sua consequência. A tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir. O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito. A tutela antecipada satisfaz faticamente o direito, e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora.

Haja vista a semelhança entre os dois institutos, o art. 305, parágrafo único, do CPC/2015, permite a fungibilidade entre as tutelas,

podendo o juiz considerar uma como se a outra fosse. A concessão de tutela cautelar, conforme o art. 300 do Código de Processo Civil, depende do preenchimento de dois requisitos: a probabilidade do direito, *fumus boni iuris*, e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, *periculum in mora*.

A constatação de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, *periculum in mora*, perfaz uma análise sobre os prejuízos que poderão surgir com a demora excessiva para percorrer as etapas inerentes à atividade processual. Assim, o próprio objeto litigioso pode restar prejudicado ou inócuo. De antemão, o legislador considerou os inúmeros obstáculos existentes no desempenho da prestação jurisdicional, tais como a estrutura deficitária do Poder Judiciário e a excessiva demanda de processos.

Por sua vez, o *fumus boni iuris* consiste na probabilidade da existência do direito material perquirido na ação principal. Tendo em vista que a análise dos requisitos para concessão da tutela de urgência perpassa uma cognição sumária, de natureza precária, não se exige a certeza acerca do direito pleiteado. Por certo, os fundamentos defendidos pelo requerente devem ser relevantes, havendo probabilidade de acolhimento.

Ainda, há de se considerar que a tutela de urgência, tanto na modalidade antecipada como cautelar, pode ser concedida de modo antecedente ou incidental, conforme o art. 294, parágrafo único, do CPC/2015. A esse respeito, o texto legal possui capítulos específicos para dispor sobre o procedimento da tutela requerida em caráter antecedente. Assim, admite-se a elaboração de uma petição inicial simplificada, com informações resumidas acerca do litígio.

2.2 MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE

Por muito tempo, imperou nas relações sociais a submissão pessoal ao cumprimento de obrigações. Como consequência, a escravidão foi utilizada como ferramenta de garantia quanto às dívidas contraídas. Contudo, com a inserção da dignidade da pessoa humana como vetor principiológico, não mais é admitida a prisão por dívidas civis, exceto a decorrente do inadimplemento inescusável de pensão alimentícia.

Trata-se do princípio da patrimonialidade, expressamente previsto no Código de Processo Civil, segundo o qual o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei. Por conseguinte, as medidas cautelares devem ser norteadas pelo princípio da patrimonialidade, de modo a incidir sobre os bens do devedor.

É cediço que o art. 301 do Código de Processo Civil dispõe que a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito. Acerca do arresto, merece destaque o magistério de THEODORO JÚNIOR (2004, p. 421-422):

> Arresto, ou embargo, como diziam os antigos praxistas, é a medida cautelar de garantia da futura execução por quantia certa. Consiste na apreensão judicial de bens indeterminados do patrimônio do devedor. Assegura a viabilidade da futura penhora (ou arrecadação, se se tratar de insolvência), na qual virá a converter-se ao tempo da efetiva execução.

No que diz respeito ao sequestro, nota-se que sua incidência recai sobre bens determinados, sobretudo, no intuito de assegurar a execução para entrega de coisa certa. Assim, tal medida cautelar é amplamente utilizada nos litígios que envolvem o direito de propriedade. Outrossim, com excelência, GRECO FILHO (1995, p. 183) discorre que o arrolamento cautelar de bens, que não se confunde com o arrolamento espécie de inventário, é a documentação da existência e estado de bens, sempre que houver fundado receio de extravio ou de dissipação. Para dirimir eventuais equívocos, DONIZETTI (2014, p. 1264) esclarece:

> O arrolamento tem a mera finalidade de conservar bens sobre os quais incide o interesse do requerente, como, por exemplo, do cônjuge para resguardar sua meação na partilha; do herdeiro em relação aos bens da herança; do sócio em relação aos bens sociais etc. Tal conservação se faz com o arrolamento, ou seja,

> com a "listagem" dos bens e seu depósito, que pode recair sobre a pessoa do possuidor.

Tendo em vista o poder geral de cautela do magistrado, é possível a averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem. Trata-se de uma tentativa de resguardar terceiros, os quais podem sofrer prejuízos enquanto adquirentes. Assim, o registro funciona como um mecanismo voltado a assegurar amplo conhecimento acerca do protesto, advertindo eventuais interessados na aquisição de determinado bem.

Como é sabido, diariamente, diversos negócios jurídicos são realizados de modo a fraudar a legislação pátria. Em decorrência disso, é comum a simulação de contratos, ocasião em que o particular se utiliza de meios aparentemente lícitos para transferir seus bens a terceiros. Nessa esteira, a indisponibilidade de bens impossibilita a livre disposição de bens pelo suposto agente ímprobo, evitando-se atos jurídicos escusos.

Além disso, faz-se pertinente frisar que o Código de Processo Civil reconheceu a atipicidade das cautelares, ao prever qualquer medida idônea para resguardar o direito. Como premissa do princípio da instrumentalidade, o processo não é um fim em si mesmo, o que permite a flexibilização dos mecanismos hábeis a concretizar o direito material.

3 A INDISPONIBILIDADE DE BENS E A PRESUNÇÃO DO *PERICULUM IN MORA*

A Lei de Improbidade Administrativa disciplina, nos artigos 7º, 16 e 20, medidas cautelares aplicáveis ao agente ímprobo, quais sejam: a indisponibilidade de bens, o sequestro de bens e o afastamento do agente público. Haja vista a atipicidade das cautelares, é possível concluir que as referidas hipóteses têm natureza exemplificativa. Cumpre, ainda, ressaltar que a cautelar de indisponibilidade de bens do acusado pode incidir sobre todos os bens de seu patrimônio, inclusive aqueles adquiridos antes da prática do ato ilícito (CARVALHO, 2018, p. 990).

As medidas cautelares, enquanto espécies da tutela de urgência, de uma maneira geral, exigem a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum*

in mora para sua concessão. Entretanto, o art. 7º da Lei 8.429/1992 dispõe: "quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado".

Realizando uma interpretação sistemática do referido dispositivo, aliada ao art. 37, §4º, da Constituição – segundo o qual os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível –, é possível concluir que há uma sensível diferença quanto ao instituto da indisponibilidade de bens no âmbito do Código de Processo Civil e da Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse diapasão, a disciplina chegou à análise do Superior Tribunal de Justiça, por meio de diversos recursos especiais. No julgamento do REsp 1.319.515/ES, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, firmou-se o entendimento:

> A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

Posteriormente, a referida tese foi mais uma vez reiterada, por intermédio do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos. Na ocasião, foi proferido o tema repetitivo nº 701, nos seguintes termos:

> É possível a decretação da indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro.

Percebe-se, nesse contexto, que o *periculum in mora* encontra-se implícito, sendo possível a concessão da medida cautelar quando presentes fortes indícios do ato de improbidade. Assim, o fato de o agente supostamente ímprobo estar dilapidando ou não seu patrimônio não consiste em requisito imprescindível para o deferimento da cautelar. O *periculum in mora*, portanto, presume-se em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida.

Vale salientar que a doutrina e a jurisprudência divergem quanto à existência de tutela de evidência em detrimento da tutela de urgência. Contudo, o Min. Relator Napoleão Nunes Maia Filho, em seu voto no REsp 1.366.721, afasta a hipótese de tutela de evidência:

> No caso da Ação de Improbidade não há como se afirmar que a medida de indisponibilidade dos bens seja uma tutela de evidência, pois, além de não ser medida de caráter definitivo, não se admite a existência de prova documental incontestável a respeito do ato de improbidade, uma vez que, tratando-se de Direito Sancionador, imprescindível a investigação probatória, de modo que a responsabilidade do acusado não pode ser presumida: pelo contrário, o que se presume é a sua inocência.

Por outro lado, os Ministros Mauro Campbell Marques (voto-vogal) e Og Fernandes (voto-vencedor) defendem posição contrária, sustentando que a medida cautelar de indisponibilidade prevista no art. 7º da LIA consiste em verdadeira tutela de evidência:

> Com base nessas premissas, percebe-se que o sistema da Lei de Improbidade Administrativa admitiu, expressamente, a tutela

> de evidência. O disposto no art. 7º da aludida legislação, em nenhum momento, exige o requisito da urgência, reclamando, apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito.

Em verdade, adotou-se este último posicionamento no deslinde da controvérsia. Portanto, subsiste o entendimento de que a Lei de Improbidade Administrativa não exige a presença de urgência para viabilizar a concessão da medida de indisponibilidade – sendo hipótese de tutela de evidência. Desse modo, a referida medida distingue-se da sistemática habitual das cautelares, com vistas a garantir a efetividade no ressarcimento integral do dano, protegendo o erário em face das condutas ímprobas de seus agentes.

Conclusão

O julgamento do REsp 1.366.721/BA, em sede de recursos repetitivos, reflete uma maior segurança jurídica quanto à temática. Assim, o referido julgado consolidou a presunção do *periculum in mora* na indisponibilidade de bens no bojo da ação de improbidade, entendimento que já vinha sendo reiterado em inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

No sentido de padronizar a jurisprudência pátria, o art. 926 do Código de Processo Civil determina que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Por essa razão, o art. 927 dispõe que os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e, por fim, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Como consequência, a tese acerca da indisponibilidade de bens no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, por ter sido enfrentada

no regime de recursos repetitivos, encontra-se inserida no inciso III do referido rol. Logo, há um incontestável grau de vinculação, tendo o assunto adquirido maior uniformidade e estabilidade jurisprudencial. Por isso, as decisões contrárias ao supracitado posicionamento vêm sendo rebatidas em grau recursal, com a mitigação do periculum in mora para decretação da indisponibilidade de bens.

Dada a supremacia do interesse público e a incidência do dever de cautela nas condutas estatais, a relativização do *periculum in mora* configura uma tentativa de resguardar o erário, ainda que isso implique atingir de forma mais severa o patrimônio particular. Assim, a sistemática das cautelares no âmbito da Lei 8.429/92 demonstra uma preocupação do legislador na esteira do *in dubio pro societate* – garantindo o integral ressarcimento, por meio de medidas assecuratórias efetivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1.421.144/PB*, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.129.121/GO*, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 15/03/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.155.992/PA*, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 01/07/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.319.515/ES*, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, DJe 21/9/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.366.721/BA*, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19/09/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3211 QO*, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 27/06/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3240 AgR/DF*, Rel. Min. Teori Zavascki, Rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Plenário, DJe 22/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 669.069/MG*, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 28/04/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 852.475/SP*, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 25/03/2019.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil.* 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Cláudio Vianna de. *O Processo Cautelar no Novo Código de Processo Civil*. Rev. Forense, v. 246, p. 110; PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. Do Sequestro no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1973, n. 33.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 36 ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

O ACESSO À INFORMAÇÃO NO BRASIL E OS IMPACTOS DO COVID-19

Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves
Filipe da Silva Vieira

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A transparência na atuação da Administração Pública é elemento central para a participação e controle social da atividade estatal – e, como regra geral, para o exercício da democracia.

Conhecer os fatos e os motivos que levam à formulação de uma decisão que precisa ser tomada no exercício da atividade pública é questão que desborda, inclusive, os limites da regulamentação da lei que é objeto deste artigo, já que esse nível de transparência é exigido da Administração Pública a título de controle externo de maneira mais intensa a partir do período brasileiro de redemocratização, como destaca PEREZ (2018, p. 130).

Sem o acesso às informações públicas, os cidadãos, consequentemente, não têm como participar das decisões governamentais que impactam no seu dia a dia.

E a participação dos cidadãos na tomada das decisões governamentais, não se pode negar, tornou-se nas últimas décadas um elemento essencial nas concepções mais recentes do próprio conceito de cidadania, superadas as ideias de que se tratasse exclusivamente de um status, como lembra SMANIO (2009, p. 337):

> A concepção republicana do Estado de Habermas, apesar de manter a ideia de status como caracterizador da cidadania, aponta para a necessidade da garantia de um processo inclusivo de formação de opinião e vontade, onde sujeitos iguais e livres se entendem a respeito de quais objetivos e normas são de interesse comum de todos. Afirma que ao cidadão republicano é exigido mais do que a orientação por seu próprio interesse

Nesse contexto, GRUMAN (2012, p. 102) anota o caráter instrumental do acesso às informações públicas, que funciona como um elemento para a garantia da participação administrativa:

> O acesso público à informação, ainda que primordial para a garantia de um Estado transparente e responsável, é instrumental no sentido de que os ganhos advindos das políticas de transparência governamental não se encerram em si mesmos, mas nos resultados trazidos por este tipo de política para a administração pública. A transparência e o acesso não garantem a eficácia do funcionamento da máquina pública, mas, pelo contrário, sua ausência, é garantia de mau uso dos recursos públicos porque livres de controle social.

Como se apontará no presente artigo, a Lei de Acesso à Informação é o grande parâmetro normativo para a efetivação desse direito no Brasil. Essa norma vem sofrendo, nos últimos tempos, diversas tentativas de alteração por parte do Poder Executivo Federal, que importariam em seu enfraquecimento.

No contexto da pandemia causada pelo novo coronavírus, contudo, apesar da tentativa (frustrada) de alteração da Lei de Acesso à Informação, essa norma funciona como importante referencial para a garantia da lisura nas contratações públicas, que tomaram um caráter emergencial relevante.

2. A LEI BRASILEIRA DE ACESSO À INFORMAÇÃO: PANORAMA GERAL E TENTATIVAS RECENTES DE ALTERAÇÃO.

Editada em 2011, a Lei de Acesso à Informação garante a publicidade das informações produzidas pela Administração Pública nacional e

pelas entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

A norma é organizada em seis grandes capítulos, que tratam o tema de forma ampla. No primeiro capítulo, são apresentadas as disposições gerais, como o seu âmbito de abrangência, diretrizes de aplicação e definições conceituais mais amplas. Previstas no art. 3º da Lei de Acesso à Informação, as diretrizes de aplicação constituem o cerne da norma, e fixam a necessidade de observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, a necessidade de divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações (transparência ativa), a obrigatoriedade de utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação, o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública e a busca do desenvolvimento do controle social da administração pública.

No segundo capítulo, são apresentadas as regras específicas para a concessão do acesso às informações públicas, que são materializadas no seu artigo 7º, que assim dispõe:

> Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:
>
> I – orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;
>
> II – informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;
>
> III – informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;
>
> IV – informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;
>
> V – informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;

> VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e
>
> VII - informação relativa:
>
> a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;
>
> b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

Os capítulos seguintes tratam dos aspectos procedimentais dos pleitos de acesso, inclusive dos recursos administrativos (terceiro capítulo), das restrições de acesso, contemplando também as classificações de sigilo e os procedimentos de classificação, reclassificação e desclassificação de uma informação como sigilosa (quarto capítulo), das responsabilidades dos agentes públicos pelo descumprimento das previsões relativas ao tema (quinto capítulo) e das disposições finais.

Ao longo dos últimos anos, a Lei de Acesso à Informação ganhou importância ímpar no cenário da Administração Pública brasileira. Como apontam GONÇALVES e SUNDFELD (2019, p. 43), a norma permite a construção de um verdadeiro "canal de acesso pela população às informações geridas pelo Poder Público". Os mesmos autores anotam, em seguida, que:

> Em que pesem os dados disponibilizados pela Controladoria-Geral da União não permitirem a realização de uma análise mais aprofundada quanto ao respeito aos comandos legislativos de transparência ativa pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, o baixo número de recursos, aliado ao baixo número de deferimento, sugere a efetividade das normas jurídicas aplicáveis ao tema no âmbito federal. Nesse sentido, tem-se que o direito de acesso à informação só ganhou força com o advento da legislação ordinária que o regulamenta e que levou à adoção de novas práticas pela Administração Pública (Idem, Ibidem).

Ainda em 2019, contudo, o Governo Federal editou o Decreto Federal n.º 9.690, que alterou o Decreto Federal n.º 7.724/2012 (que regulamentou a Lei de Acesso à Informação)[5], para permitir a delegação da competência de classificação de informações no grau ultrassecreto, ampliando a possibilidade de restrição de acesso no âmbito da Administração Pública Federal.

Após a reação negativa de diversos setores da sociedade civil[6], o Congresso Nacional começou a se movimentar, com a aprovação, na Câmara dos Deputados, do Projeto de Decreto Legislativo n.º 3/2019.

A pressão da sociedade e dos parlamentares resultou na revogação das disposições anteriores, por meio do Decreto n.º 9.716/2019, no qual o Presidente da República retornou a classificação de sigilo ao seu estado anterior, como fica claro da Exposição de Motivos n.º 7/2019 C.Civil/PR:

---

5 Que passou a ser assim redigido: "Art. 30. A classificação de informação é de competência: I- no grau ultrassecreto, das seguintes autoridades: a) Presidente da República; b) Vice-Presidente da República; c) Ministros de Estado e autoridades com as mesmas prerrogativas; d) Comandantes da Marinha, do Exército, da Aeronáutica; e e) Chefes de Missões Diplomáticas e Consulares permanentes no exterior; II- no grau secreto, das autoridades referidas no inciso I do caput, dos titulares de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista; e III- no grau reservado, das autoridades referidas nos incisos I e II do caput e das que exerçam funções de direção, comando ou chefia do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores- DAS, nível DAS 101.5 ou superior, e seus equivalentes. § 1º É permitida a delegação da competência de classificação no grau ultrassecreto pelas autoridades a que se refere o inciso I do caput para ocupantes de cargos em comissão do Grupo-DAS de nível 101.6 ou superior, ou de hierarquia equivalente, e para os dirigentes máximos de autarquias, de fundações, de empresas públicas e de sociedades de economia mista, vedada a subdelegação. § 2º É permitida a delegação da competência de classificação no grau secreto pelas autoridades a que se referem os incisos I e II do caput para ocupantes de cargos em comissão do Grupo-DAS de nível 101.5 ou superior, ou de hierarquia equivalente, vedada a subdelegação. § 3º O dirigente máximo do órgão ou da entidade poderá delegar a competência para classificação no grau reservado a agente público que exerça função de direção, comando ou chefia, vedada a subdelegação. § 4º O agente público a que se refere o § 3º dará ciência do ato de classificação à autoridade delegante, no prazo de noventa dias".

6 Veja-se, por todas, a publicação do portal "Transparência Brasil", especializado no tema: "Nota sobre o Decreto n. 9.690/2019 que altera regras de classificação de informação". Disponível em <https://www.transparencia.org.br/blog/nota-sobre-o-decreto-n-9-6902019-que-altera-regras-de-classificacao-de-informacao/>. Acesso em 02 jul. 2020.

> (...) 3. Entretanto, sensível à manifestação contrária do Congresso Nacional, concretizada na aprovação de Projeto de Decreto Legislativo pela Câmara dos Deputados e na assinatura de vários Líderes partidárias do Senado Federal em requerimento de urgência à matéria naquela Casa, e de grande parte da sociedade civil às alterações feitas na regulamentação da Lei de Acesso à Informação e para mais uma vez reafirmar o compromisso com o diálogo que, por determinação de Vossa Excelência, tem sido e será sempre o caminho do Governo, proponho a revogação da permissão para delegação de competência para classificação de documentos nos graus ultrassecreto e secreto e o restabelecimento das disposições anteriores acerca da matéria.

Logo no começo da pandemia no Brasil, o Presidente da República editou a Medida Provisória n.º 928, de 23 de março de 2020, que assim dispôs sobre os pedidos de acesso à informação:

> Art. 6º-B Serão atendidos prioritariamente os pedidos de acesso à informação, de que trata a Lei nº 12.527, de 2011, relacionados com medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei.
>
> § 1º Ficarão suspensos os prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de: I - acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta; ou II - agente público ou setor prioritariamente envolvido com as medidas de enfrentamento da situação de emergência de que trata esta Lei.
>
> § 2º Os pedidos de acesso à informação pendentes de resposta com fundamento no disposto no § 1º deverão ser reiterados no prazo de dez dias, contado da data em que for encerrado o prazo de reconhecimento de calamidade pública a que se refere o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

> § 3º Não serão conhecidos os recursos interpostos contra negativa de resposta a pedido de informação negados com fundamento no disposto no § 1º.
>
> § 4º Durante a vigência desta Lei, o meio legítimo de apresentação de pedido de acesso a informações de que trata o art. 10 da Lei nº 12.527, de 2011, será exclusivamente o sistema disponível na internet.
>
> § 5º Fica suspenso o atendimento presencial a requerentes relativos aos pedidos de acesso à informação de que trata a Lei nº 12.527, de 2011." (NR)

Essa norma também causou reação imediata por parte de diversos setores da sociedade civil, e gerou o ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.347, 6351 e 6.353, nas quais se busca o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, por afronta a diversos dispositivos da Constituição Federal que tratam do acesso às informações públicas (como os artigos 5º, XXXIII; 37, § 3º, II; e 216, § 2º).

A medida provisória foi rapidamente suspensa pelo Ministro Alexandre de Moraes, em medida cautelar ratificada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão assim ementada:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESTRIÇÕES GENÉRICAS E ABUSIVAS À GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA. SUSPENSÃO DO ARTIGO 6º-B DA LEI 13.979/11, INCLUÍDO PELA MP 928/2020. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA.
>
> 1. A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade.

> 2. À consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo.
>
> 3. O art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade.
>
> 4. Julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.347, 6351 e 6.353. Medida cautelar referendada.

O panorama apresentado acima indica que a Lei de Acesso à Informação já foi assimilada na realidade da Administração Pública, e suas previsões absorvidas como direitos fundamentais e instrumentos essenciais para o pleno exercício da cidadania, o que impede a sua alteração quando verificada a supressão de prerrogativas lá garantidas, reforçando a sua natureza elementar na atual organização administrativa.

3. A PANDEMIA DE COVID-19 E A TRANSPARÊNCIA GOVERNAMENTAL: DESAFIOS E OPORTUNIDADES.

Conforme exposto na seção anterior, são grandes as controvérsias geradas nas tentativas de alterações da Lei de Acesso à Informação, que se sedimentou como o grande marco legal da transparência governamental no Brasil.

A pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, contudo, expôs uma forma diferente de restrição de acesso, com a manipulação da forma como as informações sobre os casos da doença foram sendo reiteradamente alteradas pelo Ministério da Saúde, confundindo os cidadãos e dificultando o exercício do controle social sobre a atuação da Administração Pública no combate à pandemia.

A transparência relativa aos gastos públicos durante o período da pandemia, contudo, foi ampliada em todos os níveis da Federação, com respostas positivas pelas autoridades governamentais.

No âmbito federal, o "Portal da Transparência" da Controladoria-Geral da União passou a divulgar os gastos destinados de forma específica ao combate do novo coronavírus, com a disponibilização das ações orçamentárias "21C0", "00S4", "00S5", "00S3", "21C2" e "00NY", nas quais é possível consultar e detalhar gastos diretos, bem como transferências aos Estados e municípios.

Além disso, o Ministério da Saúde disponibilizou uma página virtual contendo os contratos celebrados pelo órgão para o combate do novo coronavírus[7], ação também tomada pelo Ministério da Economia com o "Painel de Compras COVID-19"[8].

Essa divulgação das informações de forma específica (e segregada dos demais recursos orçamentários e contratos administrativos) ganhou importância reforçada no contexto da pandemia, na medida em que a Lei Federal n.º 13.979/2020, ao mesmo tempo em que autorizou a dispensa de licitação temporária na aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento do novo coronavírus, determinou a sua divulgação detalhada:

> Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)
>
> § 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

7 Disponível em <https://www.saude.gov.br/contratos-coronavirus>. Acesso em 02 jul. 2020.

8 Disponível em <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/transparencia/60-transparencia/1313-transparencia-dos-dados-de-compras-para-o-covid-19>. Acesso em 02 jul. 2020.

> § 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

Comentando os aspectos práticos decorrentes desse dispositivo, ARRUDA (2020), anota que:

> Os dados devem ser tão atuais e disponibilizados assim que coletados, priorizando os dados cuja utilidade é sensível ao tempo. A atualização da informação em tempo real maximiza a utilidade da informação. Deve ser facilitado o acesso dos dados, dispensados formulários ou sistemas que requeiram tecnologias avançadas, e disponibilizar uma interface para usuários para descarregar instantaneamente e os meios para fazer chamadas e acesso rápido. Deve-se estimular a leitura automatizada, evitando-se anotações escritas a mão, mais difíceis de serem processadas. A informação e arquivos devem ser guardados em formatos fáceis de serem processados. Não deve haver discriminação, permitindo o acesso de todos, a qualquer hora. É importante que a informação disponibilizada on line permaneça perpetuamente, sem que seja alterada, removida ou modificada sem indicação de sua alteração, ou disponibilizada como uma sequência de dados, possível de rastrear as atualizações ocorridas no tempo, possibilitando fiscalização posterior. Vê-se que não será qualquer disponibilização de dados no sítio oficial que autoriza a dispensa da licitação, mas uma disponibilização de informação transparente, entendida como um 'instrumento de controle generalizado'. A transparência tem papel fundamental de garantir o acesso à informação, a participação popular e, ainda, conhecimento das razões de decidir dos gestores públicos, instrumento útil

> e eficaz, tanto no controle das ações do governo e dos contratantes com o governo.

Nos âmbitos estadual e municipal (capitais), segundo dados disponibilizados no "Ranking de Transparência no Combate à COVID-19", há um acentuado percentual de cumprimento das normas relativas à publicidade pela Administração Pública.

Nesse ranking, a ONG Transparência Internacional avaliou os Estados-membros e Municípios por meio da média ponderada de cinco grandes grupos de critérios (controle social, legislação, formato das informações, informações desejáveis e informações essenciais), conferindo uma nota decorrente da aferição objetiva do cumprimento dos itens listados na sua metodologia (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2020, p. 07). Essa nota levou à classificação dos Estados e Municípios em uma escala de pontos (de 0 a 100), distribuídos entre os conceitos péssimo, ruim, regular, bom e ótimo.

Os resultados da avaliação apontam que quinze Estados da Federação se encontram classificados no conceito "ótimo" (por ordem de classificação: Espírito Santo, Ceará, Distrito Federal, Rondônia, Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Amapá, Alagoas, Paraná, Maranhão, Amazonas, Rio Grande do Sul, São Paulo e Santa Catarina), dez se encontram no conceito "bom" (Pará, Tocantins, Rio Grande do Norte, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Piauí, Paraíba, Sergipe, Acre e Rio de Janeiro) e apenas dois no conceito "regular" (Bahia e Roraima). O Espírito Santo foi o único Estado a obter a nota máxima (100 pontos), atendendo a todos os critérios de transparência previstos na metodologia da Transparência Internacional.

A aderência às normas de transparência não impediu, contudo, o surgimento de diversas denúncias de malversação dos recursos públicos por agentes públicos em diversos Estados da Federação durante o período da pandemia, já existindo diversos inquéritos (e até mesmo ações judiciais) em curso para apurar a ocorrência de ilícitos. Como anotado de forma exemplificativa por GONÇALVES e FARIAS (2020, p. 40 - 41),

> No Estado de São Paulo, foi instaurado inquérito civil pelo Ministério Público estadual ("MPSP") para investigar a existência

de sobrepreço na compra de respiradores chineses, no valor de US$ 100 milhões (i.e., à época, R$ 550 milhões).

Segundo o MPSP, o preço unitário médio pelo qual foram adquiridos os respiradores (i.e., R$ 180 mil) é três vezes superior ao que pode ser encontrado no mercado (i.e., R$ 60 mil). Em linha com a iniciativa do MPSP, o Tribunal de Contas do Estado ("TCE-SP") determinou a investigação de irregularidades por parte do Governo estadual na aquisição dos produtos.

De modo similar, no Rio de Janeiro, o Ministério Público do Estado ("MPRJ") também instaurou inquérito civil para apurar a compra de respiradores pela Secretaria de Estado da Saúde, no valor de R$ 9,9 milhões, com liberação antecipada de recursos. O principal foco da investigação está relacionado à possível configuração de sobrepreço, no valor aproximado de R$ 4,9 milhões, uma vez que o preço unitário pago pela Administração pelos produtos foi superior ao dobro do que costuma ser praticado no mercado.

Ademais, outro indício de irregularidade identificado pelo MPRJ reside na ausência de experiência da empresa contratada para a venda de produtos hospitalares, tendo seu objeto social associado à comercialização de equipamentos de informática.

Por fim, outro exemplo relevante diz respeito à compra de respiradores em Santa Catarina. Segundo notícia veiculada pela imprensa, a Administração Pública teria realizado o pagamento antecipado de R$ 33 milhões, mas a empresa contratada não entregou os produtos no prazo pactuado (i.e., 07 de abril de 2020).

(...) No decorrer da investigação, a Justiça estadual determinou o bloqueio de bens do ex-secretário de Estado da Saúde, bem como o sequestro de imóveis e veículos da empresa contratada. A contratação resultou, ainda, em instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito ("CPI"), pela Assembleia Legislativa.

Recente relato da imprensa aponta que as compras emergenciais durante a pandemia já levaram a investigações em onze

> Estados e no Distrito Federal, e já levaram à abertura de 410 procedimentos preliminares pelo Ministério Público Federal.

No caso das capitais, a situação é um pouco pior que no âmbito estadual, mas também aponta resultados relativamente satisfatórios: oito elas foram classificadas no conceito "ótimo" (pela ordem de classificação: João Pessoa/PB, Manaus/AM, Macapá/AP, Vitória/ES, Belo Horizonte/MG, Campo Grande/MS, Florianópolis/SC e São Paulo/SP), doze no conceito "bom" (Fortaleza/CE, Recife/PE, Rio Branco/AC, Rio de Janeiro/RJ, Salvador/BA, Goiânia/GO, Curitiba/PR, Palmas/TO, Aracaju/SE, Natal/RN, Cuiabá/MT e Teresina/PI), cinco no conceito "regular" (Belém/PA, Porto Alegre/RS, Maceió/AL, São Luís/MA e Boa Vista/RR) e uma no conceito "ruim" (Porto Velho/RO).

Os dados apontam que, no geral, a Administração Pública se adaptou à nova realidade, atendendo, em larga medida, aos critérios de transparência a ela propostos, podendo se aproveitar, depois de passada a situação excepcional, dos novos parâmetros propostos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do panorama geral exposto acima, constata-se a importância da legislação brasileira de acesso à informação, que trouxe importantes garantias sobre o tema, ampliando o panorama da transparência na atividade da Administração Pública.

Nos últimos anos, apesar disso, verifica-se uma tendência de ataque à legislação por determinadores setores da Administração Pública nacional, seja por meios diretos, com a edição de atos normativos que reduzem o âmbito de abrangência da norma (como medidas provisórias ou decretos) ou indiretos, com a atuação do Poder Público em contrariedade aos parâmetros normativos, ainda que de forma dissimulada, dificultando ou impedindo o acesso a determinadas informações protegidas pela lei.

Essa situação ficou mais clara durante a pandemia causada pelo novo coronavírus, quando o acesso às informações públicas se apresentou como importante instrumento de controle social da atuação

da Administração Pública no combate à doença no Brasil, e indicou a fragilidade do controle do cumprimento das normas postas pelas autoridades governamentais.

Da mesma forma, entretanto, a despeito de todas as investidas e tentativas de mitigação disso que se tornou um direito fundamental para o próprio exercício da cidadania, percebe-se com clareza o amadurecimento da democracia brasileira e dos próprios cidadãos na utilização dos instrumentos políticos, sociais e judiciais para fazerem valer as garantias que lhes são constitucionalmente asseguradas.

5. REFERÊNCIAS

ARRUDA, Carmen Sílvia Lima. Transparência na administração pública para enfrentamento da Covid-19. In: Portal Jota. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/transparencia-na-administracao-publica-para-enfrentamento-da-covid-19-24032020>. Acesso em 28 jun. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Boas práticas de integridade nas relações público--privadas em tempos de pandemia. Brasília: CGU, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/cartilha-integridade-covid.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2020.

GONÇALVES, Gabriel Vinícius Carmona; SUNDFELD, Philippe Pessoa. A efetividade do direito ao acesso à informação na Administração Pública Federal brasileira: estudo da atuação da Controladoria-Geral da União no período 2012 - 2018. In: ASENSI, Felipe Dutra. et. al. (org.). Interfaces entre instituições e Estado. Rio de Janeiro: Grupo Multifoco, 2019. pp. 33 – 45.

GONÇALVES, Gabriel Vinícius Carmona; FARIAS, Pedro Henrique Espagnol de. Contratações Diretas no Brasil: efeitos da pandemia da COVID-19. In: SLC – Solução em Licitações e Contratos. Ano 3, ed. 28, jul. 2020. pp. 37 -42.

GRUMAN, Marcelo Lei de Acesso à Informação: notas e um breve exemplo. Revista Debates, v. 6, n. 3, p. 97-108, set./dez. 2012.

PEREZ, Marcos Augusto. O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. 2018. 359 f. Tese de livre-docência (Concurso de Livre-Docência do Departamento de Direito do Estado de São Paulo – área de Direito Administrativo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22042019-144541/publico/O_controle_jurisdicional_da_discricionariedade_administrativa_tese_MAP.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre de (coord.). Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 333-346.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Metodologia – Ranking de Transparência no Combate à COVID-19 – Estados e Capitais Brasileiras. São Paulo: Transparência Internacional, 2020. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/89:tibr-notametodologi carankingcovid?stream=1>. Acesso em: 02 jul. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Destinação e utilização de recursos públicos em situações emergenciais. Brasília: TCU, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/EE/84/D3/30/261E1710C3267917F18818A8/Jurisprudencia%20TCU%20-%20Situacoes%20Emergenciais_ v2%20_1_.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2020.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL NA LEI IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429, DE 2-6-92)

Bruno Fediuk de Castro
Gilberto Bomfim
Renato Maia de Faria

INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência voltada para a aplicação das normas jurídicas, e numa visão funcionalista, que analisa os objetivos a serem perseguidos pelo ordenamento jurídico, busca assegurar a paz social, por meio da resolução de conflito. No Brasil, questionando-se qual o maior ou um dos maiores problemas que afligem o país, a resposta será firmemente a corrupção, a improbidade e a má gestão da coisa pública.

Urge, assim, que a ciência jurídica se volte para o tema que envolve as diversas formas de corrupção, desonestidade, má-fé, falta de probidade e ineficiência na gestão da coisa pública. Nesse contexto, o Brasil tem procurado harmonizar seu ordenamento jurídico interno para dar efetividade à prevenção e ao combate a corrupção pública, à improbidade administrativa e ao aprimoramento da gestão pública, tal qual outros países já vêm realizando há alguns anos.

A maioria das formas de corrupção clássicas (corrupção ativa, passiva tráfico de influência, obstrução da justiça etc.) já se encontram

tipificadas no Código Penal brasileiro ou em legislação extravagante[9]. Embora ainda existam algumas formas de corrupção pendentes de criminalização no Brasil, o país tem avançado na prevenção penal da corrupção mediante a responsabilização penal da pessoa física, podendo ser enfatizado o pacote anticrime promulgado pela Lei nº 13.964, de 24-12-19.

A responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção e o estímulo a implementação de programas de *compliance* e anticorrupção, que são medidas extremamente relevantes no combate nacional e transnacional à corrupção, prevista pelas Convenção das Organização das Nações Unidas ("ONU") (art.26) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE") (art. 2º e 3º), ganharam destaque nacionalmente a partir da lei anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1-8-13).

No tocante à responsabilização do funcionário público, a lei de improbidade (Lei nº 8.429 de 2-6-92), que regulamenta o artigo 37, § 4º, da Constituição, veio integrar esse importante microssistema normativo de combate à corrupção e controle da Administração Pública, sobretudo como ferramenta de proteção da moralidade administrativa e aprimoramento da gestão pública brasileira.

Em que pese os órgãos de controle e o Poder Judiciário ainda estejam longe do ideal, geraram benefícios à sociedade (luta contra a corrupção, busca pelo fim da impunidade e a responsabilização dos agentes públicos). Contudo, prejuízos também podem ser identificados, como por exemplo, a supressão de garantias fundamentais, a flexibilização de normas constitucionais, banalização do conceito de improbidade administrativa e a insegurança jurídica.

É evidente que o controle da administração pública é imprescindível, uma vez que a sociedade necessita de instrumentos eficazes para inibir condutas ilegais, ímprobas e ineficientes. Por outro lado, também é certo que o controle, por si, gera ineficiências. É da sua essência interferir no funcionamento da atividade administrativa, sendo que o seu excesso pode gerar "externalidades negativas", favorecendo a inefi-

9 Vide a lei de lavagem de dinheiro - Lei nº 9.613, de 3-3-98 e a lei das organizações criminosas – Lei nº 12.850, de 2-8-13.

ciências. É necessário perquirir, portanto, os efeitos colaterais indesejáveis do controle, que devem ser considerados para o fim da calibragem do sistema (GUIMARÃES, 2016).

O problema a ser enfrentado no artigo nasce a partir da entrada em vigor da lei anticrime (Lei n.º 13.964, de 24-12-19), que alterou o 1º, do artigo 17, da lei de improbidade (Lei nº 8.429, de 2-6-92), permitindo a celebração de acordo de não-persecução cível nas ações de improbidade administrativa, o que gerou a seguinte indagação: o acordo de não persecução cível pode ser uma alternativa compositiva mais eficiente e efetiva para solucionar as questões da defesa do patrimônio público sem a necessidade de deflagração da ação de improbidade, evitando-se alguns dos efeitos colaterais indesejáveis antes mencionados?

O objetivo geral do artigo é apontar os requisitos e as consequências jurídicas do acordo de não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa. No que se refere aos objetivos específicos, busca-se demonstrar os requisitos necessários para as ações de improbidade, sobretudo a justa causa e o lastro probatório mínimo, sob pena de banalização do conceito de improbidade administrativa e a geração de "externalidades negativas" que favorecem a proliferação de ineficiências.

No tocante à metodologia, será utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio de uma abordagem qualitativa, tendo por base a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, no que tange à busca de fundamento teórico, por meio da utilização de livros e artigos científicos para utilizar na construção da base teórica da pesquisa.

O artigo está estruturado da seguinte forma: No capítulo 1 serão feitas considerações gerais sobre a lei de improbidade (Lei nº 12.846, de 2-6-92). No capítulo 2 será feita uma análise das ações civis de improbidade e a necessidade da justa causa. No capítulo 3, será avaliado o acordo de não persecução cível como forma de solução consensual para a responsabilização por atos de improbidade.

1. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429, DE 2-6-92)

A Constituição de 1988 estabelece que "*os atos de improbidade importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indispo-*

nibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível" (art. 37, § 4º). Tal dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 8.429, de 2-6-92, que define os elementos do ato de improbidade, suas modalidades, sanções cabíveis e regulamenta o respectivo processo administrativo e judicial.

A improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante) caracteriza um ilícito de natureza civil e política.

Holanda Jr. e Torres (2017, p.19) ressaltam que o ato de improbidade, embora provoque consequências com características dos ilícitos penal e administrativo, não tem a natureza penal nem administrativa, não impedindo, por isso, o julgamento do responsável também nessas esferas.

A doutrina vem conceituando o ato de improbidade como uma conduta, comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, que, praticada em desacordo com as exigências de honestidade, resulta em relevante lesão a bens e valores públicos, ocasionando enriquecimento ilícito do agente público, dano ao patrimônio público ou a violação dos deveres de legalidade, honestidade e lealdade, em prejuízo das entidades integrantes da Administração Pública ou dos entes privados beneficiados, sustentados ou criados com a utilização de recursos públicos (PAVIONE, 2016, p.315).

Com efeito, a conduta do agente público, para tipificar ato de improbidade, deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública (PAZZAGLINI FILHO, 2007, p.18).

De acordo com Di Pietro (2018, p.1106), para que o ato de improbidade ocasione a aplicação das sanções previstas no artigo 37, § 4o, da Constituição, é exigida a presença de determinados elementos identificados na da Lei nº 8.429/92, a saber: (i) sujeito passivo; (ii) sujeito ativo; (iii) ato de improbidade; e (iv) elemento subjetivo.

O sujeito passivo é aquele atingido pelo ato de improbidade, nos termos do artigo 1º e parágrafo único da Lei nº 8.429/92. Podem ser sujeitos passivos principais (entidades integrantes da Administração

Pública da União, dos Estados, do DF e Municípios) e sujeitos passivos secundários (entes privados financiados, sustentados com utilização de recursos públicos).

O sujeito ativo é aquele que pratica o ato de improbidade e, de acordo com os artigos 1º e 3º da Lei nº 8.429/95, são o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015, p.4), é possível que os agentes políticos respondam pelos crimes de responsabilidade da Lei nº 1.079/50 e também por improbidade administrativa. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República, cujo se dá em regime especial pelo Senado Federal (arts.85 e 86 da CF/88), não há norma constitucional que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de quaisquer das sanções por ato de improbidade previstas no art.37, $4º, da Constituição Federal.

Cumpre ser observado, ainda, que para que o terceiro seja responsabilizado pelas sanções da Lei n° 8.429/92 é indispensável que seja identificado algum agente público como autor da prática do ato de improbidade. Assim, não é possível a propositura de ação de improbidade exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda (BRASIL, 2014, p.5).

O ato de improbidade pode corresponder a um ato administrativo, a uma omissão ou a uma conduta. A Lei nº 8.429/92, inicialmente, optou por dividi-los em três categorias. Os atos que importam enriquecimento ilícito (art.9º); que importam prejuízo ao erário (art.10º); que atentam contra os princípios da Administração (art.11). Posteriormente, foi acrescida a categoria relativa a atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art.10-A).

É comum ocorrer de determinada conduta se enquadrar em mais de uma modalidade de ato de improbidade, ocasião que haverá o enquadramento no que for mais grave, observando-se, assim, o princípio da especialidade (PAVIONE, 2016, p.326).

Para Di Pietro (2018, p.1111), o ato de improbidade pode corresponder a um ato administrativo, a uma omissão ou a uma conduta e tem que ser praticado no exercício de função pública, considerada

a expressão em seu sentido mais amplo, de modo que abranja as três funções do Estado. Segundo a autora, mesmo quando praticado por terceiro, que não se enquadre no conceito de agente público, o ato tem que ter algum reflexo sobre uma função pública exercida por agente público. Segundo defende, é "difícil conceber ato de improbidade praticado por terceiro que não esteja em relação de cumplicidade com agente público".

Por fim, embora qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública possa constituir ato de improbidade administrativa, faz-se necessário perquirir a intenção do agente, para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei (PIETRO, 2018, p.1111).

A responsabilidade objetiva, além de ser admissível somente quando prevista expressamente, não se coaduna com o sistema jurídico brasileiro no que diz respeito à responsabilidade do agente público, principalmente quando se analisa o artigo 37, § 6º, da Constituição, que admite a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros, mas preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano (PIETRO, 2018, p.1119).

Dos três dispositivos legais que definem os atos de improbidade, somente o artigo 10, que trata dos atos que causam prejuízo ao erário, fala em ação ou omissão, dolosa ou culposa. E, para Di Pietro (2018, p.1119), a mesma ideia de que, nos atos de improbidade causadores de prejuízo ao erário, exige-se dolo ou culpa, repete-se no artigo 5º da lei de improbidade.

Com base nessa interpretação, a jurisprudência vem se inclinando a somente admitir a conduta culposa na hipótese de dano ao erário, contida no artigo 10 da lei de improbidade, já que o dispositivo legal a prevê expressamente. Nas hipóteses dos artigos 9º e 11, exige-se comprovação de dolo.

No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de

má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública (PIETRO, 2018, p. 119).

Outro dado a ressaltar é que, nos termos do artigo 21 da Lei nº 8.429/92, a aplicação das sanções nela previstas independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento ou da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (BRASIL, 1992). Assim, as sanções podem ser aplicadas mesmo que não ocorra dano ao patrimônio público "econômico". É exatamente o que ocorre, ou pode ocorrer, com os atos de improbidade previstos no artigo 11, por atentado aos princípios da Administração Pública.

Por fim, cumpre repisar que os atos de improbidade descritos na lei constituem também ilícitos administrativos, passíveis de punição na esfera administrativa, e podem corresponder a crimes passíveis de punição na esfera criminal. Nessas hipóteses, ocorrerá a concomitância de instâncias.

2. A AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A JUSTA CAUSA

A apuração do ato de improbidade no âmbito civil se dá por meio de uma ação civil de improbidade que, ao lado da ação popular e da ação civil pública, a ação de improbidade está compreendida no rol das chamadas "ações civis públicas" (PAVIONE, 2016. p.332).

A ação civil de improbidade tem como legitimados o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada, observado que, se a ação for movida pela pessoa jurídica interessada, o Ministério Público atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade (art. 17, § 4º). De outra banda, quando a ação de improbidade for promovida pelo Ministério Público, o art.17, §3º permite que a pessoa jurídica de direito público interessada adote uma das posturas processuais previstas no art.6º, §3º, da lei da ação popular, ou seja, poderá abster-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor (BRASIL, 1992).

Para o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2013, p.1), a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas ins-

tâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade. A posição da Corte é no sentido de que não existe foro por prerrogativa de função em ações de improbidade.

A petição inicial da ação por improbidade administrativa, em razão do perigo de sanções tão severas previstas na lei, deve ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas (§ 6º do art. 17 da Lei n. 8.429/92). Assim, diz-se que a ação de improbidade, além das condições genéricas da ação, exige ainda a presença da justa causa.

De acordo com a orientação jurisprudencial do STJ (BRASIL, 2018, p.4), existindo meros indícios de cometimento de atos enquadrados como improbidade administrativa, a petição inicial da ação de improbidade deve ser recebida, pois na fase inicial prevista no art.17, §§ 7º, 8º e 9º da Lei nº 8.429/92, vale o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Para o Tribunal, apenas ações evidentemente temerárias devem ser rechaçadas, sendo suficiente simples indícios (e não prova robusta, a qual se formará no decorrer da instrução processual) da conduta ímproba".

Todavia, após o oferecimento da defesa prévia, a força do princípio do *in dubio pro societate* deve ser temperada pela hipóteses previstas para indeferimento da inicial no art. § 8º do art. 17 da lei de improbidade administrativa, sendo possível a pronta rejeição da pretensão se houver prova hábil a evidenciar, de plano: (i) a inexistência do ato de improbidade; (ii) a improcedência da ação; ou (iii) a inadequação da via eleita (BRASIL, 1992). Nesse passo, analisando os julgados do STJ quanto à aplicabilidade do princípio do *in dubio pro societate*, tem-se uma vasta jurisprudência e doutrina que exigem a presença de justa causa para o recebimento da ação de improbidade.

Contudo, a jurisprudência do STJ não tem unanimidade sobre os critérios para o recebimento das ações de improbidade, especialmente quando se trata da interpretação do princípio do *in dubio pro societate* e da justa causa, o que acaba por gerar grande insegurança jurídica.

Afrânio Silva Jardim coloca a justa causa como uma quarta condição da ação penal (em acréscimo às três condições clássicas da ação:

possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade ad causam). Segundo ele, a justa causa consiste na existência de "um suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado" (JARDIM; AMORIM, 2014, p. 60-61).

O § 6º do art. 17 fala em documentos e justificações que evidenciem a prática do ato de improbidade. Assim, deve-se apresentar a devida justificação para o ajuizamento da ação civil pública, ou seja, a clara e necessária descrição dos seguintes elementos, essenciais à caracterização do ato de improbidade administrativa: (a) a conduta típica (que pode ser comissiva ou omissiva) que se amolde às hipóteses dos arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei n. 8.429/1992, com a demonstração de que em decorrência dela (nexo de causalidade) houve enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública; (b) o elemento volitivo doloso (para as hipóteses dos art. 9º e 11 da LIA) ou pelo menos culposo (para a hipótese do art. 10 da LIA); (c) a indicação, em concreto, da autoria do ato alegadamente ímprobo (BRASIL, 2018, p.10-11).

Além disso, a inicial deve vir acompanhada de um mínimo de lastro probatório que demonstre a existência de indícios suficientes do alegado ato de improbidade descrito na peça acusatória, salvo nos casos em que há a impossibilidade de produção da prova naquele momento processual, o que deve ser devidamente explicitado e fundamentado na exordial.

Com efeito, a defesa prévia assume aspecto por demais relevante, especialmente porque é o momento em que o réu levanta inúmeras questões preliminares/prejudiciais ao exame do mérito para o fim de descaracterizar a presença da justa causa ou, ao menos, convencer o Juízo da inexistência do elemento subjetivo. Isso é importante, sobretudo, em razão do apontado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (FILHO, 2014, p.61), no sentido de que:

> "os elementos indicadores da justa causa não podem ser confundidos com suposições, alvitres ou mesmo meras possibilidades, pois somente se configuram (esses elementos) quando a sua presença é inequívoca e apontam ocorrências concretas,

> não ocorrências que podem ser legitimamente imaginadas, mas aí, nesse caso, a imaginação do autor poderá servir, sem dúvida, para produção de peça literária, não para a produção de peça acusatória".

Em que pese os conceitos abertos trazidos pela Lei 8.429/1992, como "ofensa aos princípios da administração Pública" ou "qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida", cumpre frisar que improbidade não é qualquer ilegalidade.

De acordo com o Ministro Gilson Dipp (2017), "a banalização do conceito de improbidade administrativa" é prejudicial à administração pública, por resultar em nuvens de incerteza e suspeitas de desonestidade sobre todos os atos administrativos, bem como à sociedade, pois se perde o referencial de má-fé dos atos efetivamente ímprobos, em diferença às irregularidades sem gravidade.

Dessa forma, as ações civis de improbidade devem ser reservadas para os casos efetivamente graves, quando restarem presentes todos os elementos do ato de improbidade anteriormente assinalados e, quando restar evidenciada a presença da justa causa.

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO NO ÂMBITO NAS AÇÕES CIVIS DE IMPROBIDADE

A redação original do §1º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92, que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade, era criticado pela doutrina, por ser incoerente com a evolução do ordenamento jurídico do país, o qual já vinha admitindo instrumentos de consensualidade administrativa na prevenção e solução de litígios, tais como os termos de ajuste de conduta (TAC), os termos de ajustamento de gestão (TAG), os acordos substitutivos (AS) e outros métodos de solução de controvérsia baseados no princípio da consensualidade (preâmbulo e art. 4º, VII da Constituição) (FERRAZ, 2020).

A Lei nº 13.964, de 24-12-19, ao alterar a redação do §1º do art. 17 da Lei 8.429/92, previu que *"as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta lei*", ratificando

o entendimento da doutrina sobre a necessidade do instituto no âmbito da apuração da improbidade administrativa.

O acordo de não persecução civil tem por finalidade impedir o início de uma ação civil por ato de improbidade administrativa mediante a aceitação de algumas sanções pelos agentes responsáveis pela prática dos supostos atos de improbidade administrativa, como forma de tornar mais célebre e efetiva a reparação do dano eventual causado ao erário.

Independentemente do veto do artigo 17-A, que regulava a legitimidade, procedimento e condições para a realização do acordo de não persecução cível, a alteração legislativa permiteu a aplicação de instrumentos de controle consensual no âmbito da ação de improbidade administrativa. Com efeito, a doutrina vem defendendo a aplicação analógica da Lei nº 7.347, de 24-7-85, que disciplina a ação civil pública, em especial no que tange ao tomar compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, para viabilizar a efetivação dos acordos de não persecução cível previstos na lei de improbidade.

A legitimidade para os acordos de não persecução cível é das mesmas partes que possuem legitimidade para a propositura das ações de improbidade administrativa, nos termos do art. 17, caput da Lei 8.429/92, ou seja, do Ministério Público ou da pessoa jurídica interessada (lesada) e é cabível em relação aos três grupos de atos de improbidade administrativa, que acarretam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e que atentem contra os princípios da administração.

Para a realização do acordo de não persecução cível vem sendo exigidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (i) compromisso de reparação integral do dano eventualmente sofrido pelo erário; (ii) compromisso de transferência não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso; e (iii) aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no artigo 12 da LIA.

O acordo também deverá contemplar a recomposição do patrimônio público lesado pelas práticas ilícitas, o que se considera o núcleo irrenunciável de tutela do interesse público (LIA, art. 5º), na matéria.

Além disso, há a necessidade de o acordo contemplar ao menos uma das sanções previstas no artigo 12, tendo em vista o caráter punitivo-repressivo da lei de improbidade. Não pode o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada, por exemplo, se contentar com a recomposição do patrimônio público lesado (ANDRADE, 2020). De fato, o acordo de não persecução cível poderá prever a aplicação imediata de quaisquer das sanções previstas no artigo 12 da LIA, a saber: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) multa civil; e f) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (BRASIL, 1992).

Nesse ponto, cumpre perquirir se a sanção de suspensão dos direitos políticos poderia ser aplicada em sede de acordo de não persecução cível. A Lei 8.429/1992 previu expressamente a sanção de suspensão dos direitos políticos (art. 12, I, II, III e IV), que poderá ser aplicada pela prática de qualquer modalidade de improbidade administrativa (enriquecimento ilícito, lesão ao erário e atentado contra os princípios regentes da atividade estatal). Já em seu artigo 17, § 1º, com a nova redação dada pela Lei 13.964/2019, passou a admitir expressamente a solução negociada, sem estabelecer nenhum tipo de limitação material ao acordo (ANDRADE, 2020). Assim, a prática do ato de improbidade administrativa autorizaria a aplicação imediata da sanção de suspensão de direitos políticos, inclusive no acordo celebrado na esfera extrajudicial. Todavia, tal sanção ainda não vem sendo acordada, por ainda restar duvidosa a sua aplicabilidade.

Não obstante, o acordo de não persecução cível poderá incluir outras medidas que se mostrem necessárias e adequadas à proteção da probidade administrativa. Ou seja, cumulativamente com uma ou mais das sanções previstas no artigo 12 da LIA, poderão também ser avençadas outras obrigações de fazer ou não fazer que se revelem pertinentes ao caso e não sejam defesas em lei.

Quando o acordo for feito para evitar o ajuizamento da respectiva ação de improbidade, não há qualquer necessidade de homologação pelo Poder Judiciário, seguindo o mesmo trâmite do TAC, ou seja, a

homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público. Por outro lado, se o acordo for feito no curso da ação, nesse caso deve ser feita a devida homologação pelo magistrado (MPE/SC, 2020, p.5).

As condenações por enriquecimento ilícito e lesão ao erário deveriam ter como consequência natural a recomposição do patrimônio público. Contudo, as ações de improbidade ainda pecam no quesito ressarcimento aos cofres públicos. Estudo da FGV e da Transparência Internacional (FVG, 2018, p.147) ressaltou que muitas condenações em ações de improbidade acabam por "deixam de aplicar o ressarcimento ou a perda de bens e valores, quando era para ser aplicado, ou, então, a condenar o infrator apenas ao ressarcimento ou perda de bens ou valores – o que também é vedado pelo STJ".

Nesse contexto, os acordos de não persecução podem ser uma alternativa mais eficiente às ações de improbidade, principalmente quando houver dúvidas a respeito da existência da justa causa ou na hipótese de atos de atendem contra princípios da Administração Pública, sobretudo com o objetivo buscar a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano ao erário e o pagamento de multa civil.

Portanto, o acordo de não percussão cível pode ser uma alternativa compositiva mais eficiente e efetiva para solucionar as questões da defesa do patrimônio público sem a necessidade de deflagração da ação de improbidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Improbidade administrativa é um assunto muito presente no noticiário jurídico brasileiro. Agentes públicos e terceiros são acusados de improbidade administrativa, agentes políticos têm os seus registros de candidatura impugnados por improbidade administrativa, empresas que contratam com a administração pública são demandadas por improbidade administrativa.

Lembre-se que improbidade significa desonestidade, má-fé, agir com objetivos espúrios. O conceito é amplo, mas tem contornos certos e limitados. No entanto, é importante ressaltar que improbidade não é qualquer ilegalidade. Pequenas falhas não devem ser apontadas como

improbidade administrativa, sob pena de banalização das ações civis de improbidade, o que é prejudicial à administração pública e à própria sociedade, pois se perde o referencial de má-fé dos atos efetivamente ímprobos, em diferença às irregularidades sem gravidade.

Nesse contexto, deve-se notar a grande relevância do acordo de não persecução cível para o direito administrativo sancionador. No momento anterior a autorização legislativa do §1º do art. 17 da Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei nº 13.964, de 24-12-19, o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada, representada por seu Órgão de Advocacia Pública, não teriam outra alternativa senão a deflagração das ações de responsabilização que figuravam como a única *ratio* na seara da imoralidade qualificada.

Essa obrigatoriedade de ajuizamento de ações, ainda que com indícios de irregularidades, mas sem a gravidade necessária para configuração dos atos de improbidade, geravam consequências sistêmicas altamente criticáveis: abarrotamento do Poder Judiciário, lentidão processual e custos desnecessários. Ao fim e ao cabo, depois de vários anos de tramitação, ainda que reconhecesse irregularidades na conduta, repetidas vezes, o Poder Judiciário salientava não se tratar de improbidade para evitar as graves sanções – que deveriam ser integralmente aplicadas – da Lei de Improbidade Administrativa.

A possibilidade de solução consensual, seja no curso dos procedimentos administrativos em tramite perante a pessoa jurídica lesada ou nos inquéritos civis instaurados pelo Ministério Público vem para calibrar o sistema de responsabilização, permitindo uma solução abreviada, justa e efetiva para o caso em comento.

Dessa forma, as lesões de pequena monta à moralidade administrativa podem ser solucionadas de maneira auto compositiva sem a necessidade do grave rito da improbidade. Essa alternativa, que não pode ser vista como plenamente discricionária, mas sim com uma discricionariedade regrada, afeta diretamente a justa causa para a propositura de uma ação de improbidade, porquanto essa via pode se tornar desnecessária, carecendo, portanto, de interesse de agir, caso uma solução consensual não seja, ao menos tentada.

Lado outro, essa tentativa de auto composição, caso seja frustrada por ausência do investigado, evidencia ao Poder Judiciário a plena

necessidade da ação de improbidade, robustecendo a justa causa. Ora, se apesar de demonstrados indícios de irregularidades, o investigado mostra-se recalcitrante em firmar o acordo de não persecução cível, a aplicação das sanções da LIA emerge como uma solução inevitável, desde que demonstrados os indícios anteriores.

Dessa forma, a possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível mostra-se como uma melhoria sistêmica no microssistema de defesa do patrimônio público. Ressalte-se que o acordo de não persecução cível representa não apenas um importante instrumento de resolução consensual de conflito, como também um benefício ao autor do ato de improbidade administrativa, que não será processado por ato de improbidade administrativa, com a incertezas, custos e demora da tramitação da referida ação cível de responsabilidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. **Genjurídico**. 5 de mar. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/> Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm> Acesso em: 29 jun. 2020

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.663.430** – AP (2017/0067306-5). Recorrente: Carlos Camilo Góes Capiberibe. Recorrido: Estado do Amapá. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 11 de dezembro de 2018. Disponível

em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1779197&tipo=0&nreg=201700673065&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20181211&formato=PDF&salvar=false> Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. **Recurso Especial nº 952.351**-RJ. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4/10/2012. Agravante: Ministério Público do Estado de Sergipe. Agravado: Christiano Rogerio Rego Cavalcante. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=85798185&num_registro=201801504761&data=20180809&tipo=0> Acesso em: 09 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial. **AgRg na Rcl 12.514**-MT, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 16/09/2013 (Info 527) Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&livre=@COD=%270527%27&tipo=informativo> Acesso em: 09 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **Recurso Especial 1.171.017**-PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 25/2/2014 (Info 535). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270535%27. > Acesso em: 09 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. **AgRg no Recurso Especial 1197469** - RJ, Recorrente: Rosangela Rosinha Garotinho Barros Assed Matheus de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/11/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54898014&num_registro=201001072652&data=20151211&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 09 jul. 2020.

FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa — o início, o fim e o meio. **Consultor Jurídico.**

9 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civel-improbidade-administrativa> Acesso em: 25 jun. 2020.

FILHO, Napoleão Nunes Maia. **Improbidade Administrativa**: breves estudos sobre a justa causa e outro temas relevantes de direito sancionador. Fortaleza: Editora Curumim, 2014.

FGV. Escola de Direito do Rio de Janeiro. **Novas Medidas Contra a corrupção**. 2018. Disponível em: Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23949/NovasMedidascontraCorrupcao_Cartilha.pdf?sequence=6&isAllowed=y. > Acesso em: 09 jul. 2020.

GARCIA, Emerson; e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. Ed., Ed. Lumen Juris, 2013.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**. Ano 2016 n. 71**.** Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle Acesso em: 24 jun. 2020.

HOLANDA JR, André Jackson de. TORRES, Rony Charles. **Lei de Improbidade administrativa**. Coordenador Leonardo de Medeiros Garcia – 3. Ed. Ver., ampl., e atual. – Salvador: Juspodivm, 2017.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal.** 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Nota técnica 001/2020/CMA**. Acordo de não persecução cível na área da improbidade administrativa. 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas/ 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. – 31. Ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOARES, Marcos José Porto. PEREIRA, Alexandre Araújo. Distinção entre corrupção, improbidade administrativa e a má gestão da coisa pública. **Revista dos Tribunais**. RT Vol. 959, setembro 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.959.04.PDF> Acesso em: 24 jun. 2020.

SOBREIRO, Juan Daniel Pereira. **Improbidade administrativa: desafios no recebimento da petição inicial e na análise do elemento subjetivo do ato ímprobo**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/11188715/IMPROBIDADE+ADMINISTRATIVA+-+Dr.+Juan+Daniel+Pereira+Sobreiro/f5d144f9-3bf1-9d45-be1b-649cec3db215> Acesso em: 26 jun. 2020.

DIRETRIZES CONTEMPORÂNEAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO COM A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ATIVIDADES EMPRESARIAIS

Caroline Mendes Dias
Luciani Coimbra de Carvalho

1. INTRODUÇÃO

As atividades empresariais são indispensáveis para o desenvolvimento econômico, mas também se apresentam como potencialmente geradoras de violações aos Direitos Humanos.

Diante de tal potencialidade, vem crescendo a atenção à agenda de elo entre as atividades empresariais e a sustentabilidade, com iniciativa do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas para os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (Princípios Ruggie), com reflexos na Agenda 2030, especialmente nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável n. 8 e 12, bem como na positivação do ordenamento jurídico brasileiro, com o Decreto n. 9.571/2018 e Resolução n. 5/2020 do Conselho Nacional dos Direitos Humanos.

Assim, a pesquisa se justifica pela relevância de analisar o papel da Administração Pública quanto às obrigações de proteção, fomento, monitoramento e divulgação para o cumprimento de normas e diretrizes de Direitos Humanos na gestão empresarial.

Para isso, será apresentada a análise jurídica sobre a evolução normativa da proteção e reparação dos Direitos Humanos na atividade empresarial, no ordenamento brasileiro, e o papel da administração pública na efetivação de tais diretrizes.

A metodologia utilizada empregou a pesquisa bibliográfica e documental, pelo método dedutivo, com enfoque descritivo e dogmático do Direito.

2. ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO E ADMINISTRAÇÃO CONCERTADA

Atualmente a discussão sobre a autoridade do Estado converge para as relações entre os direitos fundamentais e a teoria democrática, que segundo Binenbojm (2008) são as duas maiores conquistas da moralidade política de todos os tempos. Da interdependência dos direitos fundamentais e democracia, surgiu o Estado democrático de direito, que tem como fundamento a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

No processo conhecido por neoconstitucionalismo, concepção a partir da qual há o reconhecimento de que toda legislação infraconstitucional deve ser aplicada à luz da Constituição, tem-se que os sistemas democrático e de direitos fundamentais pulverizam seus efeitos conformadores por toda a ordem jurídico-política, condicionando seus institutos e estruturas (BINENBOJM, 2008).

Assim, os movimentos que levaram à noção de estado contemporâneo tiveram como objeto a reavaliação dos fins do Estado e das funções típicas do modelo estatal providencialista e da forma como as funções do Estado eram comumente desempenhadas (OLIVEIRA, SCHWANKA, 2010).

Bitencourt Neto (2017) afirma que as transformações operadas nas estruturas do Estado moderno implicam em novos desafios à Administração Pública, que passa a ter atuação como conformadora geral da ordem econômica e social, com atuação transversal e prospectiva, em busca de alcançar de forma mais efetiva, os objetivos centrais do Estado de Direito democrático e social.

> Com a evolução do Estado Liberal de Direito para o Social de Direito, afluindo-se no hodierno Estado de Direito Democrático, houve a reformulação do Direito Administrativo, com a consequente mutação da Administração Pública, em suas mais diversas searas. É nesse contexto que o exercício da função administrativa deve ser aprimorado, objetivando garantir, sobremodo, o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais dos homens e a proteção da dignidade da pessoa humana (MELLO, DANTAS, 2010, p. 2).

As transformações que contextualizam a Administração Pública Contemporânea trazem como norte os fins sociais como vinculação à ação do Poder Público, posicionando-se entre os desafios da Administração do século XXI, a identificação de formas de realização do Estado Democrático e Social.

> Superado o paradigma de uma Administração agressiva que marcou o período liberal do Estado de Direito, o Estado social levou, entre outras consequências marcantes, a intensa contratualização da atividade administrativa. Para além dos contratos em que figura como cliente dos particulares, abre-se para o Poder Público a senda da administração por acordos, ou dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, compondo um amplo rol do que se pode chamar Administração concertada (BITENCOURT NETO, 2017, p. 12).

Nesse cenário do Estado Social de Direito e de implementação da reforma administrativa, torna-se imprescindível a característica da Administração Pública Contemporânea voltada à concertação, com adoção da consensualidade nas relações entre a sociedade e o Estado, com gestão focada em resultados, com maior eficiência.

Essa é a abordagem trazida por Mello e Dantas (2020, p. 2):

> Assiste-se, pois, à passagem da Administração unilateral à Administração consensual, de modo a assegurar o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais, bem como garantir

> maior eficiência na consecução do interesse público; há, portanto, maior inquietude e necessidade de conciliar a eficiência do agir estatal com a preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Segundo Bitencourt Neto (2019), a Administração concertada deve ser percebida em um contexto mais amplo, para além dos tradicionais contratos administrativos e privados, abarcando outros meios de consenso de feições menos definidas. A concertação administrativa abrange todo o extenso rol de tarefas administrativas, no âmbito da Administração interna e nas relações administrativas externas.

Oliveira (2008) traz a abordagem de que as posturas assumidas pelo estado mediador são distintas das posições tradicionalmente ostentadas pelo Estado impositor, cuja nota característica encontra-se justamente no poder de impor obrigações, exercido em razão do atributo da autoridade, imanente ao poder político ou estatal.

Aqui estaria presente a característica da Administração Concertada, linha de transformação do Direito Administrativo, onde o emprego da gestão consensual, é preferencial à atuação imperativa perante cidadãos, empresas e sociedade em geral.

Tratando da característica da Administração Concentrada e sua importância na contemporaneidade, Medauar (2013) destaca:

> A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. a administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. [...] Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos.

Pelo que se extrai, a referência na concepção de Administração Concertada é o diálogo entre administrador público e administrados, com foco na cooperação e participação da sociedade nas atividades até então tidas como exclusivas do Estado, tais como o fortalecimento dos direitos fundamentais, com colaboração ativa dos administrados, em um modelo de gestão aberta e democrática.

De outro norte, o papel ineficaz do Estado no fortalecimento dos Direitos Humanos, na atenuação das desigualdades de mercado e na igualdade de oportunidades aos indivíduos, faz com que, segundo Iensue e Carvalho (2017) o espaço público se legitime também pela economia.

De forma similar, Tavares (2004) afirma que é exigível não apenas do Estado, mas também dos próprios particulares, a implementação positiva dos direitos fundamentais, e não apenas o respeito a eles.

É diante de tal premissa que se desenvolve o presente estudo, analisando o papel do Estado e, via de consequência, da Administração Pública, na promoção e proteção dos Direitos Humanos na atividade empresarial, considerando a dicotomia, à luz da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), dos pilares do Estado Social Democrático, de que o desenvolvimento econômico nacional e o fortalecimento dos Direitos Humanos constituem objetivos fundamentais do país.

3. A ATIVIDADE EMPRESARIAL E A PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DOS MARCOS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

O Estado Democrático e Social, fortalecido pelas expectativas recentes da sociedade, fortalece um novo paradigma de responsabilidade social empresarial, pautada na prestação de contas de suas atividades à sociedade, destacando-se como um dos atores para a promoção dos direitos fundamentais.

Como contextualizado na Nota Técnica n. 7/2018 (PFDC, 2018), que aborda a proteção e reparação de Direitos Humanos em relação a atividades empresariais:

> Não obstante, a história brasileira e mundial revela que as atividades empresariais, embora sejam indispensáveis para o cres-

> cimento econômico, muito frequentemente geram inúmeros e igualmente grandiosos impactos negativos (por vezes irreversíveis) de caráter socioambiental e não raramente violações aos Direitos Humanos. Ou seja, ao invés da livre iniciativa e do desenvolvimento impulsionarem a afirmação do Estado de bem-estar social, eles terminam por antagonizar essa perspectiva (PFDC, 2018, p. 1).

Sen e Kliksberg (2010), apresentam que as ideias predominantes sobre o papel da empresa na sociedade se modificaram de forma acelerada nos últimos anos, evoluindo da visão preponderante durante décadas, de que a empresa possuía a responsabilidade apenas de geração de lucro e prestação de contas a seus proprietários.

Na mesma linha, concluem Silveira e Almeida (2015, p. 370):

> A mudança das relações humanas e comerciais globais, que se tornaram deslocalizadas e desterritorializadas, alteraram os paradigmas mundiais de controle e da proteção dos Direitos Humanos inerentes ao ser humano.
>
> Neste contexto, novas relações e tensões de poder surgem na sociedade economicamente globalizada entre Estados e Mercado. Assim, há um redirecionamento do papel da empresa em virtude das novas formas de violação dos Direitos Humanos nas relações transnacionais, ocasionadas pela imposição das regras mercadológicas para relativizar e, até mesmo, negar os direitos inerentes ao ser humano (trabalho, consumo, entre outros).

A visão de que o objetivo da atividade empresarial seria apenas a maximização de lucros foi destronada pela própria realidade, exigindo que as empresas saíssem do marco do narcisismo, evoluindo para a empresa filantrópica, que igualmente não atendia à função social, surgindo a necessidade de ruptura paradigmática em relação às visões anteriores, passando às empresas com alta responsabilidade social empresarial.

Contextualizando a proteção dos Direitos Humanos em relação às atividades empresariais, merece destaque o artigo 170 da Constituição

brasileira (BRASIL, 1988), cujos termos impõem como princípios gerais da atividade econômica, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a função social, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Tem-se então que ao passo que a Constituição Federal traga em seu bojo o princípio da livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica, levando o Estado a estimular o desenvolvimento de atividades econômicas com intuito de lucro, o atual estágio de evolução social não permite que o processo empresarial sacrifique a dignidade humana, devendo ser premissa a efetivação de uma gestão socialmente responsável, que tenha como norte, paralelo ao lucro, o respeito aos Direitos Humanos, no âmbito social e ambiental.

Conforme registrado na Nota Técnica n. 7/2018 da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC, 2018), o objetivo de lucro impõe às administrações das empresas a pressão em minimizar custos e maximizar ganhos, comprimindo investimentos na proteção dos Direitos Humanos, especialmente quando o marco normativo ou a fiscalização das regras existentes são fracos. Assim, sem mecanismo abrangente para impactar os processos decisórios das corporações, a defesa dos Direitos Humanos se manterá em risco diante das demandas econômicas da atividade empresarial.

No plano internacional, conforme contextualizado por Silveira e Almeida (2015), desde o relatório de desenvolvimento humano global do ano de 2000 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, se destacou a atenção especial à contribuição dos atores não estatais no fomento e proteção dos direitos fundamentais, na sociedade globalizada. Tal relatório trouxe a conclusão de que, nesse panorama, as empresas e associações privadas, passaram a ter maior impacto sobre a vida das pessoas e, portanto, o modelo de responsabilidade centrado no Estado deve ser ampliado para alcançar esses novos atores.

Nesse processo, em março de 2011, John Ruggie, designado pelo Secretário-Geral da ONU como representante especial na temática dos Direitos Humanos e empresas, o que, para Ramos (2018), se justificou em razão do tema apresentar controvérsias entre os que defendiam a expansão da interpretação dessas normas para alcançar de maneira direta as empresas e aqueles que defendiam uma "cola-

boração" com as empresas, para a consolidação de uma "cidadania corporativa" mundial.

Como resultado dos trabalhos desenvolvidos, Ruggie apresentou um relatório final, acompanhado de princípios orientadores sobre o tema. Os Princípios de Ruggie, relativos às boas práticas empresariais, foram adotados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU por meio da Resolução 17/4. São 31 Princípios que representam contemporâneo instrumento de Direitos Humanos, embora não constituam um Tratado Internacional, por possuírem caráter de *soft law*.

Os pilares dos Princípios Ruggie agrupam-se em torno de: I. Dever do Estado de proteger os Direitos Humanos (princípios 1 a 10); II. Responsabilidade das empresas de respeitar os Direitos Humanos (princípios 11 a 24); III. Acesso a mecanismos de reparação (princípio 25 a 31).

Tais princípios influenciaram a Agenda 2030 da ONU, especificamente o ODS n° 8 (trabalho decente e crescimento econômico), ODS n° 10 (combate de desigualdades para que os seres humanos possam desfrutar de vida próspera e de plena realização pessoal e que o progresso econômico ocorra em harmonia com a natureza) e o ODS n° 12 (assegurar padrões de produção e consumo sustentáveis).

No contexto nacional contemporâneo, em 2018 houve inserção no ordenamento jurídico brasileiro do Decreto n. 9.571 que estabelece diretrizes nacionais sobre empresas e Direitos Humanos para médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no País, estabelecendo que as microempresas e as empresas de pequeno porte poderão, na medida de suas capacidades, cumprir as Diretrizes de que trata referido Decreto, observado o disposto no artigo 179 da Constituição.

O artigo 1º, §§ 2º e 3º do citado Decreto, dispõe que suas Diretrizes serão implementadas voluntariamente pelas empresas, sendo instituído o Selo "Empresa e Direitos Humanos", às empresas que voluntariamente as implementarem.

Conforme Netto Junior, Weichert e Nunes (2019), as disposições do Decreto n. 9.571/18 confrontam-se com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, uma vez que no sistema jurídico brasileiro, os direitos fundamentais devem não somente apresentar uma eficácia ver-

tical, na relação do indivíduo com o Estado, mas também uma eficácia horizontal, verificada no âmbito das relações privadas, de modo que, evidentemente, sua observância cabe também aos atores privados.

Recentemente as diretrizes nacionais sobre Direitos Humanos e empresas foram reforçadas, com a publicação, em 12 de março de 2020, pelo Conselho Nacional dos Direitos Humanos – CNDH, da Resolução n. 5, que dispõe sobre os parâmetros para uma política pública voltada à matéria, tendo por base as disposições constitucionais, o ODS 8 da Agenda 2030, os Princípios de Ruggie, entre outras diretrizes nacionais e internacionais.

Segundo Silveira e Almeida (2015) entre os desafios na promoção dos Direitos Humanos no contexto social atual, está a reconciliação da economia à sua finalidade, num processo de funcionalização da atividade empresarial e econômica, integrando a filosofia dos Direitos Humanos aos princípios e práticas de gestão.

Em síntese, é necessária a análise dos Direitos Humanos à sua perspectiva econômica, pois se os indivíduos não puderem desfrutar de suas liberdades, a lógica dos mercados não se sustenta.

4. PAPEL INDUTOR DO ESTADO PARA O FORTALECIMENTO DA EMPRESA PRIVADA NA PROMOÇÃO DE UMA SOCIEDADE JUSTA E IGUALITÁRIA

Diante do suposto antagonismo entre atividades empresariais e Direitos Humanos, a sociedade tem, cada vez mais, demandado o aperfeiçoamento dos instrumentos e marcos jurídicos para a proteção e promoção dos Direitos Humanos por parte das empresas (PFDC, 2018), bem como da atuação do Estado com relação à implementação de políticas para o fortalecimento de tal relação, o que se demonstra mais viável sob o aspecto da Administração Pública Concertada, especialmente diante do caráter não vinculativo – ao menos em análise superficial – dos marcos normativos contemporâneos.

Com efeito, o respeito aos Direitos Humanos pelas empresas é consequência, de acordo com Ramos (2018): (1) da eficácia horizontal dos Direitos Humanos, ante o reconhecimento de que esses direitos incidem não somente nas relações entre o Estado e o indivíduo (eficá-

cia vertical), mas também nas relações entre particulares; e (2) da dimensão objetiva dos Direitos Humanos, que são compreendidos como um conjunto de valores que conformam a atuação do Estado, o qual deve agir para promover um respeito a esses direitos contra violações dos agentes públicos ou de particulares.

Considerado como principal diretriz contemporânea sobre Direitos Humanos e empresa, os Princípios Ruggie, compostos por 31 princípios norteadores, são divididos em três categorias: "proteger", "respeitar" e "reparar".

Quanto à força normativa dos Princípios Ruggie, tem-se que constituem *soft law*, ou seja, não criam obrigações vinculante aos Estados. Apesar disso, devem incidir como eixo interpretativo de normas nacionais e internacionais e, além disso, têm o potencial de eventualmente espelhar um costume internacional (RAMOS, 2018).

Internamente, o Estado brasileiro há muito desenvolve iniciativas para a indução do compromisso das empresas privadas com a temática de proteção e respeito aos Direitos Humanos, com destaque ao Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), instituído em 2009; o Programa Nacional de Ações Afirmativas; o Decreto nº 9.427/ 2018, além dos instrumentos mais recentes, já citados, Decreto n. 9.571/2018, Resolução CNDH n. 5/2020.

Silva e Moreira (2010) consideram que o Decreto n. 9.571/2018 se baseia na teoria da reputação, conclusão que advém do fato de não prever qualquer tipo de punição ou fomento para empresas que respeitem os Direitos Humanos e normas do Decreto. Tal voluntariedade leva a crer que o selo será utilizado como salvo conduto, ou ainda, servirão para conceder às empresas um título de comprometida com a gestão responsável, trazendo benefícios reputacionais.

Importante destacar, entre as diretrizes nacionais trazidas pelo Decreto n. 9.571/2018, as que destacam o papel indutor do Estado quanto à gestão socialmente responsável e voltada ao fortalecimento de uma sociedade justa e igualitária:

> Art. 3º A responsabilidade do Estado com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais será pautada pelas seguintes diretrizes:

I - capacitação de servidores públicos sobre a temática de direitos humanos e empresas, com foco nas responsabilidades da administração pública e das empresas, de acordo com os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, principalmente ações de:

a) sensibilização e promoção da educação contínua dos recursos humanos da administração pública para o fortalecimento da cultura em direitos humanos; e

b) capacitação dos recursos humanos da administração pública para o tratamento das violações aos direitos humanos em contexto empresarial, de seus riscos e de seus impactos;

II - fortalecimento da consonância entre políticas públicas e proteção dos direitos humanos;

III - aperfeiçoamento dos mecanismos de transparência e de participação social;

IV - implementação de políticas, normas e incentivos à conduta das empresas quanto aos direitos humanos, por meio de: [...]

V - prioridade de setores com alto potencial de impacto em direitos humanos, tais como os setores extrativo, de varejo e bens de consumo, de infraestrutura, químico e farmacêutico, entre outros;

VI - desenvolvimento de políticas públicas e realização de alterações no ordenamento jurídico, a fim de: [...]

VII - estímulo à adoção, por grandes empresas, de procedimentos adequados de dever de vigilância (due diligence) em direitos humanos;

VIII - orientação da incorporação dos direitos humanos à gestão de riscos de negócios e de parcerias que venha a estabelecer, de modo a subsidiar processos decisórios;

IX - criação de plataformas e fortalecimento de mecanismos de diálogo entre a administração pública, as empresas e a sociedade civil;

X – integração dos direitos humanos ao investimento social, aos projetos de desenvolvimento sustentável para as comunidades impactadas e às políticas de patrocínio;

XI – garantia de condições de trabalho dignas para seus recursos humanos, por meio de ambiente produtivo, com remuneração adequada e em condições de liberdade, equidade e segurança, com estímulo à observância desse objetivo pelas empresas; Ver tópico

XII – combate à discriminação nas relações de trabalho e promoção da valorização da diversidade;

XIII – promoção e apoio às medidas de inclusão e de não discriminação, com criação de programas de incentivos para contratação de grupos vulneráveis;

XIV – estímulo à negociação permanente sobre as condições de trabalho e a resolução de conflitos, a fim de evitar litígios; Ver tópico

XV – aperfeiçoamento dos programas e das políticas públicas de combate ao trabalho infantil e ao trabalho análogo à escravidão;

XVI – estímulo à adoção de códigos de condutas em direitos humanos pelas empresas com as quais estabeleça negócios ou atue em parceria, com estímulo do respeito aos direitos humanos nas relações comerciais e de investimentos estatais;

XVII – garantia de posição de negociação equilibrada com a empresa para os grupos em situação de vulnerabilidade, com garantia de suporte técnico e, sempre que possível, apoio da Defensoria Pública do Distrito Federal, dos Estados e da União;

XVIII – priorização de medidas para grupos em situação de vulnerabilidade e situações severas;

XIX – estímulo à criação de comitês permanentes para combate a desastres em contextos empresariais, o qual regulamentará questões sobre: [...]

XX – monitoramento da recuperação do território impactado por desastre a partir de indicadores capazes de aferir a reparação dos danos nos direitos humanos.

> Parágrafo único. As denúncias de que trata a alínea d do inciso IV do caput serão tratadas por meio de fluxo de atendimento e de resposta públicos e no prazo estabelecido. (BRASIL, 2018)

Relativizando a natureza voluntária das diretrizes nacionais sobre Direitos Humanos e empresas, Netto Junior, Weichert e Nunes (2019) concluem que o caráter vinculante advém da existência de normas cogentes, de forma que jamais pode ocorrer redução de obrigações que abranjam o respeito aos Direitos Humanos, cuja proteção tem matriz na Constituição e em tratados internacionais sobre Direitos Humanos.

Já a Resolução CNDH n. 5/20 igualmente de natureza voluntária, estabelece obrigações do Estado, quanto à proteção dos Direitos Humanos, e das empresas, quanto ao respeito, além de mecanismos de reparação, prevendo que os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, inalienáveis e interdependentes e cabe ao Estado assegurar os instrumentos para sua aplicação.

A partir dos eixos orientadores dispostos na Resolução CNDH n. 5/20, tem-se que os Direitos Humanos devem ter supremacia sobre quaisquer acordos de natureza econômica, especialmente os instrumentos jurídicos de comércio e investimento (CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2020, p. 1).

Muito embora os marcos normativos contemporâneos sobre as relação das empresas no fortalecimento de Direitos Humanos, se apresentem com frágil redação de voluntariedade, os mesmos não podem ser interpretados como redução a tais obrigações, para empresas de todos os portes, o que não ocorreria nem mesmo por normas legais em sentido estrito, por serem premissas constitucionais e supralegais (tratados internacionais), que possuem caráter cogente.

Os Estados devem adotar políticas públicas de efetivo reforço da proteção aos Direitos Humanos diante de atividades empresariais e, instituindo sistemas que limitem o poder das empresas no caminho da relativização dos Direitos Humanos, em favor da priorização do desenvolvimento econômico (PFDC, 2018).

Assim, a partir dos marcos contemporâneos, as obrigações dos Estados perpassam em respeitar, proteger e fomentar tais direitos contra violações cometidas por terceiros, entre eles as empresas privadas, ce-

nário em que cabe atuar na sua atividade-fim de fomento, com papel indutor pela adoção de políticas pertinentes a criar ambientes favoráveis para que as empresas sejam estimuladas a atuarem como agentes de fortalecimento dos Direitos Humanos.

Não se pode olvidar que a evolução dos mecanismos de participação ocorreu de forma simultânea à evolução do fenômeno consensual, aqui apresentada na característica concertada da Administração Pública (MELLO; DANTAS, 2010).

A partir da visão da Administração concertada, o fortalecimento do papel das empresas perante os Direitos Humanos facilita o intercâmbio das melhores práticas, indicando métodos adequados, como auditorias (*due diligence*), utilizando da proximidade entre Estado e empresa, que apresenta meios para induzir o cumprimento das políticas a respeito dos Direitos Humanos, especialmente com relação às empresas que recebam seu apoio ou sejam seus fornecedores.

É necessário que os contratos de prestação de serviços ou a legislação que habilite essa prestação especifiquem que o Estado espera que as empresas respeitem os Direitos Humanos. Os Estados devem se assegurar de sua capacidade de supervisionar efetivamente as atividades das empresas, em especial por meio de mecanismos adequados e independentes de supervisão e de prestação de contas (CONECTAS, 2012).

Como valoroso exemplo de tal norte, atuando com característica de Administração Consensual voltada à indução da relação entre Direitos Humanos e Empresas, vale citar a edição da Portaria n. 350/2019 do Ministério de Direitos Humanos, que institui o Código de Conduta e de Respeito aos Direitos Humanos para Fornecedores de Bens e de Serviços do Ministério dos Direitos Humanos.

A citada Portaria MDH n. 350/2018 tem como finalidade esclarecer o que esse Ministério considera como conduta minimamente ética, sustentável e respeitosa aos Direitos Humanos, esperada de todas as empresas com as quais firma parcerias e contratos, com base nos pilares dos Princípios Ruggie, se apresentando como instrumento apto na indução da adoção da gestão socialmente responsável.

Vê-se então que muito embora as diretrizes contemporâneas afetas à relação entre Direitos Humanos e empresas, possuam caráter volun-

tário e cuja efetividade chega a ser objeto de dúvidas, os instrumentos que vão ao encontro do contexto atual da consensualidade do Estado e da característica da Administração Concertada, já representando considerável passo no atendimento das obrigações do Estado em seu papel de indução da gestão socialmente responsável, promovendo-se os Direitos Humanos Fundamentais, também a partir das relações privadas.

5. CONCLUSÃO

A história recente demonstra que toda atividade empresarial, seja qual for seu porte, traz a potencialidade de gerar impactos positivos ou negativos na sociedade, especialmente quanto às agendas afetas aos Direitos Humanos, como resultado de seus próprios processos, bem como por ações das partes envolvidas, como sócios e colaboradores.

Diante de tal realidade, as diretrizes de proteção dos Direitos Humanos em relação às atividades empresariais avançaram nos últimos anos, trazendo a realidade de o Estado não é o único responsável pela garantia de respeito a eles.

O estudo demonstrou que a atenção às expectativas sociais de gestão socialmente responsável e voltada à proteção dos Direitos Humanos, tem a potencialidade de ampliar a competitividade das empresas privadas, não só com a adoção interna de tais compromissos, mas também pela prestação de contas à sociedade, com o fim de demonstrar as boas práticas nesse sentido, gerando valor social no jogo do mercado e auferindo benefícios financeiros diretos com sua boa reputação, além da redução de riscos.

Nesse contexto, algumas iniciativas buscaram estabelecer diretrizes sobre Direitos Humanos e empresas, com instrumentos para exercício do papel do Estado para o monitoramento, fomento e divulgação dos Direitos Humanos no desempenho da atividade empresarial, para que alcancem papel de vetores de desenvolvimento econômico socialmente responsáveis.

O estudo alcançou sua proposta, concluindo que o suposto antagonismo entre empresas privadas, Direitos Humanos e Estado, requer

a observância, pela administração pública, das diretrizes existentes para a promoção e proteção dos mesmos por parte das empresas.

Por fim, chega-se à conclusão de que embora os atuais marcos jurídicos sobre Direitos Humanos e empresas, especialmente no ordenamento brasileiro, sigam os preceitos de voluntariedade e não vinculação dos Princípios Ruggie, sua aplicabilidade é imediata quanto à atuação da Administração Pública no fomento, divulgação e monitoramento nas atividades empresariais.

É imprescindível que a administração pública se movimente no sentido de implementar as diretrizes, através de atividades de indução, educação e fomento, especialmente quanto à instituição do Selo "Empresa e Direitos Humanos", destinado às empresas que voluntariamente implementarem as Diretrizes de que trata o Decreto n. 9.571/2018, além de outras práticas, como criação de editais para capacitação, prêmios e linhas de créditos específicas para empresas que demonstrem cumprimento das diretrizes nacionais nesta matéria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/649874325/decreto-9571-18. Acesso em 01 junho 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Renovar. 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2019.

BITENCOURT NETO, Eurico. Concertação Administrativa Interorgânica: Direito Administrativo e Organização no Século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Empresas e Direitos Humanos. Parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. Relatório final de John Ruggie – Representante Especial do Secretário Geral. Disponível em: https://www.conectas.org/publicacoes/download/empresas-e-direitos-humanos-parametros-da-onu. 2012. Acesso em: 25 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. Resolução n. 5, de 12 de março de 2020. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/copy_of_Resoluo-DHeempresas.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.

IENSUE, Geziela; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Estado, Mercado e Direitos Humanos Fundamentais: um convite à reflexão da legitimidade a partir da política sobre a economia. Revista de Direito Brasileira. São Paulo. v. 18. n. 7. p. 63 – 81. Set./Dez. 2017.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. 2010. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-logica-do-consenso-na-administracao-publica-contemporanea-em-face-do-paradigma-do-resultado/. Acesso em: 28 junho 2020.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Portaria n. 350, de 20 de novembro de 2018. Disponível em: www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51057848/do1-2018-11-21-portaria-n-350-de-20-de-novembro-de-2018-51057742. Acesso em 28 junho 2020.

NETTO JUNIOR, Edmundo Antonio Dias; WEICHERT, Marlon Alberto; NUNES, Raquel Portugal. A desconstrução do caráter vinculante das normas sobre empresas e Direitos Humanos: da natureza voluntária dos Princípios Ruggie à voluntariedade das diretrizes nacionais. Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas. V. 3. Fevereiro-Julho 2019. p. 10-21.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, p. 303 – 322. Jan./dez. 2009. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859/70467. Acesso em: 24 junho 2020.

PFDC. Nota Técnica n.º 7/2018. A proteção e reparação de Direitos Humanos em relação a atividades empresariais. Brasília, DF, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. As pessoas em primeiro lugar: A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Ricardo Murilo; MOREIRA, Felipe Oswaldo Guerreiro. Compliance para proteção dos Direitos Humanos em empresas. Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas. V. 4. Janeiro-Dezembro 2020.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ALMEIDA, Patrícia Marinez. Empresas e Direitos Humanos. Revista Thesis Juris – São Paulo, V. 4, N. 2, p. 357-372, Maio-Agosto 2015.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira; SANCHES Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini. Direitos Humanos, empresa e desenvolvimento susten-

tável. 2015 Disponível em: https://doaj.org/article/4911110f284e-4dfc9ec1f21755bb4dce. Acesso em 10 junho 2020.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da Silveira; ROCASOLANO Maria Mendez. Direitos Humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

VENTURI, Eliseu Raphael. Proteção, respeito e reparação de Direitos Humanos na atividade empresarial: os Princípios do Relatório Ruggie (2011) e a candente questão dos deveres positivos (prestação). 2017. Disponível em http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/2594/371371386. Acesso em: 30 maio 2020.

ARTIGOS – CORTES CONSTITUCIONAIS

DIREITOS SOCIAIS DAS MULHERES EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA: ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

Rachel Serodio de Menezes

1. Introdução

O presente artigo[10] objetiva contextualizar de forma comparativa a competência do legislador negativo do Supremo Tribunal Federal no Brasil, doravante denominado STF e do Tribunal Constitucional em Portugal, doravante denominado TCP a partir de uma visão clássica do princípio da separação de poderes nos direitos sociais das mulheres em ambos os países.

É trazida a contextualização da formação dos Tribunais Superiores sendo em seguida analisada a forma como a doutrina enxerga as posturas assumidas por ambos quando se trata de direitos sociais das mulheres, ressaltando o engajamento através de luta histórica pelo reconhecimento da equidade de gênero[11].

10 Artigo adaptado do trabalho final apresentado na cadeira de Direito Constitucional do Mestrado em Ciências Jurídicas da UAL/PT – Universidade Autônoma de Lisboa

11 Judith Butler (2010) analisa a separação entre sexo e gênero, partindo do princípio que o sexo representaria o campo anatômico, ou seja, biológico, enquanto o gênero

Através da metodologia de pesquisa dedutiva oriunda da bibliografia colacionada, adentra-se ao estudo das judicializações das agendas políticas dos dois países a partir da ótica dos direitos humanos.

2 O princípio da separação de poderes e a formação do Tribunal Constitucional Português e do Supremo Tribunal Federal (STF)

Fato é que o princípio da separação de poderes não é assunto pacificado quando se adentra a formação dos Tribunais Constitucionais. José Joaquim Gomes Canotilho, inclusive, ressalta que ainda há na doutrina portuguesa debate acerca da natureza do Tribunal Constitucional (CANOTILHO, 2003).

Parte argumenta e afirma que entende tratar-se de órgão de natureza política, tendo em vista, por exemplo, a sua competência extrajurisdicional e a forma de escolha dos seus membros. De outro lado há quem sustente se tratar de um órgão essencialmente jurisdicional, haja vista que aplica o direito à espécie nos processos que lhe são demandados para apreciação legal.

Tem-se o entendimento de Hans Kelsen em contrapartida com o de Carl Schmitt, em que o primeiro define que o princípio da separação de poderes é a efetiva garantia de que os órgãos se regularão de forma plena o que privilegia a implementação de uma justiça constitucional ao passo que o segundo afirmava ser uma ficção uma denominada justiça constitucional por se tratar unicamente de uma "alta instância política" (CORREIA, 2019).

Esmiuçando-se ambos entendimentos se conclui que ambas as funções são peculiares às cortes constitucionais, inerentes a qualquer corte constitucional, uma não eximindo a outra (CANOTILHO, 2003).

Dito isto, baseado nestes dois modelos, implementou-se o sistema misto de justiça constitucional em Portugal através da lei de revisão Constitucional de 1982, tendo o controle difuso na base e o concentrado no topo, o que significa dizer que todo juiz pode decidir sobre

está vinculado ao campo sociocultural.

questões constitucionais nos casos concretos, sendo a última palavra quanto a constitucionalidade de uma norma cabível ao Tribunal Constitucional (CORREIA, 2019).

O semelhante modelo de separação de poderes flexível foi o adotado no Brasil, sendo o mesmo positivado pela Constituição Federal como um dos princípios fundamentais da República e como cláusula pétrea na forma do artigo 60 § 4º, III da Constituição Federal[12], sendo vedada sua extinção por emenda constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, ao contrário do Tribunal Constitucional Português não pode ser considerado em sua essência um verdadeiro Tribunal Constitucional, haja vista que (i) integra o organograma do poder judiciário (ii) possui competência para julgar matérias que não definam apenas constitucionalidade das normas, (iii) não possui competência exclusiva para julgar a constitucionalidade das normas, (iv) seus membros não são escolhidos pelo poder legislativo (v) seus cargos são vitalícios. De todo modo, é de fato a mais alta corte do Brasil (SILVA, 2016).

Em tendo performado na Constituição de 1988 os modelos americano e austríaco de controle de constitucionalidade, de forma mista, o Brasil transformou o Supremo Tribunal Federal - STF em um regulador *in abstracto* dos atos do Legislativo e do Executivo. Ato contínuo, o mesmo tribunal também regula pela via recursal os atos dos demais poderes e entes públicos através do controle in concreto das decisões e normas, concedendo, ao STF, um super poder (ERDERLY, 2005).

3 A evolução do conceito de legislador negativo.

Considerações acima, denota-se que cabe ao Supremo Tribunal Federal no Brasil e ao Tribunal Constitucional em Portugal, em última análise, a proteção da Constituição Federal. Na Constuição Brasileira através do artigo 102 *caput* , e na Constituição Portuguesa, através do artigo 221.

12 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes.

Rui Medeiros assevera que quando um Tribunal Constitucional através do controle concentrado de constitucionalidade declara a inconstitucionalidade de uma norma não estaria neste caso agindo como legislador negativo – nem positivo, mas somente exercendo a sua atividade fim e não legislativa através do respectivo órgão (MEDEIROS, 1999).

Em Portugal ganhou força a crítica de Jeremy Waldron um neozelandês, que se posiciona contra a existência de uma justiça constitucional, afirmando em suma que não se faz necessária a existência de uma justiça, com tribunal e fiscalização, já que se está em um Estado Democrático e seus membros não são eleitos democraticamente pelo povo (NOVAES, 2016).

Para Waldron (apud NOVAES, 2016), há que se considerar precipuamente a legitimidade de um tribunal atuar como se fosse um parlamento, com amplos debates, posições e fundamentos abstratos e sem unanimidades. Não passa pela sua perspectiva a análise detida de uma democracia participativa, devendo o parlamento que aprovou a norma conflituosa nesses casos decidir sobre sua inconstitucionalidade.

No Brasil e em Portugal, em boa parte das decisões proferidas pelo STF e pelo Tribunal Constitucional resta claro que inicialmente não competia a estes Tribunais a inovação e a tomada de decisões políticas, mas tão somente o afastamento de normas que estejam em desacordo com a Constituição desses países (PINHEIRO, 2019).

4 Legislador positivo ou negativo no interesse das minorias?

Como destacado nas linhas acima, os Tribunais Constitucionais, historicamente, são apenas julgadores que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinada lei, sem qualquer ingerência no parlamento, que é quem legisla normas em sentido amplo.

Tal conduta, que dialoga com os estudos de Hans Kelsen (1934), baseia-se na rigidez do princípio da separação de poderes, cabendo aos Tribunais constitucionais tão somente a função do legislador negativo (SILVA, 2016).

Entretanto, a factível representação do Poder Judiciário como instituição pertencente ao Estado Democrático, oriundo da consequente restauração das liberdades e do papel político daquela instituição no mesmo patamar do Poder Legislativo e do Poder Executivo desencadeou demandas estruturais profundas ante os anseios de uma sociedade contemporânea no que se refere ao limite de até onde vai a elasticidade das decisões emanadas pelos Tribunais Constitucionais (BARROSO, 2017).

Essas demandas estruturais profundas denominada constitucionalização acarretaram uma busca maior da justiça em especial no que se refere à questões políticas e sociais, já que a população passou a ver de fato nos tribunais constitucionais uma decisão final efetiva em diversas searas (BARROSO, 2017).

Significa dizer que os Tribunais Constitucionais estão percebendo que há muito não mais apenas declaram a inconstitucionalidade de determinada lei, muito ao revés, ultrapassaram essa função de legislador negativo em percebendo a inércia da regulamentação de determinada norma e estão regulamentando, ou seja, exercendo função de outro Poder, legislando. Consequentemente, estão exercendo a função de legislador positivo, o que por muitas vezes é contestado e denominado como ilegítimo, em que pese o resguardo dos interesses e anseios da sociedade (SILVA, 2016).

Decisões foram proferidas pelo STF onde o referido Tribunal fundamentava suas decisões ou na interpretação conforme a constituição ou sob o argumento de ser legislador negativo.

Por exemplo, em 2012, o STF foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade da lei Maria da Penha (lei 11.340/06), criada e sancionada com o objetivo de punir com mais rigor os agressores contra a mulher no âmbito doméstico e familiar.

Além disso, também foi demandado sobre a interrupção voluntária da gravidez de fetos anencefálicos (alteração dos artigos 124 e 128 do Código Penal) e a inexistência de justa causa em uma interrupção voluntária da gravidez cometido em feto com menos de 3 meses de gestação.

Em Portugal, em que pese no âmbito de violência doméstica o Tribunal Constitucional Português não tenha sido acionado para se

manifestar acerca da constitucionalidade da legislação aplicada, o tema interrupção voluntária da gravidez já foi pauta do nobre órgão constitucional como se verá a seguir.

5 O importante papel dos Tribunais Constitucionais no direito das minorias

a. No Brasil

i. Lei Maria da Penha

Após a edição da lei Maria da Penha (lei 11.340/06), dois casos clássicos de legislador negativo atuou o STF em duas ações de controle concentrado de constitucionalidade, quando ajuizadas perante o referido Tribunal, a fim de modular as decisões como norte aos julgados que evidenciem violências de gênero (RIFIOTIS, 2008)

A primeira foi a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19, ajuizada pela Presidência da República requerendo a declaração da constitucionalidade dos artigos 1º, 16, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006, sob o principal argumento de inexistência de violação ao princípio da igualdade, já que alguns juízes em sede de controle abstrato afirmavam ser a referida lei inconstitucional diante da discriminação dos homens tendo em vista a proteção ser conferida apenas as mulheres.

Outra ação foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.424, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República que requereu a declaração de inconstitucionalidade no inciso I do artigo 12, bem como o teor dos artigos 16 e 41 da lei. O objetivo desta ação era declarar inconstitucional os artigos que condicionavam a representação da mulher para o início do processo penal em processos de violência doméstica e familiar.

A ADC 19 foi julgada procedente por unanimidade, o que significa dizer que o STF declarou constitucional o art. 1º da Lei, refutando a violação do princípio da igualdade e a ADI 4.424 foi também julgada procedente por unanimidade dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006 para definir como de natureza incondicionada a da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão da

lesão, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, nos termos do voto do relator e por maioria em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso.

ii. Interrupção voluntária da gravidez de fetos acometidos de anencefalia

Outro julgamento da Corte brasileira foi a análise da efetiva possibilidade de mulheres interromperem a gravidez de fetos anencefálicos sem serem criminalizadas pelo crime de interrupção voluntária da gravidez.

Foi ajuizada ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, cujo principal argumento era a busca de alívio às gestantes do sofrimento que viviam durante a gestação ao saber que seus filhos viriam rapidamente a óbito em caso de sobreviverem ao parto e a autonomia sobre o seu próprio corpo em detrimento ao do embrião.

A tese de defesa foi abraçada por grupos religiosos, em especial a Igreja Católica, que sumariamente argumentavam o direito à vida, potencialidade de vida extrauterina e que o pedido inicial funcionava como uma espécie de eugenia com o fito de eliminação de seres humanos deficientes para purificar a espécie.

Com fundamento na Lei 9.868 de 1999, o Ministro relator Marco Aurélio de Mello realizou quatro audiências públicas e reuniu a sociedade civil, a comunidade científica e partidos políticos.

Em 2012, reforçando o basilar argumento do constitucionalismo republicano brasileiro no tocante a laicidade do Estado, o STF afirmou que crenças religiosas não poderiam fundamentar o referido julgamento, conferindo então as gestantes o direito, caso quisessem, em antecipar voluntariamente o parto caso o feto sofresse de anencefalia, deixando de configurar crime dos artigos 124 a 128 do Código Penal – interrupção voluntária da gravidez – quem interrompesse a gravidez.

O ministro Ricardo Lewandowski em seu voto argumentou que o STF estaria claramente criando normas atuando como legislador positivo. Por outro lado, em seu voto, destacou o Relator que a obrigação

de manter a gravidez equipare-se ao "cárcere privado em seu próprio corpo", subtraindo por completo sua autodeterminação, o que em última análise nada mais é do que tortura. Ressaltou também o Ministro a dignidade das mulheres e sua privacidade, inexistindo desde aquela data qualquer tipicidade na conduta.

iii. Descriminalização da interrupção voluntária da gravidez

O *Habeas Corpus (HC)* 124.306 de 2016 também de relatoria inicial do Ministro Marco Aurélio Mello, foi impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que não conheceu do HC 290.341/RJ, em que os pacientes, presos em flagrante, eram donos de clínica de interrupção voluntária da gravidez, pelos crimes capitulados nos artigos 126 (interrupção voluntária da gravidez) e 288 (formação de quadrilha) do Código Penal.

Através do voto-vista do novo Relator do Acórdão, Ministro Roberto Barroso, denota-se que além do entendimento vencedor por maioria de que não cabia HC e que não estavam presentes os requisitos necessários para a concessão da prisão cautelar, ainda através da interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126[13], do Código Penal, entendeu por bem excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre da gravidez, uma vez que a criminalização bem como viola seus direitos fundamentais. Foi vencido o Ministro Marco Aurélio.

Ou seja, ao contrário do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 54, que desta vez mudou seu entendimento, percebe-se mais uma vez a atuação do STF como legislador positivo alavancando o ativismo judicial em suas decisões(STRECK 2018).

Os ministros do STF afirmaram na sessão de julgamento que a referida decisão não foi uma ode ou apoio a interrupção voluntária da gravidez, mas que se de fato ela existir, em última análise, deve

13 Interrupção voluntária da gravidez provocado pela gestante ou com seu consentimento - Art. 124 - Provocar interrupção voluntária da gravidez em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Interrupção voluntária da gravidez provocado por terceiro - Art. 126 - Provocar interrupção voluntária da gravidez com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos

ser realizado em menores números e de forma segura. Em seu voto, ainda, o ministro relator detalha que politicas públicas de qualidade dentre elas educação sexual, distribuição de métodos contraceptivos e apoio à mulher são importantes, competindo ao Estado tomar estas providências e não mais impor limites com foco na moralidade à sua liberdade sexual.(LEQUES, 2016).

b. Em Portugal

i. Violência doméstica

Atualmente tem-se a lei 112/2009 que estabelece o regime jurídico aplicável a prevenção de violência doméstica, publicada em anexo a lei 129/2015, estando no âmbito criminal hoje a violência doméstica prevista no artigo 152, 2 do Código Penal.

Em 1º de agosto de 2014 entrou em vigor a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, também conhecida como Convenção de Istambul, sendo Portugal signatário restando afirmado em seu preâmbulo que (i) as mulheres estão expostas a um maior risco de violência de gênero que os homens (ii) homens também são vítimas de violências domésticas, mas as mulheres são as mais atingidas (iii) crianças são vítimas de violência doméstica como testemunhas de violências familiares (DIAS, 2018).

Essa evolução legislativa até então inexistente é reflexo de um percurso exitoso de experiências, desenvolvimentos de aprendizagens e tomada de consciência da multiplicidade de fatores que tornam o assunto sensível e complexo, e que demanda a grandeza dos obstáculos a se superar ao se defrontar com as questões sociais emergentes (DIAS, 2018).

O Tribunal Constitucional Português nunca fora instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da legislação pertinente, não sendo possível, ao contrário do Brasil, levar-se ao órgão pedidos de declarações de inconstitucionalidade aos casos concretos julgados em sede recursal, chegando os processos que versam sobre o tema tão somente aos Tribunais das Relações ou ao Superior Tribunal de Justiça.

O que se denota também é que não há uma legislação híbrida como a Lei Maria da Penha (11340/06) no Brasil, mas sim duas legis-

lações em separado sobre o tema, o Código Penal e a lei de prevenção à violência doméstica.

Assim como no Brasil, alguns juízes ainda relativizavam através de posturas patriarcais a violência e centravam a tipicidade do crime na discussão acerca da reiteração ou singularidade da conduta do agressor (GUERRA, 2020).

De forma a contextualizar que embora o controle constitucional em ambos os países seja diferente, na prática ainda existe muito a se percorrer sobre a violência doméstica. Em julho de 2019 o Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão 133/18.79HRT – A. L1-9 de relatoria da Juiza Felipa Costa Lourenço, deu provimento a um recurso do MP que recorreu requerendo o afastamento de um arguido da casa de morada bem como a mudança do tipo penal a ser indiciado.

Em sua decisão, a magistrada asseverou tratar-se de violência institucional denunciar por injúria um homem que assim tratava diariamente a ex mulher com o objetivo de forçá-la a sair da morada de família com seus 3 filhos e viverem mãe e filhos fora do seu lar, em habitação que não é sua, sem quaisquer condições, estando caracterizado ainda a vitimização secundária que a lei tanto pretende evitar. Restou convenciada a magistrada estar-se diante de um caso de violência doméstica, com evidente violência psicológica e patrimonial, estando a decisão recorrida em total afronta a legislação vigente e a Convenção de Instambul.

Por fim, colaciona-se que o Desembargador da Relação de Porto Neto de Moura, que proferia acórdãos em matéria de violência doméstica desqualificando a violência doméstica sofrida por mulheres, as culpabilizando pelos atos contra elas praticado, foi censurado pelo Conselho Superior de Magistratura e afastado da secção criminal da Relação do Porto e transferido para a sessão civel após mobilização social através de petição com aproximadamente 30 mil assinaturas contra seus atos de violência institucional (CANCIO, 2019).

ii. Interrupção voluntária da gravidez

Ao contrário do Brasil, Portugal tem tido uma evolução constitucionalista progressista no que se refere o direito a interrupção vo-

luntária da gravidez, tendo o Tribunal Constitucional proferido cinco decisões sobre o assunto desde a década de 80.

Em 1984 instado a se manifestar pela Presidência da República em apreciação preventiva de Constitucionalidade acerca da exclusão de ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez chama atenção em sua decisão final a afirmativa do relator que fronteiras separam os poderes e que ainda que o legislador deixe apenas parâmetros no que se refere a direitos fundamentais e sociais, o Tribunal Constitucional só poderá declarar inconstitucional aquilo que fere a ordem constitucional de valores. Na dúvida, deverá o Tribunal partir do princípio presumido de que o legislador respeita a Constituição, cabendo tão somente e ele fazer a interpetração conforme a Constituição.(RUBIO-MARÍN, 2017)

Diversas outras decisões foram detalhadas pelo Tribunal Constitucional. Em 1985, seguindo os passos do ano anterior, aprovou reformas baseadas em oposição à proibição total da interrupção voluntária da gravidez

Em 1998 e 2006 o Tribunal Constitucional foi levado a referendo com a possibilidade de a mulher realizar interrupção voluntária da gravidez até a 10ª semana, acolhendo a introdução legislativa de um modelo de prazos.

Em 2010 o Tribunal Constitucional promoveu o desenvolvimento da lei europeia sobre o interrupção voluntária da gravidez constitucional, validando um modelo de prazos para a mulher refletir, de forma não dissuasiva acerca do interrupção voluntária da gravidez e devendo realizar tratamento posterior a interrupção voluntária da gravidez, baseando-se na Constituição Portuguesa onde se faz necessária tanto a proteção estatal da vida intrauterina, bem como da autonomia reprodutiva das mulheres.

Importante aqui perceber a diferença do tratamento dado pelo STF e Tribunal Constitucional Português, ante a natureza contenciosa do constitucionalismo sobre a interrupção voluntária da gravidez na sociedade hodierna, em especial no que se refere a postura legislativa adotada pela mais alta corte do judiciário do Brasil.

Claro está que a decisão portuguesa de 2010 apoia sobremaneira a interrupção voluntária da gravidez autônoma com base na decisão

única da mulher, buscando o equilíbrio entre sua dignidade e autonomia reprodutiva estando a cargo das políticas públicas estatais alertar que a Constituição de forma alguma banaliza a reprodução humana (RUBIO MARIN, 2017).

6 Judicialização ou ativismo judicial?

Diante dos casos acima pontuados, precisa-se entender o caráter politico da Suprema Corte, inclusive como protetora das liberdades das minorias contra a tirania da maioria, como no dilema de Medison em que não se deve confiar nem a um (maioria) nem a outro (minoria) o poder para definir os limites entre a autotidade democrática e a individual, sob pena de se existir tirania tanto de um quanto de outro (BORK, 2013).

Robert Dahl (2015) afirma que existem dois critérios para se avaliar o papel de uma corte constitucional, o critério majoritário e o critério do certo ou do justo. Entretanto, esses critérios são diferentes e na maior parte das vezes conflitantes.

O ponto nevrálgico aqui não são as decisões em benefício de minorias. Muito ao revés, são a extensão dessas decisões quando o critério legal a ser aplicado é inadequado. Para Dahl, ao não se aceitar a corte constitucional como instituição política cria-se uma crise na separação de poderes e na soberania popular, já que a legitimidade e liberdade de decidir pode se tencionar quando a corte se mostrar contrária a políticas abraçadas pela maioria dominante.

Hirschl (2007) ao estudar a judicialização das questões políticas traz o cenário do surgimento das Cortes Políticas em que se leva ao Tribunal Constitucional de cada país discussões com viés moral, políticas públicas e controvérsias políticas, em especial quando se debate questões de direitos humanos, com o apoio das elites políticas em que pese as cortes decidam de forma contrária a ideologia e aos interesses políticos daquela maoiria.

No Brasil, vive-se esse pêndulo. Se de um lado o STF busca garantir direitos básicos e negados ante uma sociedade escravocrata, elitista, excludente e desigual, de outro é considerado um órgão com

super poderes, tendo alcançado a alcunha de "supremocracia" por Oscar Vilhena Vieira por dois motivos. O primeiro refere-se ao controle concentrado das demais instâncias do judiciário através dos julgados e atualmente, desde 2005, com as súmulas vinculantes e a afetação dos recursos repetidos, e o segundo, refere-se a expansão sobre os demais poderes que a Constituição Federal de 1988 permitiu que o Supremo alcançasse (VIEIRA, 2008)

No Brasil, partidos de oposição e as minorias têm buscado o STF como alternativa na consolidação de seus interesses políticos e sociais em flagrante busca de ativismo judicial, para serem suprido o que através da via eleita não estão logrando êxito (LOUREIRO, 2014).

Fato é que desde antes do revogado Código Civil de 1916 (lei 3071/16) até os dias atuais muito se evoluiu no direito das mulheres em virtude da Judicialização desses mesmos direitos, consagrando-se diante disso no artigo 226º 8º da Constituição Federal de 1988 [14] o compromisso com a igualdade de gênero.

Considerado isso, é importante distinguir a judicialização da política do ativismo judicial, cabendo espaço ao legislador negativo dentro da judicialização, já que essa, diferente de muitos que a igualam ao ativismo refere-se tão somente ao fenômeno de busca do judiciário diante do seu emponderamento institucional como alhures explicado.

O STF tem sido levado por alguns motivos à arena política e não há como evitar ou negar o seu protagonismo, a saber: a possibilidade de fazer revisão judicial, o controle de constitucionalidade – preventivo inclusive, necessidade de se manifestar quando instado, em especial se houver lacuna na lei, competências amplas e restritas em julgados (controle concentrado e difuso). Existe além disso a possibilidade de atuação como competência originária ao julgar aqueles que estão imbuidos de cargos eleitos, como governadores, presidente e deputados.

No Brasil, a forma mista de manter através da Assembléia Nacional Constituinte brasileira (1986 a 1988) a revisão judicial nos moldes da americana, bem como a revisão judicial austríaca, com a ampliação do rol dos legitimados para proporem ações de controle de constitucio-

14 "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

nalidade, permitiu que o Judiciário se tornasse personagem principal nas tomadas de decisões norteadoras do país (BARBOSA, 2015).

Quando permeia um atuação legítima como a que se revela nas atuações como por exemplo na declaração de constitucionalidade de artigos da lei Maria da Penha (lei 11.340/06) e na constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez dos fetos anencefálicos, onde se resguarda direitos fundamentais de forma séria e contra discriminações de gênero, o ativismo judicial que decorre da judicialização constitucional é percebido positivamente pela maior parte de operadores do direito e da sociedade civil.

7 Conclusão

Quando se trata de direito das minorias, e neste trabalho, com o recorte na violência contra a mulher e a interrupção voluntária da gravidez, dúvidas não há que se está diante de uma judicialização de cunho político e social, já que a mulher é levada ao judiciário como sujeito de direito vulnerável e a busca dos processos em si não se dá apenas para suprir a impunidade, mas como forma de efetivação da cidadania destas minorias

O que precisa ser observado é o papel das cortes constitucionais dentro do processo democrático de forma a consolidar a Constituição resguardando valores fundamentais ainda que para isso se faça necessária uma postura ativista para suprir a lacuna temporal de um anseio social, garantindo a função social do direito seja arbitrando conflitos entre os poderes ou também entre os poderes e a sociedade civil.

Cabe a Corte Constitucional manter o equilíbrio das crises existentes entre os poderes bem como entre os poderes e a sociedade de forma a consolidar a supremacia da Constituição, devendo se valer não só do papel de legislador negativo, mas também de legislador positivo de forma expansiva e proativa a fim de quando colocados direitos sociais das minorias, dentre eles os direitos das mulheres.

Este trabalho contribui para comprovar a necessidade de diferentes atuações do Tribunal Constitucional Português e do STF para salvaguardar a efetividade de garantias constitucionais para as minorias,

sinalizando caminhos para luta por garantia de direitos humanos de grupos políticos minoritários que estejam excluídos da agenda política do país.

8- Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado.** 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010. ISBN 978-85-309-3106-3.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **O silêncio dos incumbentes: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil.** Recife, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização. **Ativismo judicial e Legitimidade Democrática** Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf.

BARROSO, Luís Roberto. **Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies**. Revista Direito e Práxis, *Ahead of print,* Rio de Janeiro, 2017. [Consult. 10 jun. 2020] Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas cortes.pdf.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf.

BORK, Robert H, **The Temping of America, the Political Seduction of the law**, New York, First Touchsstone Edition, 1991, apud Dialogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a Interpertração da Constituição. São Paulo, 2013. Disponível em https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/

tde-19022014161546/publico/Sergio_Antonio_Ferreira_Victor_Tese_2013.pdf.

BRASIL. **Acórdão do *Habeas Corpus (HC)* 124.306**, [Consult. 01 dez. 2019]. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf.

BRASIL**. ADPF 54** – Ementa, acórdão, relatório e extrato da ata (compl.). .[Consult. 01 dez. 2019]. Disponível em http://www.sbdp.org.br/material/adpf-54-ementa-acordao-relatorio-e-extrato-da-ata.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Em linha].[Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848,** DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.[Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL. **Lei 11.340**, de 2006 [Consult. 22 nov. 2019]. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm.

BRASIL. **Lei 9.868**, de 1999 [Consult. 22 nov. 2019] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm.

BRASIL. **Relatório de voto** do Ministro Marco Aurelio. [Consult. 30 nov. 2019]. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497.

BRASIL. **Relatório de voto** do Ministro Marco Aurelio. [Consult. 30 nov. 2019]. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143.

BRASIL. **Relatório de voto** do Ministro Marco Aurelio. [Consult. 30 nov. 2019]. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf .

BRASIL. **Relatório de voto** do Ministro Ricardo Lewandowsk. [Consult. 01 dez. 2019] Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf.

BRASIL. **Representação 1417** de relatoria do Ministro Moreira Alves. [Consult. 01 dez. 2019] Disponível em http://portal.stf.jus.br/

BUTLER, Judith & KNUDSEN, Patrícia Porchat Pereira da Silva. **Conversando sobre psicanálise: entrevista com Judith Butler.** Estudos Feministas. Vol. 18, No. 1 (janeiro-abril - 2010), pp. 161-170

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CÂNCIO, Fernanda. **Anterior decisão do juiz da Horta levou Relação a falar de "violência institucional"**. Diário de Noticias. [Consult. 30 mai. 2019] Disponível em https://www.dn.pt/pais/relacao-de-lisboa-acusa-tribunal-acoriano-de-violencia-institucional-e-de-vitimizacao-secundaria-11119218.html**.**

COELHO, Renata. **A EVOLUÇÃO JURÍDICA DA CIDADANIA DA MULHER BRASILEIRA – breves notas para marcar o dia 24 de fevereiro, quando publicado o Código Eleitoral de 1932 e os 90 anos do voto precursor de Celina** Viana. 2018. [Consult. 10 jun. 2020] Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojurdicadacidadaniada-mulherbrasileira_RenataCoelho.pdf.

CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**. 2ª edição, Coimbra. Editora Almedina, 2019.

DAHL, Robert. **Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker.** Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, 279-295, 1957., apud O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO POLICY-MAKER: ENTRE A

SOBERANIA DO PARLAMENTO E A SUPREMACIA DA CONSTITUICAO Leon Victor de Queiroz Barbosa, Conexão Política, Teresina v. 4, n. 1, 65 79, jan./jun. 2015 em http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/2782/2015_barbosa_supremo_tribunal_federal.pdf?sequence=1&isAllowed=y , consulta realizada em 30 de novembro de 2019.

DIAS, Isabel. **Violência doméstica de gênero – uma abordagem multidisciplinar.** Pactor, 2018.

ERDERLY, Maria Fernanda. **Especialista diz que Constituição deu superpoder ao STF**. Revista Consultor Jurídico, 23 de outubro de 2005.[Consult. 24 nov. 2019]. Disponível em https://www.conjur.com.br/2005-out-23/especialista_constituicao_deu_superpoder_stf.

GARCIA, Fernanda Mathias de Souza e HORBACH, Carlos Bastide. **Supremo Tribunal Federal Relatório 2012/2013.** Garcia e Carlos Bastide. [Consult. 30 nov. 2019] Disponível em https://institutoiib.org/supremo-tribunal/.

GUERRA, Paulo (Coordenação). **Violência Doméstica, implicações sociologicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno, Manual Multidisciplinar.** CEJ. [Consult. 20 mai. 2020]. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitucionalism.** Cambridge, Harvard University Press, 2007. 296 páginas apud As origens e consequências da judicialização da política, Maria Rita Loureiro Revista Brasileira de Ciências Sociais ISSN 0102-690 Rev. bras. Ci. Soc. vol.29 no.84 in São Paulo Feb.2014. [Consult. 01 dez. 2019]. Disponível em http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092014000100012

LENZA, Pedro.**Direito Constitucional Esquematizado.** 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07916-8.

LEQUES, Rossana Brum. **O Interrupção voluntária da gravidez e a decisão do supremo tribunal federal.** Disponível em https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/411017568/o-interrupção voluntária da gravidez-e-a-decisao-do-supremo-tribunal-federal.

LOUREIRO, Maria Rita. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** ISSN 0102-690 Rev. bras. Ci. Soc. vol.29 no.84 in São Paulo Feb.2014 http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092014000100012. [Consult. 01 dez. 2019].

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

NOVAES, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria**, Coimbra, 2006, pag 17 e seg em Jorge Reis Novaes, Em defesa do Tribunal Constitucional, resposta aos críticos, Almedina, 2016.

PINHEIRO, Victor Marcel. **O STF como legislador negativo**. .[Consult. 30 nov. 2019]. Disponível em http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/90_Victor-Marcel-pinheiro.pdf.

PORTUGAL. **Acórdão nº 25/84**, Tribunal Constitucional 1984, Acórdãos do Tribunal Constitucional II, 7 [Consult. 30 nov. 2019] Disponível em https://dre.pt/application/conteudo/751774.

PORTUGAL. **Acórdão nº 85/85**, Tribunal Constitucional, Acórdãos do Tribunal Constitucional V. 245.

PORTUGAL. **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa - Processo 133/18.7T9HRT-A.L1-9**. [Consult. 20 mai. 2020]. Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9c1982ad209d550c80258438004e1b1f?OpenDocument

PORTUGAL. **Acórdão nº 288/98**, Tribunal Constitucional 1998, nst 117. 833|. [Consult. 30 nov. 2019] Disponível em https://dre.pt/pesquisa/-/search/666482/details/maximized.

PORTUGAL. **Acórdão nº 617/2006**, Tribunal Constitucional 2006, Diário da República I Serie. [Consult. 30 nov. 2019] Disponível em https://dre.pt/pesquisa/-/search/379696/details/maximized.

PORTUGAL. **Acórdão nº 75/2010** DO, 2ª serie, nº 60, de 26 de março de 2010, pag 15567/15605. [Consult. 30 nov. 2019] Disponível em https://dre.pt/application/conteudo/2670436.

PORTUGAL. **Código Penal Português**. [Consult. 30 mai. 2019] (http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080626_10.pdf).

PORTUGAL**. Constituição Portuguesa**. [Consult. 20 nov. 2019]. Disponível em https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx

PORTUGAL. **Lei 112**, de 2009. [Consult. 30 mai. 2020]. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1138&tabela=leis&so_miolo=.

RIBEIRO, Julio de Melo. Interpretação conforme à Constituição A lei fundamental como vetor hermenêutico, **Revista de Informação Legislativa** 170. .[Consult. 30 nov. 2019]. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194954/000881712.pdf.

RIFIOTIS, Theophilos. **Judiciarização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a 'violência conjugal' e a 'violência intrafamiliar'**. Rev. Katál. Florianópolis v. 11 n. 2. jul./dez. 2008.

RUBIO-MARÍN, Ruth, **Interrupção voluntária da gravidez em Portugal: novas tendências no constitucionalismo europeu.** Universidad de Sevilla. Sevilha – Espanha Revista Direito GV *On-line version* ISSN 2317-6172, Rev. direito GV vol.13 no.1 São Paulo Jan./Apr. 2017. [Consult. 01 dez. 2019] Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100356.

SILVA, Leo Dias da. **O STF: legislador negativo?**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4798, Agosto de 2016. [Consult. 22 nov. 2019]. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/51390.

SOUZA, Tomaz Luanna. **A judicialização como tematização da violência doméstica e familiar cometida contra a mulher em Belém**. FAZENDO GÊNERO-8: CORPO,VIOLÊNCIA E PODER. UFPA/Faculdade ideal, 2008. [Consult. 30 nov. 2019] Disponível em:http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST62/Luanna_Tomaz_de_Souza_62.pdf.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamento, uma radiografia do STF**. Editora Forense, Rio de Janeiro. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**, Revista Diretiro GV, São Paulo Jul-Dez 2008.

CASO Nº 12.728 – DECISÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH): ÍNDIOS XUCURUS E SEUS MEMBROS VS. BRASIL

Marli Aparecida Da Silva Siqueira
Danielle Karolinne Weiler De Siqueira
Eduarda Paola Weiler De Siqueira

1. NORMAS EM PROL DOS ÍNDIOS E DAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Segundo o com o artigo 2°, §4° do Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, é assegurado às populações indígenas o direito à posse das terras que ocupam ou que lhes sejam atribuídas pelas com legislações que disciplinem o regime tutelar.

Conforme o artigo 2°, inciso IX, do Estatuto do Índio, Lei Nº 6.001, de 19 de Dezembro de 1973 é garantido aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Carta Magna, a posse permanente das terras que habitam, sendo reconhecido o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes na terra em que habitam.

Além disso, pelos artigos 3° e 4° do Estatuto do Índio (acima citado) tem-se que:

> Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

> I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;
>
> II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.
>
> Art. 4º Os índios são considerados:
>
> I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;
>
> II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;
>
> III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Assim, pelo artigo 17 do Estatuto do Índio, são consideradas terras indígenas: as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas (os artigos 4°, IV e 198 da Constituição Federal); as áreas reservadas (capítulo III desse estatuto) bem como, as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Expõe o artigo 18, do referido diploma que as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta.

Outrossim, o artigo 19 declara que a demarcação das terras indígenas se dará por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assis-

tência do índio, em conformidade com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo. A demarcação deverá ser homologada pelo Presidente da República. Porém, contra a demarcação não caberá a concessão de interdito possessório sendo, nesse sentido, facultado a quem interessar recorrer via ação petitória ou demarcatória.

Ressalta-se que consoante o artigo 21 do referido Estatuto do índio as terras abandonadas, de modo espontâneo e definitivo, por comunidade indígena reverterão, mediante proposta do órgão federal e ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União.

O artigo 22, por sua vez, declara que aos índios ou silvícolas cabe a posse permanente das terras que habitam bem como, o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as riquezas existentes naquelas terras. Desta forma, as terras por eles ocupadas serão bens inalienáveis da União.

Importante mencionar que o reconhecimento da posse das terras independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, de acordo com o artigo 25.

Aduz o artigo 26 que a União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios. Contudo, essas não confundem com as de posse das tribos indígenas, que podem ser organizadas da seguinte forma: a) reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena.

Nesse sentido, cita-se os seguintes conceitos extraídos do Estatuto do índio:

> Art. 27. Reserva indígena é uma área destinada a servidor de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.
>
> Art. 28. Parque indígena é a área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região.
>
> (...)
>
> Art. 29. Colônia agrícola indígena é a área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao

> índio, onde convivam tribos aculturadas e membros da comunidade nacional.
>
> Art. 30. Território federal indígena é a unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formado por índios.

Em contrapartida, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nas disposições da legislação civil, são de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, segundo o artigo 32.

Do mesmo modo, os artigos 34 e 35 expõe que cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas. Poderá, ainda, esse órgão solicitar a colaboração das Forças armadas e auxiliares e da polícia federal para efetiva proteção dos direitos.

Entretanto, de acordo com os artigos 36 e 37, a União pode adotar medidas administrativas ou propor, por intermédio do Ministério Público Federal, as medidas adequadas para proteção da posse dos silvícolas. Além disso os grupos tribais ou as comunidades indígenas são legítimas para pedir em juízo a defesa dos seus direitos, cabendo, inclusive, a assistência do órgão de proteção ao índio ou do Ministério Público Federal.

Por fim, importante mencionar o artigo 38, o qual prevê que as terras indígenas são inusucapíveis, ou seja, não são suscetíveis ao instituto da posse e sobre elas não poderão cair a desapropriação.

2. CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS CONDENA BRASIL POR VIOLAR DIREITOS INDÍGENAS

A comunidade Xucuru é localizada na Serra do Ororubá, no agreste de Pernambuco. No ano de 2010 existiam 12.139 indivíduos habitando uma das aldeias existentes na Serra e em bairros no município de Pesqueira (PHILIPPINI, 2018).

Importante mencionar que, os índios Xucurus são formados em sua maioria por mestiços resultante da colonização ocorrido na região

no século 17. Todavia, as suas terras começaram a ser invadidas pois os índios eram utilizados para a criação de gado e para a agricultura.

As invasões aumentaram no século 19 e foram realizadas em sua maioria por descendentes das famílias tradicionais da região. Esse processo com a Lei de Terras de 1850 foi agravado. Baseado nisso, os invasores começaram a requerer a extinção da comunidade Xucuru (PHILIPPINI, 2018).

De modo consequente, no ano de 1879, sob ordem do governo imperial, o aldeamento foi extinto e os índios Xucurus se espalharam. Contudo, no século 20 os índios Xucurus começaram a se mobilizar pela (RE)aquisição das terras originárias e proteção de seus direitos. Assim, começaram a pressionar o Serviço de Proteção ao índio (SPI). Entretanto, mesmo com o estabelecimento, em 1954, de um posto de Serviço de Proteção os conflitos continuavam.

A posteriori, foi promulgado, em 1973, o Estatuto do Índio. A partir do qual, a comunidade Xucuru passou a reivindicar a propriedade de suas terras. Conquanto, apenas no ano de 1989 o processo administrativo de demarcação foi iniciado, através da Portaria n°218/1989 mas, não foi finalizado.

Importante mencionar que, o esse processo só teve início após as pressões do Líder Cacique Xicão e, somente em 2001 houve a homologação dos 27.555 hectares nos quais a comunidade Xucuru vivia.

Desta forma, no ano de 2002 o Movimento Nacional de Direitos Humanos/ Regional Nordeste, o Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares e o Conselho Indigenista Missionário iniciaram o Caso N°12.728 com o peticionamento a CIDH sobre a violação dos direitos do povo Xucuru. Importante mencionar que, o governo brasileiro levou 16 anos (1989 a 2005) para reconhecer a titularidade das terras bem como, demarcá-las. Além disso, infelizmente, houve atraso na retirada dos invasores do local.

Divulgado em julho de 2015 o relatório caso aduz que o Brasil era responsável pelas violações de direitos dos Xucurus. Assim, foram feitas recomendações que, infelizmente, não foram totalmente cumpridas.

A Comissão publicou o Relatório N° 44/15 (PHILIPPINI, 2018):

(...) o Brasil era internacionalmente responsável pela violação do direito à propriedade coletiva, integridade pessoal, propriedade coletiva, às garantias judiciais e à proteção judicial, em detrimento da comunidade indígena Xukuru.

Segundo apurado, os Xukurus buscam o reconhecimento das terras de seus ancestrais desde meados do século 19, no entanto foi somente no ano de 1989 que teve início o processo administrativo de identificação e demarcação da área, embasado na Lei nº 6.001, de 19 de setembro de 1973 (Estatuto dos Índios), na Constituição Federal de 1988 e nos seguintes decretos: nº 94.945/87, 22/1991 e 1.775/1996.

Sob clima tenso e inseguro devido à significativa e contínua presença de não indígenas nas terras dos Xukurus, o processo administrativo, à época, necessitava passar por cinco etapas: "I) identificação e delimitação; II) contestação de terceiros interessados; III) decisão do ministro da Justiça; IV) homologação por Decreto do presidente da República; e V) registro da terra indígena" (COMISSÃO..., 2015, p. 3).

A primeira etapa iniciou-se ainda no ano de 1989 com o Relatório de Identificação da Fundação Nacional do Índio (Funai) definindo uma área de 26.980 hectares. Três anos após a identificação, o ministro da Justiça confirmou a delimitação do território, em que pese o fato de aproximadamente 70% dessa área estar ocupada por não indígenas (COMISSÃO..., 2015).

De 1992 a 1995 o processo não evoluiu, assim como não foram adotadas medidas para retirada dos não indígenas do território dos Xukurus, o que favoreceu a impetração do Mandado de Segurança nº 4.802/97 pelos não índios no Superior Tribunal de Justiça, tendo com fundamento o novo decreto de demarcação. Como consequência, o processo administrativo voltou à etapa inicial com a determinação de uma nova identificação e demarcação.

Somente no ano de 2001 foi promulgado o Decreto presidencial de 30 de abril de 2001 homologando a demarcação

> do território Xukuru como correspondendo a uma área de 27.055,0583 hectares.
>
> Em que pese a existência do Decreto, o Cartório de Registro de Imóveis da cidade de Pesqueira recusou-se a proceder à última etapa do processo administrativo e interpôs a Ação de Suscitação de Dúvidas, autos nº 0012334-51.2002.4.05.8300, distribuído na 12ª Vara Federal de Pernambuco.
>
> Paralelamente a isso, foram propostas pelos não indígenas uma Ação de Reintegração de Posse e uma Ação Anulatória do Processo Administrativo de Demarcação.
>
> Observa-se, todavia, que como a Ação de Suscitação de Dúvidas foi rejeitada no ano de 2005, o território demarcado foi registrado como propriedade da União para posse permanente do povo Xukuru.

Observa-se que o Brasil violou o artigo 23° da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – direito de propriedade; o artigo 21° da Convenção Americana (Decreto N°678 de 1992) – direito à propriedade privada e; o artigo 5° da referida Convenção – direito à integridade pessoal.

Em contrapartida, no ano de 2002 o Brasil ratificou a Convenção N°169 sobre povos indígenas nos países independentes da OIT, o qual obrigou o Estado a adotar medidas especiais para garantir aos povos indígenas o gozo efetivo dos seus direitos e das suas liberdades fundamentais. Salienta-se que, a Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) levou em consideração a Convenção N°169 (artigos 21 e 29) para análise do caso dos índios Xucurus.

Acerca disso, cita-se parte (fatos) do resumo oficial emitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2018):

> O processo de regularização das terras, com o objetivo de cadastrar os ocupantes não indígenas, foi iniciado em 1989, com os estudos de identificação, e foi concluído em 2007, resultando em 624 áreas cadastradas. O procedimento de pagamento de indenizações por benfeitorias de boa-fé teve início em

2001, e o último pagamento foi efetuado em 2013, concluindo a indenização de 523 ocupantes não indígenas. Das 101 terras restantes, 19 pertenciam aos próprios indígenas, restando, então, 82 áreas que eram propriedade de não indígenas. Dessas 82 áreas, 75 foram ocupadas pelos Xucuru entre 1992 e 2012. Até a data de emissão da Sentença, 45 ex-ocupantes não indígenas não haviam recebido sua indenização e, segundo o Estado, estão em comunicação com as autoridades para receber os respectivos pagamentos por benfeitorias de boa-fé. Além disso, seis ocupantes não indígenas permanecem dentro do território indígena Xucuru.

Em março de 1992, um proprietário apresentou a ação de reintegração de posse em detrimento do povo indígena Xucuru e da União, a respeito de uma fazenda de aproximadamente 300 hectares, localizada no território indígena Xucuru. Em 17 de julho de 1998, foi proferida uma sentença a favor dos ocupantes não indígenas. Posteriormente, foram apresentados recursos de apelação, que foram julgados improcedentes em segunda instância. A sentença adquiriu força de coisa julgada em 28 de Março de 2014. Em 10 de março de 2016, a FUNAI interpôs uma ação rescisória para anular a sentença, decisão que ainda segue pendente.

Em contrapartida, em fevereiro de 2002, outros proprietários interpuseram uma ação ordinária, solicitando a anulação do processo administrativo de demarcação de cinco imóveis localizados no território identificado como parte da terra indígena Xucuru. Em 1° de junho de 2010, a 12ª Vara Federal de Pernambuco decidiu, em primeira instância, que a ação ordinária era parcialmente procedente, determinando que os autores tinham o direito de receber indenização da FUNAI. A FUNAI e a União recorreram da sentença junto ao Tribunal Regional da 5ª Região, que reconheceu vícios no processo de demarcação do território indígena Xucuru, mas não declarou sua nulidade em virtude da gravidade dessa medida, mas determinou o pagamento de indenização por "perdas e danos" a favor dos demandantes. Em 7 de dezembro

> de 2012, a FUNAI interpôs um recurso especial junto ao STJ e um recurso extraordinário junto ao STF. As decisões do STJ e do STF continuam pendentes.

Destarte, percebe-se que a corte compreendeu em favor da ofensa aos direitos de propriedade pertinentes ao povo Xucuru. Assim, recomendou a demarcação das terras aos membros indígenas com o objetivo de continuar a vida de modo pacífico.

No tocante ao mérito a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2018) compreendeu que:

> No presente caso, o Tribunal observou que existia uma controvérsia entre as partes quanto ao alcance das obrigações internacionais no Brasil. Em especial, tanto a comissão com os representantes alegaram um agravo ao direito de propriedade coletiva pela falta de segurança jurídica em duas vertentes; por um lado, i) sobre o direito de propriedade a respeito do território Xucuru e a falta de eficácia das ações realizadas pelo Estado para efetuar o registro e a titulação do território; e, por outro, ii) sobre a falta de segurança jurídica no uso e gozo da propriedade, em decorrência da demora na desintrusão do território. Em virtude do exposto, a Corte realizou considerações sobre o alcance das obrigações decorrentes de dever geral de garantia a respeito do artigo 21 da convenção bem como sua relação com a noção de "segurança jurídica", à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com o objetivo de determinar se as ações e as alegadas omissões do Estado comprometem sua responsabilidade internacional pelo descumprimento da obrigação geral antes citada, bem como pela ineficácia dos processos administrativos.
>
> (...)
>
> A controvérsia, no presente caso, versou, portanto, sobre determinar se as ações executadas pelo Estado no caso concreto foram efetivas para garantir esse reconhecimento de direitos e o impacto que sobre ela teve a demora dos processos.

No que se refere ao prazo razoável do processo, o Tribunal considerou que havia suficientes elementos para concluir que a demora do processo administrativo foi excessiva, em especial a homologação e a titulação do território Xucuru. Do mesmo modo, o tempo transcorrido para que o Estado realizasse a desintrusão do território titulado é injustificável. Nesse sentido, a Corte considerou que o Estado violou o direito à garantia judicial de prazo razoável, reconhecido no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento.

A respeito da alegada falta de cumprimento das obrigações positivas para garantir o direito à propriedade, e à falta de segurança jurídica sobre o uso e gozo pacífico dos territórios tradicionais do povo Xucuru derivadas da falta de sua desintrusão, a Corte reconheceu que o povo Xucuru contou com o reconhecimento formal da propriedade coletiva de seus territórios desde novembro de 2005, mas considerou que não há até hoje segurança jurídica sobre seus direitos à totalidade do território. No que tange às ações interpostas por terceiros não indígenas, a Corte reconheceu que o Estado não tem responsabilidade direta por elas. No entanto, a demora excessiva no processamento e resolução dessas ações gerou um impacto adicional sobre a frágil segurança jurídica do povo Xucuru em relação à propriedade de seu território ancestral.

Portanto, o Tribunal concluiu que o processo administrativo de titulação, demarcação e desintrusão do território indígena Xucuru foi parcialmente ineficaz. Por outro lado, a demora na resolução das ações interpostas por terceiros não indígenas afetou a segurança jurídica do direito de propriedade do Povo Indígena Xucuru. Nesse sentido, a Corte considerou que o Estado violou o direito à proteção judicial e o direito à propriedade coletiva, reconhecidos nos artigos 25 e 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento.

Em relação ao alegado descumprimento do dever de adotar disposições de direito interno, previsto no artigo 2º da Con-

venção Americana, a Corte considerou que nem a Comissão nem os representantes apresentaram argumentos suficientes que lhe possibilitem determinar qual norma poderia estar em conflito com a Convenção, muito menos como essa eventual norma impactou de maneira negativa o processo de titulação, reconhecimento e desintrusão do território Xucuru, de maneira que a Corte concluiu que o Estado não é responsável pelo descumprimento deste dever.

Sobre a alegada violação ao direito à integridade do povo indígena e seus membros, a Corte considerou que, embora tenha sido possível constatar a existência de um contexto de tensão e violência durante determinados períodos do processo de titulação, demarcação e desintrusão do território indígena Xucuru, não foi possível concluir que o Estado tenha violado o direito à integridade pessoal, estabelecido no artigo 5.1 da Convenção Americana.

IV. Reparações

Com respeito às reparações, a Corte estabeleceu que sua Sentença constitui por si mesma uma forma de reparação e, adicionalmente, ordenou ao Estado:

i) garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território;

ii) concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses;

iii) realizar as publicações indicadas na Sentença;

iv) pagar as quantias fixadas na Sentença, a título de custas e indenizações por dano imaterial; e

v) no prazo de um ano, contado a partir da notificação da Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento.

Posto isto, conclui-se que, o caso dos índios Xucurus se relaciona a violação do direito à propriedade coletiva pelos seguintes motivos: a) demora na delimitação e regularização das terras do povo indígena Xucuru; b) violação de direitos e garantias e proteções judiciais bem como; c) a morosidade na resolução das ações civis iniciadas por não indígenas à respeito da limitação do território.

Assim sendo, em decisão publicada no dia 12 de Março de 2018, o Brasil foi condenado por violação aos direitos dos índios Xucurus bem como, a desrespeito ao artigo 25 da Declaração Americana e a garantia judicial de um prazo razoável. De igual modo, o País foi condenado a finalizar a demarcação das terras localizadas na Serra do Orubá.

Salienta-se que, com essa decisão o Brasil tinha o prazo máximo de 18 meses para cumprir as determinações da Corte. Além disso, no prazo de 12 meses deveria mostrar relatórios sobre as medidas tomadas em prol do povo Xucuru.

Desta forma, no ano de 2019, mais especificamente em Dezembro, ocorreu a redação do acordo de cumprimento de sentença para proceder ao pagamento da indenização devida aos índios Xucurus. Posteriormente, em fevereiro de 2020, a Ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Sra. Damares Regina Alves assinou o referido acordo e depositou na conta da Associação Xucuru a indenização de US$ 1 Milhão. Originando, assim, o Fundo de Desenvolvimento Comunitário para o Povo Xucuru. Acentua-se, por fim que com o referido acordo, a Associação Xucuru deverá prestar, anualmente, contas sobre o empenho do recurso financeiro recebido.

CONCLUSÃO

Tendo em vista os aspectos acima observados tem-se que foi a primeira vez que o Brasil foi condenado pela Corte Internacional por

violar direitos dos índios Xucurus à propriedade coletiva e à garantia e à proteção judicial. Ressalta-se que o governo brasileiro demorou 16 anos, entre 1989 e 2005, para reconhecer a titularidade e demarcar as terras da comunidade Xucuru.

Nesse sentido, observa-se que a sentença constitui uma forma de reparação as violações contra os índios. Ordenou, assim que o Estado deveria: a) garantir o direito de propriedade coletiva do povo Xucuru; b) concluir em prazo menor de 18 meses o processo de retirada das pessoas do território Xucuru; c) cumprir as publicações da sentença; d) pagar indenizações e as custas bem como; e) apresentar relatório sobre as medidas adotadas no prazo de 12 meses.

Assim, como exposto no presente artigo, o Brasil redigiu em Dezembro de 2019 o Acordo de Cumprimento de Sentença para proceder o pagamento da indenização devida à Comunidade Xucuru. Posteriormente, em Fevereiro de 2020 a Ministra Sra. Damares Reginal Alves, assinou o Acordo de cumprimento de sentença resultando no depositando da indenização de US$ 1 milhão. Ressalta-se que deverá ser prestado, anualmente, as contas sobre o empenho do recurso financeiro recebido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASSETTO, Marcelo Eduardo Rossitto; KONNO, Alyne Yumi. **O caso do povo indígena perante a comissão interamericana de direitos humanos.** Disponível em:< https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/231>. Acesso em: 15 de Junho de 2020.

BATISTA, Júlia Gabrielle de Lima. **LITÍGIO ESTRATÉGICO NO SIDH: A narrativa e prática de atores no caso Povo Indígena Xucuru**. Disponível em: < http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/03/JuliaBatista.pdf> Acesso em 15 de Junho de 2020.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Diário Oficial [da] República Fe-**

derativa do Brasil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de Junho de 2020.

BRASIL. **Convenção 169 OIT sobre Povos indígenas e tribais**. Decreto n° 5.051, de 19 de Abril de 2004. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 15 de Junho de 2020.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Decreto n° 678, de 06 de Novembro de 1992. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 de Junho de 2020.

BRASIL. **LEI Nº 4.504, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1964**. Estatuto da Terra. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acesso em: 07 de Junho de 2020.

BRASIL. **LEI Nº 6.001, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973.** Estatuto do Índio. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm> Acesso em: 07 de Junho de 2020.

BRASIL. **PORTARIA N° 301, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2018**. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em:< http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/40731783/do1-2018-09-13-portaria-n-301-de-6-de-setembro-de-2018-40731592>. Acesso em 17 de Junho de 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório N°44/15, Caso 12.728: Relatório de Mérito, Povo indígena Xucuru, Brasil**. Organização dos Estados Americanos, 2015. Disponível em:<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>. Acesso em 15 de Junho de 2020.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Povo Xukuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos. Disponível em: <** https://cimi.org.br/2020/02/povo-xukuru--recebe-indenizacao-do-governo-federal-como-sentenca-da-ci-dh-que-condenou-o-estado-por-violacoes-de-direitos-humanos/> Acesso em: 15 de Junho de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros Vs. Brasil Sentença de 5 de Fevereiro de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas) Resumo Oficial Emitido Pela Corte Interamericana**. Disponível em:< http://www.itamaraty.gov.br/images/2018/RESUMO-Sentenca-Povo-Xucuru.pdf>. Acesso em: 12 de Junho de 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018**. Disponível em:< https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>. Acesso em: 12 de Junho de 2020.

COSTA, Alexandre. **As alterações no procedimento judicial do usucapião em face do anteprojeto do novo Código de Processo Civil.** Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/32018/as-alteracoes-no-procedimento-judicial-do-usucapiao-em-face-do-anteprojeto-do-novo-codigo-de-processo-civil/3#:~:text=Anteriormente%20ao%20C%C3%B3digo%20Civil%20de,suscet%C3%ADveis%20ao%20instituto%20da%20posse.> Acesso em: 07 de Junho de 2020.

GUEDES, Íris Pereira; LARA, Leonardo Severo de; SCHÄFER, Gilberto. **Territórios indígenas: Repercussões do SIDH no Direito Brasileiro**. Disponível em: < https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/34177>. Acesso em: 15 de Junho de 2020.

ONU. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá; 1948. Disponível em:< http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html> Acessado em: 15 de Junho de 2020.

PHILIPPINI, Ana Claudia Moreira Miguel. **Responsabilidade do Estado Brasileiro perante os direitos dos indígenas: O caso da Tribo Xucuru**. Disponível em:< https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/6340> Acesso em: 15 de Junho de 2020.

PROCURADORIA – GERAL DA REPÚBLICA. **Corte Interamericana de Direitos Humanos condena Brasil por violação de direitos de índios no caso Xucuru**. Disponível em:< http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/corte-interamericana-de-direitos-humanos-condena-brasil-por-violacao-de-direitos-de-indios-no-caso-xucuru> Acesso em 15 de Junho de 2020.

CORTES CONSTITUCIONAIS E CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Denise Tanaka dos Santos

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de um tema importante e atual no cenário internacional que está se transformando e repercutindo de forma direta nas relações sociais *lato sensu*: as cortes constitucionais e as cortes internacionais de direitos humanos.

Abordar-se-ão para tanto, de forma breve, alguns pontos de intersecção entre as cortes constitucionais e as cortes internacionais de direitos humanos notadamente no que se refere aos seguintes tópicos: a) o direito internacional de direitos humanos e os sistemas interamericano e brasileiro de proteção, b) os diálogos entre as cortes com sucintas reflexões sobre o cenário do porvir para os direitos humanos.

Relevante destacar que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a hermenêutica adotada pelas cortes constitucionais e internacionais de direitos humanos deverá, na medida do possível, estar em harmonia com o direito internacional de direitos humanos, com o sistema normativo de direitos humanos, tanto no ordenamento jurídico internacional, quanto no ordenamento jurídico interno de um Estado, notadamente para os grupos mais vulneráveis, em um sistema aberto e prospectivo, que possa absorver todas as mudanças globais da

era contemporânea na busca da paz. Essa é a proposta deste trabalho e é o que analisaremos a seguir.

2 O direito internacional de direitos humanos e os sistemas interamericano e brasileiro de proteção

2.1 Noções históricas do direito internacional e do direito internacional dos direitos humanos

Inicialmente, para se abordar alguns pontos de intersecção entre as cortes constitucionais e as cortes internacionais de direitos humanos, mister inserir o tema proposto no quadro do direito internacional dos direitos humanos e do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

No que se refere ao direito internacional público ou o direito das gentes, suas origens históricas surgiram na Antiguidade. Contudo, a partir de um corte epistemológico, segundo Hildebrando Accioly (2010, *passim*), o direito internacional passa a ser objeto da ciência jurídica com os Tratados de Munster e Osnabruck, atualmente duas cidades alemãs, também chamados de Paz de Vestfália, que puseram fim à Guerra dos Oitenta Anos, assinados em 30 de janeiro de 1648.

Nesse período histórico, cumpre destacar o holandês Hugo de Groot, considerado um dos fundadores do direito internacional a partir do direito natural.

Os documentos internacionais decorrentes da Paz de Vestfália inauguraram uma noção inicial de paz, fundamentada no equilíbrio do poder para soluções de controvérsias entre Estados, cuja ideia de paz foi aprofundada no Congresso de Viena, em 1815, e no Tratado de Versailles, em 1919, que encerrou oficialmente a 1ª Grande Guerra e criou a Liga das Nações.

Pois bem. No ambiente da Liga das Nações surgiu, em 1921, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional ou a Corte Permanente de Justiça Internacional. A sede do Tribunal até os dias atuais está instalada no Palácio da Paz, em Den Haag, nos Países Baixos. Em 1946, naquele momento sob a égide da ONU, passou a ser chamado de Tribunal Internacional de Justiça.

Já no contexto do final da 2ª Grande Guerra, aparece no cenário mundial sinais de uma nova era, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, com seus Pactos subsequentes e a criação das Organizações das Nações Unidas ONU. A noção de direitos humanos como resposta às atrocidades da Segunda Guerra inaugurou uma nova perspectiva internacional, especialmente com a inserção da pessoa humana como sujeito de direitos (LIMA, 1974, *passim*).

A partir da criação da ONU surgiram novas cortes internacionais, notadamente no que se refere aos direitos humanos, objeto deste trabalho, tais como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em 1959, com sede em Estrasburgo, cuja base normativa é a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Para nós, nos termos deste trabalho, cumpre destacar o sistema interamericano de direitos humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. É o que passaremos a tratar.

2.2 O sistema interamericano e brasileiro de proteção dos direitos humanos

Após essa breve inserção histórica sobre o direito internacional e o direito internacional dos direitos humanos, partimos para uma sucinta análise do sistema interamericano e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O sistema interamericano foi criado pelo Carta da Organização dos Estados Americanos, em 1948, chamada de Carta de Bogotá, entrando em vigor a partir de 1951.

Nessa linha, surgiu a Convenção Americana de Direitos Humanos CADH, no ano de 1969, com entrada em vigor em 1978. O Brasil ratificou essa Convenção com a promulgação do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, chamado de Pacto de São José da Costa Rica.

De forma sucinta, o sistema interamericano de proteção de direitos humanos possui dois Órgãos competentes: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos CIDH com função consultiva e a Corte Interamericana de Direitos Humanos CorteIDH com atribuição contenciosa. A sentença da Corte é definitiva e inapelável impondo ao Estado condenado o cumprimento da decisão, nos termos do artigo 68

da Convenção Americana "os Estados-parte comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes".

De outra banda, o sistema brasileiro de proteção dos direitos humanos, no que tangencia a corte constitucional brasileira, consta especialmente na Constituição Federal de 1988.

Importante lembrar que o rol de direitos fundamentais dispostos no art. 5º, da Carta Política brasileira, corresponde aos termos dos documentos normativos constantes na Declaração Universal dos Direitos do Homem DUDH, de 1948.

A corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, segundo o art. 101, da Constituição de 1988, compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. No art. 102, determina-se que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal é a corte constitucional brasileira que será analisada de forma conjugada com as cortes internacionais de direitos humanos, em especial com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3 Diálogos entre as cortes constitucionais e as cortes internacionais de direitos humanos

Com base no breve incurso anterior sobre o direito internacional de direitos humanos e os sistemas interamericano e brasileiro de proteção, faremos uma breve análise sobre os diálogos entre as cortes constitucionais e as cortes internacionais de direitos humanos.

Como visto anteriormente o Supremo Tribunal Federal é a corte constitucional brasileira que pode ser analisada de forma conjugada com as cortes internacionais de direitos humanos, em especial com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Neste ponto cabe uma reflexão: como harmonizar a expansão dos direitos e dos direitos humanos no cenário mundial contemporâneo? Como contextualizar os valores e os fatos globalizados sem fronteiras que se transformam em uma velocidade exponencial? Como adequar os efeitos de Pandemias mundiais que modifi-

cam todas as relações internacionais e internas? Como construir um sistema jurídico aberto e prospectivo com ordenamentos jurídicos harmônicos que busquem a paz?

Para se pensar nessas questões, passemos à ciência jurídica. Um dos problemas que circundam a função social da ciência do ordenamento jurídico é a decidibilidade do poder. Assim, é importante o papel da ciência jurídica e a tarefa do jurista ao analisar as decisões do poder, propondo respostas aptas a solucionar problemas sociais com caminhos que causem a menor perturbação social, notadamente nestes tempos de tantas incertezas.

A jurista Maria Helena Diniz (2009, p. 1-12) ensina que a ciência é um complexo de enunciados verdadeiros, rigorosamente fundados e demonstrados, com um sentido limitado, dirigido a determinado objeto. No mesmo sentido, ciência jurídica trata do conhecimento do direito governado por um método, que fixará as bases da sua sistematização. É uma atividade intelectual destinada à aquisição do conhecimento do direito.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 68-69), por sua vez, assevera que a ciência jurídica passa a ser um construído sistemático da razão e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da realidade, com o método sistemática e o método crítico-avaliativo.

Na era moderna, o jurista ao construir os sistemas normativos passa a ser a teoria para o estabelecimento da paz, a paz do bem-estar social para a manutenção da paz e da vida mais agradável possível dando ao direito um sentido instrumental.

Norberto Bobbio (2007, p. 19-24) aborda a função promocional do direito para suplantar a disparidade entre a teoria geral do direito como é e a mesma teoria como deveria ser, em um universo social em constante movimento. O jurista entende por função promocional a ação que o direito desenvolve pelo instrumento das sanções positivas, por mecanismos entendidos como incentivos cuja finalidade não é o controle de atos socialmente indesejados e sim o de promover a realização de atos socialmente desejáveis.

De acordo com a função social da ciência do direito pode-se pensar na construção de um sistema jurídico que busque a harmonização

dos ordenamentos jurídicos e das decisões das cortes constitucionais e das cortes internacionais de direitos humanos, com a finalidade de em síntese buscar a paz.

Há indicações doutrinárias que circundam esses problemas contemporâneos como a ideia de transconstitucionalismo, do Estado internacional cooperativo, da revisitação das fontes de direito internacional que parecem ser insuficientes para as questões internacionais dos dias atuais, dentre tantas outras. O que parece ser certo é que o estado das coisas demonstra sinais de grandes transformações em todas as áreas que se possa imaginar.

Além desses aspectos, vale a pena destacar as palavras de Marcelo Neves (NEVES, 2020) acerca de casos transnacionais que envolvem comunidades indígenas com exigência de um transconstitucionalismo unilateral de tolerância e de aprendizado, na medida em que a estrutura das coletividades nativas próprias de um aspecto antropológico-cultural demanda mais do que a simples outorga unilateral de direitos humanos.

Nos dias atuais, os direitos humanos podem ser vistos como direito à integridade de corpo e de alma do homem, por uma multiplicidade de processos de comunicação anônimos e independentes, atualmente globalizados.

Por fim, apesar de haver inúmeros casos de precedentes e de diálogos entre o Supremo Tribunal Federal, como corte constitucional brasileira, e as cortes internacionais de direitos humanos, em especial com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, apresentamos o caso a seguir.

O caso refere-se ao artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos que dispõe sobre o direito à propriedade privada, toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. A propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

A Carta brasileira de 1988 dispõe nos incisos I e XI, do art. 20, que não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto (Súmula 650 STF, aprovada em 24-9-2003). A decisão da corte constitucional afirmou que não se trata

de um privilégio de usar a terra, o qual pode ser cassado pelo Estado ou superado por direitos à propriedade de terceiros, mas um direito dos integrantes de povos indígenas e tribais de obter a titulação de seu território, a fim de garantir o uso e gozo permanentes dessa terra, nos termos da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O caso foi objeto de decisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos CorteIDH: Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 5-2-2018. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescritíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda as que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições dos não-índios". Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia.

> Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parelha com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, ARTIGO 21 75 imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). [STF. Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, P, j. 19-3-2009, DJE de 25-9-2009, republicação no DJE de 1º-7-2010.] Pouco importa que no caso brasileiro a propriedade das terras indígenas seja da União (art. 21, XI, CR/1988). E assim é porque, segundo a decisão, o art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (...) que pode ser subordinado pela lei ao interesse social, deve ser interpretado como abrangente dos direitos dos índios às suas terras, na forma de sua ocupação tradicional e seu enfoque coletivo. [STF. Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, voto do min. Menezes Direito, P, j. 19-3-2009, DJE de 25-9-2009, republicação no DJE de 1º-7-2010.]

Neste momento cabem algumas reflexões e CONSIDERAÇÕES FINAIS acerca do direito internacional dos direitos humanos e dos sistemas interamericano e brasileiro de proteção bem como das cortes constitucionais e das cortes internacionais de direitos humanos sobre o cenário do porvir.

A evolução histórica do direito internacional e do direito internacional de direitos humanos passou por uma série de avanços e retrocessos, sendo certo que o ciclo histórico depende de diálogos entre todos os sujeitos envolvidos, inclusive com tolerância e com aprendizado, para se buscar a paz.

A construção do sistema de proteção dos direitos humanos e dos ordenamentos jurídicos pode ser pensada como um sistema aberto e prospectivo. Para que assim possa minimamente absorver todas as transformações globais e possa buscar a harmonização do sistema jurídico, com vistas a causar a menor perturbação social para a paz.

O porvir sinaliza que os desafios não acabaram. Há sinais de grandes incertezas no horizonte da humanidade.

Diante desse quadro, a comunidade internacional, as cortes constitucionais, as cortes internacionais de direitos humanos, têm a oportunidade de buscar a reconstrução de um mundo melhor, com mais cooperação internacional, com mais tolerância, com mais aprendizado, com mais solidariedade, com mais interdependência, enfim, buscando a dignidade da pessoa humana e a sobrevivência do planeta para a sobrevivência da própria humanidade.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público.* 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALERA, Wagner. *A paz é possível.* Org. Wagner Balera. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. *As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos em texto integral.* Compiladores Wagner Balera, Juliana Melo Tsuruda. São Paulo: PUCSP, 2017.

_____. Coord. *Comentários a declaração universal dos direitos do homem.* Brasília: Fortium, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.* Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS CIDH. *Convenção Americana de Direitos Humanos.* Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 21.jun.20.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica.* 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Dicionário Jurídico.* V. 4. 2ª. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUERRA, Paola Cantarini; GUERRA FILHO, Willis. *Os direitos fundamentais não são direitos humanos positivados.* RIDH. Bauru, v. 7, n.2, p. 195-214, jul./dez., 2019. (13).

LIMA, Alceu Amoroso. *Os direitos do homem e o homem sem direitos.* Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

NEVES, Marcelo. *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina.* Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf. Acesso em 21.jun.20.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. *Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques *Discours sur les sciences et les arts. In.*: Rousseau, Jean-Jacques, Oeuvres complètes, tomo III (Paris: Gallimard, col. «Bibliothèque de la Pléiade», 1964.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL STF. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/ConvenoAmericanasobreDireitosHumanos10.9.2018.pdf. Acesso em 21.jun.20.

PROCESSO ESTRUTURAL E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS COMPLEXAS: A BUSCA DE UM MODELO PROCEDIMENTAL ADEQUADO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DE CORTES CONSTITUCIONAIS

Luiz Alberto Pereira Ribeiro
Lucas Mantovani Chiquetti
Julia Lonardoni Ramos

INTRODUÇÃO

No âmbito de um determinado tipo específico de processo coletivo, a implementação da sentença exige que o Judiciário avance nas ações de certas áreas e instituições de outros ramos do poder público. Estes são os chamados "litígios de reforma estrutural", um fenômeno cada vez mais crescente no Brasil. A principal característica desses processos judiciais é que estes lidam com questões intimamente relacionadas a diferentes tipos de políticas públicas e levam à imposição de ordens complexas, tanto em termos de definição de seus contornos quanto em termos de execução.

Como se argumentará, a eficácia dos julgamentos de reforma estrutural é condicionada por dois tipos de dificuldades. Em primeiro lugar, devido à suposta interferência que seu cumprimento supõe em

relação aos poderes discricionários dos outros ramos do governo. Denominar-se-á essa restrição de dificuldade política. Em segundo lugar, devido à ausência de regulamentos adequados para atuar judicialmente em disputas coletivas que exigem esse tipo de solução para sua resolução adequada. Este segundo condicionador, denominar-se-á de dificuldade processual.

A decisão proferida pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (CSJN) no caso "Verbitsky" e "*Mendonza*", a Suprema Corte Colombiana no "*Caso de los desplazados en Colombia"* e o Caso *"UPAC*, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 formam bons exemplos desse tipo de processo – denominado estrutural, da sentença que resulta deles e dos dois tipos de dificuldades apontados há pouco. Por esse motivo, eles serão tomados especialmente como ponto de referência ao longo do trabalho, tanto para desenvolver o escopo dessas dificuldades quanto para apresentar algumas alternativas criadas pelas Cortes para superá-las.

Através da análise proposta, é possível reconhecer: por um lado, a legitimidade democrática do Judiciário para emitir sentenças de reforma estrutural; por outro lado, a necessidade urgente de sancionar normas adequadas em relação ao processo estrutural, a fim de permitir que essas decisões sejam efetivas e possa levar a resultados concretos para seus beneficiários (geralmente grupos desfavorecidos e relegados à discussão institucional).

1 PROCESSO COLETIVO DE REFORMA ESTRUTURAL

A compreensão no tocante aos provimentos judiciais decisórios enquanto atos de adjudicação de direitos[15] passa por nova etapa no

15 Assim, quando da adjudicação (aplicação), o magistrado, partindo de uma interpretação construtiva, direcionará seu esforço para a prolação de um ato decisório de aprimorar as questões jurídicas, ultrapassando a superficialidade dos fatos e da suposta norma aplicável, de modo que haja um ajustamento à comunidade, considerando seu passado e projetando a decisão também para o futuro, permitindo que essa decisão seja elemento constitutivo de um espaço jurígeno democrático, onde haja fortalecimento de um espírito de pertença dos participantes da comunidade a ela própria, o que traz legitimidade à decisão emanada do Estado.

âmbito da processualística contemporânea. Tipicamente, percebia-se a presença do processo subjetivo, o micro litígio e os conflitos individuais como um padrão. Todavia, hodiernamente, dentro dos novos paradigmas do processo civil contemporâneo, a mesma situação já não mais se verifica (BARCELLOS, 2007).

Os conflitos em massa, os danos coletivos e decisões que ultrapassam a tradicional leitura de institutos como o princípio da congruência, além do próprio papel desempenhado pelo juiz em tempos contemporâneos, desafiam a discussão de meios e modos capazes de atingir, a um só tempo, a efetividade que se espera dos direitos fundamentais e a máxima plenitude das disposições constitucionais (BARCELLOS, 2007).

Tribunais e juízes, através de suas atuações criativas, por intermédio das chamadas decisões estruturais, podem transformar a realidade social e até mesmo auxiliar na concretização e garantia dos direitos previstos na Constituição Cidadã de 1998. Não obstante, é cediço que a utilização dessas medidas estruturais potencializa a efetividade do provimento jurisdicional em momento de mudanças sociais, contribuindo para o alcance da tutela dos direitos, tida como o fim do processo civil (ARENHART, 2013).

Nesse ínterim, não se pode olvidar que a função típica do Poder Judiciário se resume apenas os conflitos de caráter individual – micro jurisdição. Independentemente de fiel observância ao quadrante normativo positivado, com frequência vão além, estabelecendo a forma da execução do decidido, ademais de normatizarem, por vezes, todo um setor ou segmento social, na busca pelo fiel comprimento do decidido. O contencioso da reforma estrutural poderia ser interpretado de maneira muito usual como os novos mecanismos utilizados pelos Tribunais Constitucionais que buscam solucionar problemas coletivos ou violações sistemáticas devido a falhas estruturais de natureza muito complexa (BORBA, 2008).

Como dito, esse tipo de processo configura uma espécie do tipo de processos coletivos. Suas raízes mais importantes podem ser encontradas na legislação dos EUA[16], onde as injunções estruturais foram

16 Nos Estados Unidos da América, os litígios de reforma institucional ou estrutural são uma realidade na práxis jurisprudencial há mais de 50 anos. É importante observar que,

descritas como um fenômeno moderno nascido de uma necessidade gerada pelo desenvolvimento da lei constitucional (VIOLIN, 2017).

O momento histórico de maior desenvolvimento de fenômeno ocorreu com a experiência dos direitos civis dos anos 60[17]. Tanto que, naquela época, a liminar foi estabelecida como a via processual por excelência para realizar a reforma de várias instituições burocráticas, como prisões, unidades de saúde mental e escolas com problemas de segregação racial, entre outras (FISS, 1978).

O nome estrutural das sentenças proferidas nesses processos[18] é dado pelo fato de que, através delas, as Cortes Constitucionais (através do Direito Comparado) estão envolvidos na gestão de estruturas burocráticas e assumem um certo nível de supervisão sobre diversas políticas e práticas institucionais (ARENHART, 2013).

A denominação estrutural das sentenças proferidas nesses processos é dada pelo fato de que, por meio delas, o Poder Judiciário envolve-se na gestão de estruturas burocráticas e assumem um certo nível de supervisão sobre políticas e práticas institucionais de vários tipos (VITORELLI, 2016).

---

em termos gerais, esse litígio é considerado muito apreciado pela sociedade americana, apesar de apresentar muitas desvantagens. Na opinião de alguns autores, essa estimativa é baseada em algumas percepções equivocadas. Uma delas é que os juízes controlam os processos de reforma estrutural. Nesse sentido, afirma-se que "as pessoas ignoram os fracassos porque respeitam mais os juízes do que respeitam o Estado e os políticos locais. Pensa-se que os juízes tenham a sabedoria, a inteligência e as boas intenções necessárias para colocar as coisas nos lugares certos" (FISS, 1978).

17 Desenvolvimento que não foi fácil por duas razões fundamentais. Em primeiro lugar, devido ao desconhecimento dos juízes sobre o comportamento organizacional; e, segundo, pela incrível capacidade das organizações de se adaptarem às intervenções, restabelecendo relações de poder pré-existentes.

18 Sobre o escopo da noção de injeções como remédio de capital no sistema federal dos EUA, ver FISS, Owen M. "A liminar do direito civil", Indiana University Press, Bloomington & London, 1978 [identificando três tipos de liminares: I) preventivo, que visa impedir que certos eventos ocorram no futuro; (ii) reparadora, que busca obrigar o réu a assumir certa conduta para corrigir os efeitos de atos ilícitos ocorridos no passado; e (iii) estrutural (estrutural), que visa reorganizar uma instituição social ativa]. Deve-se notar que, como explica a BERGALLO, na tradição jurídica de nosso país não existe um conceito equivalente ao que é entendido pelos remédios nos Estados Unidos.

É importante destacar que, como regra geral, nesse tipo de sentença, os juízes não estabelecem analiticamente e com antecedência todas as atividades que devem ser realizadas pelo réu para satisfazer a reivindicação do demandante reconhecida na decisão. Em vez disso, o que geralmente fazem é indicar os resultados que a execução deve produzir e, em qualquer caso, estabelecer os critérios gerais que devem ser respeitados para esse fim (BORBA, 2008).

Os elementos comuns aos litígios de direito público acima mencionados, que culminam em sentenças estruturais, são os que: a) afetam um grande número de pessoas que, por si só ou por meio de organizações que os representam em tribunal, ocasionando violações de direitos; b) envolver vários órgãos públicos, responsáveis pelas falhas persistentes das políticas públicas que contribuem para essas violações de direitos; c) implica exigências judiciais de natureza estrutural, ou seja, ordens de cumprimento obrigatório pelas quais os tribunais instruem esses órgãos públicos a agir de maneira coordenada, a fim de proteger toda a população afetados e não apenas os autores específicos do caso (RODRÍGUEZ; RODRÍGUEZ, 2015).

Nos julgamentos estruturais, o juiz vai além da solução de um caso específico, pois, dada a existência de problemas gerais e repetidos que envolvem violações sistemáticas dos direitos fundamentais contra um número indeterminado de pessoas, ele se esforça para dar-lhes eficácia e força regulamentos da Constituição (RODRÍGUEZ; RODRÍGUEZ, 2015).

São essas características da ordem contida no julgamento que tornam possível diferenciar os processos coletivos de reforma estrutural aqueles processos coletivos comuns. O que justifica a distinção, portanto, não é apenas o fato de que seu objeto envolve a necessidade de discutir uma determinada política pública, mas, principalmente, insisto, o tipo de mandato que resulta da discussão. Ou seja, o tipo de remédio que o Judiciário deve estabelecer e implementar para resolver o caso (GARAVITO, 2013).

Partindo dessa abordagem conceitual do fenômeno do litígio de reforma estrutural e dos julgamentos deles decorrentes, prosseguir-se-á agora nos dois tipos de dificuldades que condicionam sua eficácia.

2. O PROCESSO ESTRUTURAL: ANÁLISE DA DIFICULDADE POLÍTICA E PROCEDIMENTAL

A princípio, deve-se concordar que os casos constitucionais discutidos pela Corte Suprema de *Justicia de la Nación* Argentina (CSJN) no caso *Verbitsky* e *Mendonza*, a Suprema Corte Colombiana no *Caso de los desplazados en Colombia* e Caso UPAC, o Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 demonstrou a dificuldade de remediar o problema estrutural que desencadeou a discussão de tais assuntos nos Tribunais Internacionais.

Nesta ordem, a partir dos casos assinalados, foi necessário estabelecer um tipo de diálogo com a administração pública para avançar progressivamente no cumprimento da decisão, pois eram necessárias reformas profundas que dificilmente poderiam ser realizadas pelo Judiciário sem a colaboração dos condenados (RODRÍGUEZ; RODRÍGUEZ, 2015).

Nesse contexto, o limite dos poderes de ação do Poder Judiciário em relação à administração pública configura uma das dificuldades que afetam diretamente a execução de fases coletivas de natureza estrutural. É uma dificuldade que, neste trabalho, denominar-se-á de "dificuldade política" e que deve ser analisada com base em duas premissas.

A primeira é o lugar dos processos coletivos no contexto da dinâmica do poder estatal. A segunda, intimamente relacionado ao anterior, é a legitimidade democrática de que o Poder Judiciário deve atuar nesse campo - apesar de seus membros não serem eleitos por sufrágio popular (CANELA JUNIOR, 2011).

Para entender o alcance dessa dificuldade procedimental, deve-se partir do fato de que o Brasil, ao promulgar a Constituição Federal de 1988, reconheceu a existência de direitos de incidência coletiva. A natureza excepcional desses processos coletivos é evidente[19]. Entre

19 Existem diferentes maneiras de enfrentar conflitos coletivos, a fim de economizar recursos e obter soluções uniformes para um grupo de pessoas que estão em uma situação semelhante em relação ao acusado. O mais interessante dos modelos representativos é que eles também funcionam como uma ferramenta importante para acessar a justiça quando as reivindicações são baixas e, portanto, não geram incentivos sufi-

outras razões, isso se deve às particularidades do modelo representativo e às questões relacionadas ao impacto das decisões nele tomadas (GISMONDI, 2018).

Nessa ordem de ideias, deve-se ter em mente que os conflitos discutidos coletivamente envolvem um grande número de pessoas, são de natureza policêntrica e, portanto, sua resolução tem um impacto direto ou indireto extraordinário em setores importantes da sociedade - quando não estão em conflito (BARROSO, 2018).

Da mesma forma, deve-se considerar que as decisões tomadas na sede judicial sobre esse tipo de conflito têm características muito especiais que as diferenciam em grande parte das decisões coletivas tomadas no âmbito dos demais poderes do Estado. Primeiro, eles são o resultado de uma discussão desenvolvida com base em regras formais de debate que colocam as partes em pé de igualdade[20]. Segundo, devem necessariamente se basear na lei e não podem ser justificados por diretrizes

---

cientes para serem promovidos individualmente. A primeira nota característica deste modelo representativo é que ele trabalha com base em uma ficção jurídica: considerar presentes no processo os membros da classe que são representados pelo coletivo legitimado. Além disso, em certos casos - principalmente aqueles que incluem reivindicações de um objeto indivisível -, o representante tem o poder de agir em nome de membros da classe que podem discordar francamente do andamento da ação. A segunda nota característica desse tipo de processo é que a qualidade do caso julgado dos efeitos da sentença obtida pela legitimidade coletiva é projetada, em princípio, para toda a classe envolvida no conflito. A maneira pela qual essa expansão da res judicata opera pode ser mais ou menos drástica, dependendo do tipo de sistema adotado nesse sentido (*pro et contra, secundum eventum litis*, etc.). De qualquer forma, a verdade é que sempre existe algum tipo de coisa julgada coletiva e, portanto as pessoas incluídas na classe serão afetadas por sua situação pelas ações de representantes (e de um advogado ou grupo de advogados) que eles não escolheram, que talvez não conheçam e que mesmo, em certas ocasiões eles possam até agir contra a vontade expressa de algumas das pessoas que eles representam. Em geral, veja GIANNINI, Leandro "A proteção coletiva de direitos individuais homogêneos", Librería Editora Platense, La Plata, 2007; SALGADO, José M. "Tutela individual homogênea", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, VERBIC, Francisco "Processos Coletivos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

20 Sobre a distinção entre regras, princípios e diretrizes políticas, ver DWORKIN, Ronald "Levando os direitos a sério", 1977, tradução para o espanhol de Marta Guastavino "Os direitos a sério", Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1º. edição, 1984, especialmente pp. 72 e ss, pp. 147 e segs., P. 232 e p. 303.

políticas. Finalmente, as decisões proferidas em juízo são imutáveis em virtude da qualidade julgada dos efeitos das sentenças (JOBIM, 2016).

Se levar em conta que os conflitos coletivos eram tradicionalmente discutidos e resolvidos nas arenas da estrutura do Estado com legitimação democrática majoritária (ou seja, o Poder Legislativo e o Poder Executivo), não é difícil perceber a profunda mudança de paradigma que pretendia começar fazer o mesmo no Judiciário, especialmente quando esses processos coletivos envolvem reivindicações que buscam controlar o escopo ou a implementação de determinadas políticas públicas que violam os direitos dos cidadãos (OSUNA, 2015).

E ainda mais quando esse controle impõe o cumprimento de ordens complexas e contínuas ao longo do tempo, como acontece em os processos coletivos de reforma estrutural. O aspecto mais delicado da questão é que tudo isso significa uma modificação relevante na dinâmica das relações entre os três ramos do Estado. E isso, por sua vez, gerou (e gera) discussões importantes em torno da legitimidade política e dos limites do Judiciário para atuar nesse campo (CAMPOS, 2016).

De acordo com o que foi afirmado até agora, e à luz da experiência jurisprudencial dos últimos anos, parece claro que, na dinâmica do poder público, os processos coletivos operam como um instrumento para controlar e desafiar diretamente a autoridade do Estado.

Nessa faceta de seu relacionamento com o Estado (uma vez que, em vários contextos, os processos coletivos operam como aliados do poder público) canais judiciais coletivos atuam como uma verdadeira ferramenta para a participação do cidadão na sociedade.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 reconhecer importantes garantias para a realização dos direitos de certos grupos de pessoas (que, como demonstrou-se, também pôs em xeque os paradigmas tradicionais em torno de como certos conflitos de natureza coletiva deveriam ser discutidos e resolvidos), o processo legislativo não acompanhou a evolução como deveria (JOBIM, 2017).

Se a falta de regulamentação adequada sobre o assunto é um problema sério no contexto de processos coletivos comuns (para nomeá-los de alguma maneira que nos permita diferenciá-los dos processos coletivos de reforma estrutural), isso configura um problema muito mais crítico mesmo quando a reivindicação promovida pelo coletivo

legitimado traz consigo a necessidade de o Judiciário se envolver na marcha e na administração da administração pública por meio de ordens de reforma estrutural (GRAVITO, 2013).

O processo civil tradicional não é adequado para debater esses tipos de questões. Essa falta de adequação é o que necessariamente leva a decisões rotuladas como sem legitimidade democrática, o que é bastante razoável (JOBIM, 2017).

Como a sociedade e os demais poderes do Estado percebem como legítima uma decisão ditada na escuridão e no sigilo de um arquivo escrito, como resultado de um debate entre poucos, sem imediatismo com o juiz ou audiências públicas, sem mecanismos de intervenção e participação social, sem ferramentas de publicidade para garantir transparência e controle sobre a discussão?

Embora o Judiciário não possua legitimidade majoritária em nosso sistema, isso não significa que não tenha legitimidade democrática para atuar em campo de processos coletivos.

O principal desafio que temos pela frente é minimizar a dificuldade política na implementação de decisões de reforma estrutural, além de melhorar o sistema processual, gerando mecanismos que otimizam o diálogo entre as diferentes funções do governo e permitir que as decisões sejam implementadas com maior grau de discussão prévia, publicidade, participação, transparência e consenso (DANTAS, 2017).

Não obstante, tem-se também o que neste trabalho foi denominado de "dificuldade procedimental", percebida nas leis que contemplam algumas disposições sobre a questão coletiva: a Lei Geral do Meio Ambiente nº 6.938/81 e o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90. Nos dois casos, no entanto, as previsões são manifestamente insuficientes para alcançar soluções adequadas e estão longe de formar uma regulamentação sistêmica da questão (DANTAS, 2017).

É importante ressaltar que que nenhuma das duas leis mencionadas acima contém disposições relevantes sobre a execução de sentenças estruturais, nem confere poderes discricionários adequados o juiz para trabalhar nesse campo específico (DANTAS, 2017).

Essa falta de regulamentação de uma estrutura legal adequada para gerenciar decisões complexas configura o que neste trabalho denomi-

nar-se-á de dificuldade processual, que os juízes devem superar para alcançar uma sentença coletiva estrutural eficaz.

Antes de avançar na análise de algumas das modalidades assumidas pelos processos de execução da sentença estrutural nos precedentes destacados neste trabalho, tomando-os como ponto de referência para a análise, note-se que a necessidade de inovar nesse campo não responde apenas à ausência de regras positivas, mas também a duas características dos julgamentos de reforma estrutural já mencionados: (i) a complexidade assumida pelos mandatos nela contidos; e (ii) continuidade no tempo envolvido em sua execução (BERGALLO, 2005).

Tudo isso torna impossível o exercício de uma importante margem de discrição judicial para que se obtenha uma decisão efetiva.

3. ALGUNS MECANISMOS DE IMPLEMENTAÇÃO QUE PERMITIRAM SUPERAR A DIFICULDADE PROCESSUAL, SEM AUMENTAR A DIFICULDADE POLÍTICA

Entre os mecanismos criados pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (CSJN) no caso "Verbitsky" e "*Mendonza*", a Suprema Corte Colombiana no "*Caso de los desplazados en Colombia"* e o Caso *"UPAC*, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 para obter uma sentença efetiva, cita-se, dentre alguns destes mecanismos, a delegação de execução em um tribunal inferior, o estabelecimento de comitês de controle e supervisão com a participação do terceiro setor e dos cidadãos, a intervenção de organismos públicos específicos para controlar certos aspectos técnico-orçamentários da execução e a geração de grupos de trabalho para avançar em soluções consensuais.

A seguir, analisar-se-á brevemente alguns destes mecanismos, entendendo que estes podem ser alternativas interessantes a serem avaliadas por outros magistrados, a fim de alcançar o cumprimento de suas decisões no campo do processo estrutural. A referida análise apresenta o escopo das soluções adotadas pelos Tribunais citados e alguns desenvolvimentos teóricos em relação a instrumentos de execução semelhantes previstos no Direito Comparado.

Como destacar-se-á, é interessante ter em mente como os Tribunais contornaram amplamente a dificuldade processual por meio de um exercício prudente de seus poderes discricionários, cuidando ao mesmo tempo para que este exercício não agrave a dificuldade política já destacada anteriormente.

3.1 Delegação da execução a outros juízes

O primeiro mecanismo aqui destacado surgiu da discussão do Caso *Mendonza*, julgado pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*. O Tribunal Argentino delegou o processo de execução da sentença *Mendonza* para o Tribunal Federal de Primeira Instância de Quilmes, ao qual também atribuiu o valor das multas diárias decorrentes do não cumprimento do programa estabelecido na sentença.

Houve três razões que levaram o mais alto tribunal a tomar essa decisão[21]: (i) as possíveis dificuldades e os incidentes processuais que certamente surgirão durante o cumprimento dos inúmeros mandatos contidos no programa; (ii) a necessidade de manter a racionalidade da agenda do caso a ser tratado; e (iii) a busca de um maior grau de imediatismo entre a magistratura e as partes (JOBIM, 2017).

Essa delegação da execução da sentença nas mãos de outros juízes ou agentes judiciários que atuam como oficiais da Corte (nome dado pelo próprio Tribunal Argentino) é uma prática frequente nos Estados Unidos da América. Esses oficiais da Corte (ou agentes judiciários) são funcionários que operam sob a direção da Corte Constitucional que proferiu a decisão, a quem devem recorrer para prestar contas. Sua ação deriva da ideia de obter a remoção de qualquer obstáculo (fator impeditivo – político e/ou procedimental) que encontrem no cumprimento de sua missão e exceder os poderes que lhe foram concedidos para agir. Embora seja um recurso excepcional, o uso desses assistentes traz van-

21 A CSJN também se referiu à importância de evitar interferências que impedem o cumprimento do mandato e investiu o mencionado Tribunal de Primeira Instância com jurisdição exclusiva para intervir na revisão judicial das decisões da *Autoridad de Cuenca* (especialmente ponderando o efeito a conveniência de buscar uniformidade e consistência na interpretação das questões que possam surgir).

tagens importantes para os magistrados, sem perder o poder de direção e controle sobre o assunto.

Embora nos Estados Unidos da América[22] o instituto tenha nascido como uma criação jurisprudencial, atualmente ele possui uma regulamentação precisa na Regra 53 do Processo Civil Federal, graças à reforma de 2003. A menos que a ordem de nomeação estabeleça o contrário, o agente judiciário é investido com competência suficiente para regular os procedimentos e tomar todas as medidas que julgar necessárias para executar as tarefas confiadas de maneira justa e eficiente. O limite de tais poderes está nas penalidades por desrespeito ao tribunal (desobediência ao tribunal), uma vez que o auxiliar do juiz (leia-se: agente judiciário) não tem o poder de impor tais procedimentos e deve limitar-se a sugerir tal procedimento ao juiz do caso.

Seria, pois, uma ferramenta interessante que, em princípio, poderia ser incorporada ao sistema jurídico brasileiro. De qualquer forma, se houver progresso nessa direção, há várias questões que devem ser discutidas para garantir que ela possa colaborar no cumprimento de mandatos estruturais sem, ao mesmo tempo, gerar outros tipos de problemas.

Nesta ordem, uma ênfase especial deve ser colocada na geração de imediatismo suficiente entre o funcionário designado e as partes. Da mesma forma, não se deve esquecer que os tribunais podem delegar

22 Antes da sanção do Regulamento Federal de Processo Civil em 1938, os tribunais federais tinham poderes para designar mestres especiais e definir seus deveres para o caso. FERLEGER ressalta no material as decisões do Supremo Tribunal tomadas em Ex parte Peterson, 253 U.S. 300, 312 (1920) e Kimberly v. Arms, 129 U.S. 512, 524-25 (1889) (FERLERGER; David "Mestrado em Litígios Complexos & Regra Alterada 53", 2004, publicação em periódico pendente). Com a sanção da Regra 53 original, o papel da figura foi limitado a realizar audiências de depoimento e a exercer algumas atividades relacionadas à descoberta de fatos. Sua intervenção em casos sem júri limitou-se a situações em que as condições excepcionais do caso exigiam, ou quando houve problemas e danos contábeis difíceis de resolver. Os tribunais interpretaram estritamente essas "condições excepcionais" e deixaram claro que nem o congestionamento das prateleiras nem a complexidade do assunto eram suficientes para justificar a nomeação desse tipo de juiz assistente (conf. FELLOWS, Mark A. - HAYDOCK, Roger S. "Mestres Especiais do Tribunal Federal: um Recurso Vital na Era do Contencioso Complexo", William Mitchell Law Review, 31: 3, pp. 1269 e segs., P. 1272, disponível em http: // www. courtappointedmasters.org/).

funções, mas não responsabilidade. Portanto, é essencial que, juntamente com a delegação, sejam fornecidos mecanismos adequados de supervisão e controle nas mãos da parte principal responsável por garantir que a sentença seja executada (ou seja, o Tribunal que a emitiu)[23].

3.2. Mecanismos de controle e participação do cidadão

Juntamente com a delegação de poderes acima mencionada, a fim de obter maior eficiência na execução da sentença, o Tribunal Argentino estabeleceu no Caso *"Mendoza"* um sistema de monitoramento e controle sobre a implementação da decisão. Este sistema é baseado em dois pilares fundamentais. Por um lado, o tribunal nomeou o Escritório do Auditor Geral da Nação para controlar especificamente a alocação de recursos e a execução orçamentária de tudo o que estiver relacionado ao programa a ser executado.

> Um caso emblemático e um bom exemplo a ser seguido foi o 'Beatriz Mendonça', que correu perante a Suprema Corte da Argentina, em que compareceram como demandantes grupos de indivíduos afetados, diversas associações ambientalistas e o defensor do povo. Demandados foram o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e um grupo de 44 empresas que supostamente vertiam substâncias poluentes no rio. A Corte utilizou livremente seus poderes ordenatórios, flexibilizou o princípio preclusivo, pediu aos Estados a apresentação peremptória de um planejamento integrado e completo

23 Alguns consideram que as medidas pós-julgamento podem ser divididas em três categorias, de acordo com a função para a qual são nomeados: (i) recomendar medidas a serem tomadas e, em seguida, encontrar comprovada a responsabilidade do réu; (ii) monitorar o cumprimento de ordens judiciais; e (iii) avaliar e administrar solicitações relacionadas ao caso (FELLOWS, Mark A. - HAYDOCK, Roger S. "Mestres especiais do Tribunal Federal: um recurso vital na era do litígio complexo", William Mitchell Law Review, Vol. 31: 3 , pp. 1269 e segs., p. 1278-1279, disponível em http://www.courtappointed-masters.org/).

> baseado no princípio da progressividade, para a obtenção de objetivos de forma gradual segundo um cronograma. Em julho de 2008 a sentença julgou definitivamente a questão, destacando que os efeitos da decisão se projetam para o futuro e fixando os critérios gerais para seu cumprimento, mas respeitando a maneira de cumpri-la, dentro da discricionariedade da administração. Na execução, previu a participação cidadã no controle do cumprimento do plano de saneamento e do programa fixado, encomendando ao defensor do povo a coordenação dessa participação, mediante a formação de um colegiado integrado pelas organizações não governamentais intervenientes na causa. A execução da sentença está ainda sendo cumprida de forma gradual e progressiva, observando o cronograma apresentado (GRINOVER, 2015, p. 249).

Da mesma forma, autorizou o juiz de execução a apresentar todas as questões que considerar necessárias em relação ao controle orçamentário e sua execução. Por outro lado, e com o objetivo declarado de fortalecer a participação dos cidadãos nesse processo, o tribunal conferiu ao *Defensor o Pueblo de la Nación* o caráter de coordenador de um órgão colegiado para se estabelecer com as várias ONGs apresentadas como terceiros na causa.

O objetivo deste órgão é: (i) coletar sugestões dos cidadãos e dar-lhes o procedimento apropriado; (ii) receber informações atualizadas; e (iii) formular propostas concretas junto à ACUMAR para a melhor realização do objetivo confiado (JOBIM, 2017).

Nesse momento, é essencial ter uma participação mais intensa dos cidadãos, a fim de obter uma melhor gestão dos assuntos públicos, o que imediatamente desencadeia a necessidade de pensar em instrumentos adequados que possibilitem essa participação.

Os processos coletivos têm a capacidade necessária para gerar - mesmo na ausência de regras claras para o debate - um espaço de ressonância social propício ao desenvolvimento da participação cidadã no processo público de tomada de decisão.

Tal fato se demonstra através de decisões como as tomadas pela CSJN em "*Mendoza*" e "*Verbitsky*". Incorporar cidadãos para colaborar

no controle de decisões estruturais que direta ou indiretamente dizem respeito ao seu cotidiano pode ser um bom recurso para superar, pelo menos em parte, as duas dificuldades analisadas neste trabalho (políticas e processuais).

3.3 Mesas de diálogo

Ao resolver o caso *"Verbitsky"*, entre outras questões, a CSJN instou que os Poderes Executivo e Legislativo da Província de Buenos Aires a adaptar sua legislação processual penal relativa à detenção e libertação preventiva, bem como sua legislação de execução criminal e prisão, para que eles concordem com os padrões constitucionais e internacionais.

É evidente que uma reforma deste gênero não pôde ser resolvida dentro da estrutura da própria sentença. As dificuldades para implementar essa decisão eram claras, pois envolviam modificações verdadeiramente estruturais que exigiam a colaboração dos diferentes departamentos de Estado da Província de Buenos Aires.

A base desse novo mecanismo aparece quando a Corte declara que:

> *Que reconoce la actora que la actuación judicial tiene sus límites y que en materias tales como la presente no puede imponer estrategias específicas, sino sólo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo. En consonancia, acepta que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión. Como consecuencia de admitir como impracticable una solución total e inmediata a la pretensión y que la obligación estatal está compuesta por múltiples y variadas cargas que necesariamente requieren planeamiento y despliegue a lo largo del tiempo, pide se establezcan instancias de ejecución en las que a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados pueda determinarse el modo en que podrá hacerse efectivo el cese de la inapropiada detención de personas. Efectivamente, las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso. En tal contexto y en el marco de lo*

> *que aquí se decide, es prudente implementar un criterio de ejecución que en justo equilibrio y con participación de la sociedad civil, contemple los intereses en juego y otorgue continuidad al dialogo ya iniciado con el propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires. Por ello, se estima procedente que esta Corte encomiende a la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amicus curiae, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables* (Argentina, 2005).

Consciente de tudo isso, a CSJN contornou a dificuldade processual sem agravar a dificuldade política, ordenando ao Poder Executivo local, através de seu Ministério da Justiça, organizar a convocação de uma Mesa de Diálogo para a qual convidará o demandante e as organizações apresentadas como *amicus curiae*, sem prejuízo de integrá-lo a outros setores da sociedade civil que possam contribuir com ideias e soluções e que em uma área de discussão facilitada permitam alcançar soluções consensuais e sustentáveis. Da mesma forma, exigia relatórios periódicos, a cada 60 dias, dos progressos realizados no âmbito da referida tabela de diálogo.

CONCLUSÃO

A resolução de conflitos coletivos decorrentes de uma sentença de reforma estrutural, bem como o estabelecimento de mecanismos adequados e adequados para alcançar sua eficácia, constituem uma obrigação verdadeira e apropriada do Poder Judiciário sempre que o assunto for apresentado a seus tribunais na forma de causa ou controvérsia (coletiva).

Partindo dessa premissa, a ação do Poder Judiciário na desativação de conflitos coletivos de reforma estrutural não implica de forma alguma um avanço indevido sobre o restante dos departamentos de Estado. Pelo menos não como um princípio. É que o Poder Judiciário

configura um poder estatal tão democrático quanto o Executivo ou o Legislativo, mesmo quando sua legitimidade repousa em bases que não sejam o sufrágio popular.

Não haverá invasão na medida em que os juízes exerçam responsavelmente sua tarefa e se limitem a agir no âmbito dos poderes que lhe foram atribuídos constitucionalmente (auto restrição). Pelo contrário, o abuso ocorrerá se eles excederem o referido limite e tentarem ditar regulamentos gerais e abstratos ou arrogar poderes administrativos que não são de sua responsabilidade.

Nesses últimos casos, de fato, seria correto falar em violação do princípio da divisão de poderes. Mas deve ficar claro que essa é a suposição patológica. Normalmente, o Judiciário atua no âmbito dos poderes que lhe são atribuídos pela Constituição. Existem excessos, como em todas as áreas. No entanto, essas são as exceções que confirmam a regra e têm seus canais específicos para correção (impeachment, júri).

O presente trabalhou buscou demonstrar que as Cortes Constitucionais vêm conseguindo superar (pelo menos em parte e com sucesso misto) as dificuldades políticas e processuais que lhe foram apresentadas ao avançar na implementação das sentenças de reforma estrutural emitidas. Para isso, redefiniu certos mecanismos procedimentais e criou mecanismos altamente novos. Suas ações neste campo, sem dúvida, podem servir como um guia para diferentes magistrados de nível inferior, que devem avançar no processo de implementação de mandatos estruturais.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina. Mendoza, Beatriz Silvya y Otros, C/ Estado Nacional y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños Derivados de La Contaminación Ambiental del Río Matanza-Riachuelon º M. 1569. XL. ORI. Buenos Aires, 2008. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.

gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6476391&cache=1536770343506>.Acesso em: 12 de junho de 2020.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación.Verbitsky, Horacio S/ Habeas Corpus. Julgado em 03.05.2005. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf>. Acesso em: 14 de junho de 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. In CAMARGO, Marcelo Novelino (org.); **Leituras complementares de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. 2ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, p. 43-64, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BERGALLO, Paola. **Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina**. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 45, 2005. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45. Acesso em: 27 de março de 2020.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **A efetividade da tutela coletiva**. São Paulo: LTr, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2. ed. rev., atual., e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 1. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações Estruturais, Direitos Fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional**. (Dissertação de Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2017.

FISS, Owen M. *"**The Civil Right Injunction**"*, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978.

GARAVITO, César Rodriguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, dez./2013, p. 1-27 (versão eletrônica). Disponível em: < https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10619>. Acesso em: 06 dez 2018.

GISMONDI, Rodrigo. **Processo civil de interesse público & medidas estruturantes***:* da execução negociada à intervenção judicial. 1. Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2015.

HIRSCH, Danielle. **A defense of structural injunctive remedies in South African Law**. Oregon Re-view of International Law, (9), 1. Disponível em: http://heinonlinebackup.com/holcgibin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/porril9&section=4. Acesso em 28 de março de 2020.

JOBIM, Marco Félix. **Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais. Salvador: Juspodvim, 2017.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En: Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales, **La protección de los derechos sociales: Las sentencias estructurales**. Fundación Konrad Adenauer. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2015.

RODRÍGUEZ César; RODRÍGUEZ, Diana. Juicio a la exclusión. **El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo XXI, 2015.SANDLER, Ross;

SCHOENBROD, David "**Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government**", Yale University, 2003.

SUNSTEIN, Cass R; VERMULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper. No. 156. Chicago, 2002.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma prisional do Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; e JOBIM, Marco Félix. (org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, p. 303-352, 2017.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

O CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA PELO BRASIL: UM BREVE ENSAIO

Saulo de Medeiros Torres

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente artigo[24] será apresentado um panorama geral acerca do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) pelo Brasil. Será apresentado os fundamentos de tal cumprimento, sua importância, a forma de implementação das reparações pecuniárias e não pecuniárias, bem como a necessidade de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) das decisões da Corte IDH.

Abordará também a tarefa dos poderes públicos e os arranjos internos que se formaram para realizar o cumprimento dos julgamentos da Corte IDH no Brasil. Por fim, será apresentado um panorama geral do cumprimento por parte do Brasil, das sentenças da Corte IDH.

Inicialmente cabe esclarecer uma definição preliminar do que vem a ser cumprimento. O cumprimento pode ser entendido como a forma pela qual os Estados efetuam a sua intenção em cumprir uma decisão prolatada por um tribunal internacional, desse modo, a análise do nível de cumprimento deve ser feita levando em consideração a quantidade

24 O presente artigo é fruto da dissertação de mestrado do autor, sendo retirado de um capítulo da mesma. A legislação referenciada e citada no texto é que estavam em vigor na época da elaboração da dissertação

de determinações que são implementadas no plano interno (NEVES; PACHECO; FERREIRA, 2017).

1.1 DEVER DE CUMPRIR AS DECISÕES DA CORTE IDH: FUNDAMENTOS E IMPORTÂNCIA

O dever de cumprir as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos encontra seu fundamento convencional previsto no Art. 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (FRANCO, 2014). O citado dispositivo estabelece que: "Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes".

No que diz respeito ao Brasil, outro fundamento que pode ser apontado foi a manifestação de vontade do Estado Brasileiro quando incorporou a CADH em seu ordenamento interno no ano de 1992 (Decreto 678) e também com o reconhecimento pelo País da jurisdição da Corte IDH no ano de 1998, mediante o Decreto Legislativo 89 (COELHO, 2008).

Outro fundamento que pode ser apontado encontra-se no princípio do *Pacta Sunt Servanda* (RESENDE, 20013). Segundo Valério Mazzuoli (2015) e Celso Albuquerque Mello (2000) é esse princípio que estabelece a obrigatoriedade dos tratados internacionais. O mencionado princípio encontra-se positivado na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) de 1969, em seu Art. 26, que estabelece o seguinte: "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé".

Quanto a importância em cumprir as decisões da Corte IDH, Bárbara Pincowsca Cardoso Campos destaca que a relevância desse tema se dá em razão de impactar na efetividade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, na legitimidade da Corte e na sua autoridade (CAMPOS, 2014).

Outro ponto realçado pela citada autora é que torna-se importante a implementação das decisões, haja vista que elas significam uma ação de justiça para as vítimas das violações ocorridas, proporcionando também melhorias no sistema de direitos humanos dos países que fazem parte do Sistema Interamericano (CAMPOS, 2014).

Deve-se enaltecer também que o descumprimento da sentença da Corte IDH gera uma nova responsabilização internacional do Estado (RESENDE, 2013). Desse modo, o Estado poderá ser duplamente responsabilizado, tanto pela violação que deu origem a sentença, bem como pelo inadimplemento da sentença da Corte (MAZZUOLI, 2015).

Em razão dos motivos acima expostos, percebe-se que o Brasil tem o dever de cumprir as decisões da Corte IDH. Como observa Erika Maeoka, levando-se em consideração o princípio do acesso à justiça, a responsabilidade do Estado não se encerra com a emissão da sentença, sendo necessário que o Estado assegure os meios para seu cumprimento (MAEOKA, 2009).

Assim, quando o Brasil realiza a implementação das sentenças da Corte IDH, conforme observa André de Carvalho Ramos, encerra-se o ciclo que levou a responsabilização internacional do Estado por violação de Direitos Humanos (RAMOS, 2012).

1.2 IMPLEMENTAÇÃO DAS REPARAÇÕES NÃO PECUNIÁRIAS

A CADH é omissa em relação aos procedimentos que os Estados devem observar para implementar internamente as reparações de natureza não pecuniária que possam ser determinadas pela Corte IDH (COELHO, 2008). Sobre o assunto, Thalita Leme Franco esclarece que a "Convenção deixa uma margem de discricionariedade aos Estados para que, de acordo com seus dispositivos internos, cumpram tais decisões" (FRANCO, 2014, p. 39).

Isso não significa dizer que as sentenças não sejam obrigatórias e vinculantes, apenas que os Estados vão escolher tão somente os procedimentos internos mais adequados para garantir o cumprimento e que sejam compatíveis com as suas obrigações internacionais. Ou seja, o dever de cumprir a sentença é inquestionável (inclusive em razão do disposto no Art. 68.1 da CADH), mas existe uma liberdade exclusivamente no que diz respeito a como essa sentença será cumprida (FRANCO, 2014).

Desse modo, os Estados-Partes da CADH terão autonomia para escolherem os meios para executarem internamente as reparações de caráter não pecuniário (RAMOS, 2012). Em relação ao modo como o Brasil, na prática, vem dando cumprimento nas decisões onde foi condenado, esse assunto será abordado em tópico posterior.

Ponto que merece ser destacado, é analisar se no direito brasileiro existem mecanismos normativos para forçar o cumprimento da parte não pecuniária estabelecida pela decisão interamericana. Mesmo não existindo no Brasil qualquer diploma legal que esclareça o procedimento aplicável para cumprir uma sentença internacional (PEREIRA, 2013), a doutrina vem apontando que seria possível exigir judicialmente a implementação da sentença caso o Estado não atue voluntariamente (MAEOKA, 2009).

Augusto César Leite de Resende (RESENDE, 2013) e Rodrigo Meirelles Gaspar Coelho (COELHO, 2008) apontam que as sentenças da Corte IDH podem ser consideradas como títulos executivos judiciais e embasarem a propositura de uma ação executiva perante o Poder Judiciário brasileiro, que seguiria nos casos das obrigações de fazer e não fazer, o estabelecido no Art. 461 do Código de Processo Civil (CPC) de 1973[25] e nos casos das obrigações de entregar coisa, seria aplicável o Art. 461-A do CPC de 1973.[26]

1.3 IMPLEMENTAÇÃO DAS REPARAÇÕES PECUNIÁRIAS

No que tange as reparações pecuniárias, a CADH possui norma expressa acerca do modo como a sentença da Corte IDH poderá ser executada. Dispõe o Art. 68.2 do Pacto de San José da Costa Rica que: "A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado".

25 No Novo CPC (Lei 13.105/2015), o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou não fazer, vem previsto nos Arts. 536 e 537.

26 No Novo CPC, o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de entregar coisa, vem previsto no Art. 538.

Cabe destacar que a implementação da reparação pecuniária deverá, como regra, ser espontaneamente cumprida pelo Brasil. Segundo Augusto César Leite de Resende, ocorrendo inadimplemento é possível o ajuizamento de ação judicial, exigindo o cumprimento da decisão (RESENDE, 2013).

No caso do direito brasileiro, o procedimento judicial de execução de sentenças contra o Estado, encontra-se previsto no Art. 100 da Constituição Federal de 1988 e nos Arts. 534 e 535 do Novo CPC (Lei 13.105/2015). A autoridade judicial competente para processar tal feito será a Justiça Federal, conforme estabelece o Art. 109, I da Constituição de 1988 (CAMPOS, 2014).

Ponto que gerou debate doutrinário é a necessidade da submissão do pagamento das indenizações ao regime dos precatórios. É através desse, que o Estado efetua o pagamento de decisões judiciais que estabeleçam o pagamento de alguma quantia em dinheiro (MARINONI; ARENHART; MITIDIEIRO, 2015). Portanto, se houver o recurso ao Poder Judiciário para forçar ao pagamento de alguma indenização determinada pelo Corte IDH, a questão que surge é quanto a compatibilidade do mecanismo existente no direito brasileiro para fazer a implementação da decisão.

Em razão da morosidade existente para o pagamento dos precatórios, a resolução do processo executivo poderá ser lenta, sendo possível gerar inclusive uma nova responsabilização do Brasil caso o pagamento não seja efetuado no prazo indicado pela sentença da Corte (MAEOKA, 2009).

Surge a alternativa analisada por Rodrigo de Almeida Leite de "ser criado um mecanismo administrativo de pagamento dessas reparações, devido à morosidade da ordem dos precatórios" (LEITE, 2006, p. 455). Complementando essa proposta, existe a alternativa defendida por Antônio Pádua, que entende ser possível "a criação de um órgão executivo completamente autônomo, apto a dar efeito a toda e qualquer indenização e obrigação cível" (PÁDUA, 2006, p. 192).

Outra proposta para compatibilizar o regime dos precatórios com o pagamento forçado das sentenças da Corte IDH, seria a equiparação destas ao regime das obrigações de natureza alimen-

tar, o que geraria uma ordem preferencial em seu adimplemento (LEITE, 2006).

1.4 NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS INTERAMERICANAS PELO STJ

Outro ponto a ser examinado, é a necessidade ou não, das sentenças da Corte IDH serem submetidas ao procedimento de homologação de sentença estrangeira perante o STJ, para que possam ser cumpridas pelo Estado brasileiro.

A competência da atuação do STJ vem estabelecida no Art. 105, I, alínea i da Constituição Federal de 1988. Para resolver essa questão da obrigatoriedade, ou não, da homologação das sentenças da Corte IDH, a doutrina vem utilizando o critério de distinguir sentença internacional e sentença estrangeira.

Segundo Janice Cláudia Freire Sant'ana sentença estrangeira pode ser entendida como "uma decisão proferida por autoridade judiciária ou órgão público similar, dentro dos critérios jurisdicionais determinados pelo ordenamento jurídico do Estado de onde provenha, que produzirá seus efeitos em um outro Estado" (SANT'ANA, 2001, p. 127). Percebe-se, do conceito apresentado, que as sentenças da Corte IDH, não se encaixam no mesmo e, portanto, não seria necessário a submissão ao procedimento de homologação de sentença estrangeira.

Já sentença internacional, segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, são "proferidas por tribunais internacionais que não se vinculam à soberania de nenhum Estado, tendo, pelo contrário, jurisdição sobre o próprio Estado" (MAZZUOLI, 2015, p. 993). Desse modo, as decisões exaradas pela Corte IDH, se subsumem ao presente conceito, já que se trata de órgão internacional, criado por tratado (RAMOS, 2012).

Além da questão conceitual, outro motivo que não haja a submissão ao procedimento homologatório, diz respeito ao seu objetivo. Segundo explica Rodrigo Meirelles Gaspar Coelho, como as sentenças estrangeiras tem procedência de outros Estados que possam apresentar ordenamentos jurídicos peculiares, para que essas decisões tenham efeito no Brasil, a homologação é exigida, para se verificar eventual incompatibilidade com o direito brasileiro (COELHO, 2008).

Já no caso das sentenças internacionais, continua Rodrigo Meirelles Gaspar Coelho, como a decisão se baseia em convenções internacionais (CADH) já incorporadas ao direito brasileiro, a verificação de compatibilidade com o ordenamento interno já foi previamente exercida, no momento de ser internalizada ao direito brasileiro (COELHO, 2008).

Portanto, desnecessário é a submissão das sentenças da Corte IDH ao procedimento de homologação de sentença estrangeira.

1.5 OS ARRANJOS INTERNOS FORMADOS NO BRASIL PARA CUMPRIR COM AS SENTENÇAS INTERAMERICANAS

Como mencionado, no Brasil, não há uma legislação específica que estabeleça os mecanismos internos de implementação das decisões advindas da Corte IDH. Desse modo, ocorreu, segundo Bárbara Pincowsca Cardoso Campos, a formação de arranjos institucionais voluntários entre diversos atores envolvidos na implementação da sentença (CAMPOS, 2014).

Continua a autora comentado que, em cada caso concreto, ocorreu a formação de um arranjo institucional e normativo distinto (CAMPOS, 2014). Tal fato ocorre, em virtude da variedade de reparações que podem ser ordenadas por parte da Corte IDH, que pode gerar o envolvimento dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como contar com a participação dos diversos entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Especificamente no caso do Brasil, estudo coordenado por Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, 2013), detalha como se formou essa divisão de tarefas no cumprimento das sentenças da Corte IDH. A tarefa, segundo o citado estudo recaiu, principalmente, em três órgãos públicos federais: O Ministério das Relações Exteriores (MRE), a Secretaria de Direitos Humanos (SDH) e a Advocacia-Geral da União (AGU).

Um ponto que é destacado pelo estudo, é a questão do pagamento das reparações pecuniárias as vítimas. Nesse caso, o Estado brasileiro (desde 2004), procedeu no sentido de destinar uma dotação orçamentaria específica para pagar as indenizações que possam ser determinadas

em virtude do reconhecimento de infração de algum tratado internacional (VIEIRA, 2013).

Com a adoção de tal postura, nos quatro casos concretos onde a Corte IDH determinou o pagamento de indenizações por parte do Estado brasileiro, houve a edição de um Decreto Presidencial, viabilizando o pagamento das mesmas. Outra iniciativa para a formação de um arranjo institucional interno se deu com a edição do Decreto 4.433 de 18 de outubro de 2002, com a criação, no âmbito da Secretária de Direitos Humanos, da Comissão de Tutela de Direitos Humanos, que teria por incumbência realizar as medidas pertinentes para conferir a plena aplicação da CADH, gerenciar a dotação orçamentária que fossem reservadas à implementação do Decreto e efetivar o diálogo tanto com os órgãos domésticos (União, Estados, Municípios e DF), bem como com os órgãos do SIDH no que tange a efetivação do Decreto.

Com a edição da Medida Provisória 768 de 02 de fevereiro de 2017, a SDH foi extinta, sendo transformada em Ministério dos Direitos Humanos. A Lei 13.502, de 01 de novembro de 2017 trouxe a estruturação do novo ministério e o Decreto 9.122, de 09 de agosto de 2017 especificou as áreas de atuação do citado Ministério. Com essas modificações, a responsabilidade de atuar nos temas relativos à implementação das sentenças da Corte IDH cabe a Secretaria Nacional de Cidadania, conforme dispõe o Art. 10 do Decreto 9.122/2017.

Bárbara Pincowsca Cardoso Campos, esclarece como a atuação de cada um dos órgãos citados acima ocorre nesse arranjo informal de implementação das sentenças. O MRE fica responsável de receber as comunicações advindas da Corte IDH, já a SDH tem o papel de atuar como interlocutora com os outros órgãos do governo e a AGU, sua atuação articulando mais perante o Poder Judiciário (CAMPOS, 2014).

Merece menção a criação, no ano de 2010, por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do programa "Justiça Plena". O citado programa, segundo seu sítio eletrônico, "monitora e dá transparência ao andamento de processos de grande repercussão social".[27] O progra-

27 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Programa Justiça Plena. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/justica-plena>. Acesso em: 23 jan. 2018.

ma monitora casos indicados pelos seus participantes e investiga o seu andamento processual e possíveis delongas em sua tramitação.

Em relação a implementação das decisões da Corte IDH, o programa "Justiça Plena" pode colaborar com esse tema, pois entre seus participantes encontram-se a SDH "que passou a solicitar o acompanhamento das ações que, em razão do seu trâmite demorado, levaram ou poderiam levar a sanções pela Comissão ou pela Corte IDH" (VIEIRA, 2013, p. 25-26). Portanto, a existência deste programa pode colaborar com uma maior fiscalização e permitir um acompanhamento por parte dos interessados na implementação das medidas determinadas pela Corte IDH.

Juliana Corbacho Neves dos Santos, aponta que no ano de 2006, foi celebrado um Acordo de Cooperação Técnica entre o Ministério da Justiça, a SDH e o CNJ que possuía como objetivo "promover uma articulação entre esses órgãos para dar maior celeridade à tramitação de casos no Poder Judiciário, relacionados a processos que se encontrem sob o exame de órgãos internacionais" (SANTOS, 2011, p. 287).

No que diz respeito a tramitação de Projetos de Lei (PL) que tenham por objeto específico tratar a respeito do cumprimento das decisões da Corte IDH e tenham chegado ao conhecimento do autor na data da elaboração do artigo, , atualmente em tramitação, aponta-se a existência do Projeto de Lei do Senado (PLS) 220/2016 de autoria do Senador Randolfe Rodrigues.

Portanto, os arranjos institucionais feitos para implementar as sentenças da Corte IDH, foram fruto de uma interlocução informal feita pelos próprios órgãos, sendo construída com base nas suas atribuições anteriormente existentes (VIEIRA, 2013).

1.6 AS TAREFAS DAS ENTIDADES FEDERATIVAS BRASILEIRAS EM RELAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇAS INTERAMERICANAS

O Brasil, conforme se percebe do Art. 1° da Constituição/1988, adota como forma de Estado, a Federação. São entidades federativas brasileiras: a União, os Estados, o Distrito-Federal e os Municípios.

No que tange ao tema da implementação das decisões da Corte IDH, é importante esclarecer que essa estrutura federativa existente no Brasil, pode ser um fator relevante. Isso se dá em razão das distintas modalidades de reparação que podem ser determinadas pela Corte e qual ente deve ter a tarefa de dar cumprimento as mesmas.

Na CADH, é pertinente citar a esse respeito, os Art. 28.1 e 28.2. Do ponto de vista interno, cabe a União, em razão do estabelecido no Art. 21, I da Constituição Federal/1988, o encargo de representar a República Federativa do Brasil nas relações internacionais. Cabe menção também ao Art. 84, VIII da Carta Magna, que confere ao Presidente da República o poder de celebrar tratados internacionais.

Embora a União atue de forma mais proeminente na fase de cumprimento das sentenças da Corte IDH, esse fato não elimina a necessidade de um constante diálogo com os Estados, Municípios e Distrito-Federal, em virtude de suas respectivas competências (SANT'ANA, 2001). Dependendo da reparação ordenada pela Corte, a participação dos Estados, Municípios e Distrito Federal pode ser relevante em razão da repartição de competências constitucionalmente estabelecida.

Bárbara Pincowsca Cardoso Campos considera que o processo de implementação acaba estando sujeito a uma interlocução e capacidade de negociação dos órgãos federais (sobretudo a SDH que assumiu essa tarefa de articulação). Desse modo, o sucesso, segundo a opinião da autora acaba dependendo de fatores políticos (CAMPOS, 2014).

Importante esclarecer, conforme mostra Fernando G. Jayme, que a Corte IDH entende que o Art. 28 da CADH não pode ser alegado como excludente de responsabilidade internacional do Estado, deixando o mesmo de desempenhar com suas obrigações internacionais (JAYME, 2005). Tal entendimento pode ser corroborado pelo disposto no Art. 27 da CVDT de 1969, que dispõe: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46".

Para que não haja mais essa dependência política, variando de acordo com a boa vontade do gestor público local, uma alternativa poderia ser a que foi apresentada pelo Deputado Federal Orlando Fantazzini ao Projeto de Lei 4.667/2004, que previa a criação de um órgão especifico

para acompanhar a implementação de decisões de órgãos internacionais determinadas por tratados ratificados pelo Brasil (Ex.: Corte IDH). A proposta do Deputado Fantazzin estabelecia que em se tratando de obrigação de fazer, o citado órgão comunicaria os entes competentes para apresentar um plano de cumprimento da decisão (fixava um prazo de 20 dias para apresentação do plano). O mesmo mecanismo seria aplicado em caso de medida judicial, policial ou do Ministério Público (KRSTICEVIC , 2009). Ao final, a proposta não foi aprovada.

No estudo realizado por Juliana Corbacho Neves dos Santos, a autora comenta que na Argentina, alguns Projetos de Lei estabeleceram que no caso da violação de direitos humanos ter sido atribuída a um província, a mesma seria comunicada pelo governo federal para cumprir a sentença em determinado prazo. Caso esse prazo não seja cumprido, o governo federal executará a sentença da Corte e posteriormente averiguaria a omissão da unidade federada (SANTOS, 2011).

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE IDH QUE CONDENARAM O BRASIL[28]

2.1 CASO DAMIÃO XIMENES LOPES

A Comissão Interamericana enviou a demanda a Corte Interamericana em 01 de outubro de 2004, originada de uma denúncia encaminhada a Comissão em 29 de novembro de 1999. O julgamento versou sobre as violações dos direitos à vida, integridade pessoal, garantais judiciais e proteção judicial de Damião Ximenes Lopes, em razão do tratamento desumano e degradante sofrido pelo mesmo que ocasionou a sua morte e da morosidade nas investigações das violações ocorridas no caso.

No presente caso, conforme pode-se observar dos pontos resolutivos 6 ao 8 da sentença de mérito, reparações e custas, proferida em 04 de Julho de 2006, o Brasil foi condenado ao pagamento de medidas

28 Esse capítulo foi redigido tomando por base as sentenças condenatórias e de supervisão de cumprimento que estão colocadas nas referências do presente artigo

pecuniárias (indenização por dano material, por dano imaterial e despesas relativas às custas processuais). Também houve a condenação do Estado brasileiro em medidas não pecuniárias (publicação da sentença, realizar o dever de investigar, processar e punir os responsáveis pela violação ocorrida no caso e continuar desenvolvendo políticas públicas na área de saúde mental).

Conforme consta no sitio eletrônico da Corte IDH, já foram realizadas três supervisões de sentenças pelo tribunal, para averiguar como o Brasil realizou a implementação das medidas acima apontadas. Pode-se observar da leitura das mencionadas supervisões, a Corte IDH considerou que o Brasil cumpriu as condenações relativas ao pagamento das medidas pecuniárias e que também cumpriu a medida não pecuniária de publicação da sentença.

A publicação da sentença ocorreu nos dias 12 e 13 de Fevereiro de 2007 no Diário Oficial da União e no Jornal do Brasil. O pagamento da indenização foi veiculado com a publicação do Decreto 6.185 de 13 de Agosto de 2007 e os depósitos bancários foram efetuados pelo Brasil em 17 de Agosto de 2007.

Já em relação as medidas não pecuniárias relativas ao dever de investigar processar e punir, bem como a continuação do desenvolvimento de políticas públicas na área de saúde mental, em sua última supervisão, a Corte entendeu por continuar aberto o procedimento de supervisão.

A mais recente resolução de cumprimento editada pela Corte IDH relativa ao Caso Damião Ximenes foi proferida em 17 de maio de 2010, conforme consta no sítio eletrônico da Corte IDH. Dois pontos resolutivos da sentença foram parcialmente cumpridos, como já foi apontado nesse trabalho: 01) O dever de investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações; 02) Desenvolvimento de políticas públicas na área de saúde mental.

Quanto ao primeiro ponto, a primeira sentença penal condenatória proferida pelo Poder Judiciário brasileiro foi emitida em 29 de junho de 2009. Só que contra tal decisão foram interpostos recursos perante o TJCE e tal situação foi considerada pela Corte IDH, pois não tinha ocorrido o trânsito em julgado, determinando que o Brasil no próximo

relatório a ser enviado ao Tribunal apresentasse esclarecimentos pormenorizados e atualizados sobre o trâmite da citada Ação Penal.

Consultando o sítio eletrônico do TJCE, um dos recursos apresentados e que estão relacionados com o presente caso, foi julgado em 27 de novembro de 2012. O resultado foi a reforma da decisão de primeira instância que tinha condenado os réus pelo crime de maus-tratos qualificado pelo resultado morte, desclassificando para o delito de maus tratos simples e em razão da desclassificação reconheceu-se a ocorrência da prescrição punitiva (e consequentemente da extinção da punibilidade).

O ponto que merece reflexão é como essa decisão será analisada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como foi mencionado nesta dissertação, o critério geral adotado pela jurisprudência interamericana em matéria de prescrição penal é de reconhecer o afastamento da mesma em casos de graves violações de Direitos Humanos. Também já foi comentado no presente trabalho que a Corte IDH não elaborou uma definição do que vem a ser grave violação de Direitos Humanos, apenas apresentando alguns exemplos que podem ser encontrados em diversos julgados do Tribunal.

Os crimes que são apontados nesses precedentes são: 01) Tortura; 02) Desaparecimento Forçado de Pessoas; 03) Execuções Sumárias. Dessa lista o que mais interessa ao Caso Damião Ximenes é a tortura, pois o contexto em que as violações ocorreram levaram ao Brasil reconhecer sua responsabilidade internacional pela inobservância ao Art. 5 da CADH (com ênfase nos §§ 1 e 2), que estabelece a proibição de tratamento desumano e degradante, bem como a proibição de tortura. O citado dispositivo garante também a da integridade física, psíquica e moral a todas as pessoas.

Interessante é observar que em nenhuma parte da sentença a Corte IDH tece considerações sobre a possibilidade (ou não) da aplicação da prescrição no Caso Damião Ximenes, diferente do que ocorre em outros julgamentos envolvendo graves violações de Direitos Humanos, em que o tribunal geralmente se pronuncia sobre essa questão.

Desse modo, os principais desafios que podem ser apontados na implementação desse ponto resolutivo da sentença é saber como a

Corte IDH irá se posicionar sobre a incidência da prescrição no presente Caso. Outro desafio também diz respeito aos fatores jurídicos, haja vista que o principal argumento utilizado pelo TJCE para desclassificar o delito e como consequência reconhecer a prescrição, foi a falta de provas que demonstrasse a existência de nexo causal entre a conduta dos condenados e o resultado produzido. Faltou, por parte do TJCE, atentar para todo o acervo probatório produzido na sentença da Corte IDH (o julgamento do TJCE foi proferido depois da decisão interamericana), onde em diversos trechos fica comprovado que a morte de Damião Ximenes Lopes foi causada em razão dos maus tratos que o mesmo recebeu durante o período que estava internado na clínica de Repouso Guararapes.

Quanto ao ponto resolutivo relacionado ao dever de continuar desenvolvendo políticas públicas na área de saúde mental, algumas mudanças foram verificadas no setor, antes da Corte IDH proferi sua sentença final: 01) Edição da Lei 10.216/2001 ; 02) Desativação e descredenciamento da clínica Guararapes; 03) Criação, no Munícipio de Sobral (local onde ocorreu os fatos) de um centro de saúde denominado Damião Ximenes Lopes. O principal impacto trazido pelo Caso Damião Ximenes foi estimular o movimento pela reforma psiquiátrica e mudança no modelo manicomial vivenciado no Brasil.

Na mais recente supervisão de cumprimento feita pela Corte IDH, o Brasil apresentou uma série de medidas na tentativa de comprovar seus esforços para implementação desse ponto resolutivo. Apesar da Corte IDH tem valorado positivamente as iniciativas brasileiras, considerou as mesmas insuficientes, pois não especificaram alguns pontos considerados essenciais pela Corte IDH (sobretudo aqueles realizados após a sentença), como por exemplo: 01) O assunto ministrado e o período de duração dos cursos de capacitação em saúde mental; 02) A quantidade de cursos realizados após a sentença; 03) Quantidade de profissionais que trabalham em instituições semelhantes a clínica Guararapes e que foram beneficiados pelos cursos.

Assim, os demais empecilhos vislumbrados no cumprimento desse ponto resolutivo dizem respeito a falta de informações por parte das autoridades brasileiras, do fator orçamentário (que existe para concretizar qualquer política pública) e o fator institucional (articulação entre

os entes federativos, pois a saúde é um assunto de competência comum de todos eles).

2.2 CASO ESCHER E OUTROS

O trâmite do caso se iniciou perante a Comissão Interamericana em 26 de dezembro de 2000 e foi enviado para a Corte Interamericana em 20 de dezembro de 2007. O Brasil estava sendo responsabilizado pelo descumprimento dos seguintes direitos: garantias judiciais, proteção judicial e liberdade de associação, em virtude da interceptação e monitoramento ilegal das comunicações de integrantes de associações ligadas ao MST e sua posterior divulgação na imprensa.

Nesta sentença, conforme estabelecido nos pontos resolutivos 07 a 10 da sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, prolatada em 06 de Julho de 2009, o Brasil foi condenado a fazer o pagamento de indenização por danos imateriais e também efetuar a restituição relativa a despesa com custas e gastos. Também foi determinado a publicação da sentença e a realização de investigação acerca dos eventos que geraram as violações.

Atualmente consta no portal eletrônico da CIDH que foram realizadas duas supervisões de cumprimento por parte da Corte IDH em relação a presente sentença. A primeira analisou apenas a questão relacionada a publicação da sentença, haja vista que, em 15 de Janeiro de 2010 o Brasil formulou uma consulta ao Tribunal que dizia respeito ao cumprimento do dever de publicar a sentença. A Corte entendeu pela possibilidade de diminuir os trechos da sentença que seriam publicados.

Na supervisão realizada em 19 de Junho de 2012, a Corte considerou que em relação ao pagamento dos montantes fixados na sentença e a obrigação de publicar a sentença, o Estado brasileiro deu cumprimento as mesmas. O pagamento dos montantes foi autorizado pelo Decreto 7.158 de 20 de Abril 2010 e a sentença foi publicada no Diário Oficial, nos jornais O Globo e Correio Paranaense e nos endereços eletrônicos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, da Procuradoria Geral de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Em relação ao dever de investigar os eventos que geraram a violação, o Brasil apresentou a justificativa que tal obrigação não poderia ser realizada, em razão dos fatos estarem acobertados pelo instituto da prescrição. A SDH chegou a consultar o MP do Paraná sobre a possibilidade da abertura de investigação, mesmo que ao final o entendimento fosse pela ocorrência da prescrição, argumento que não foi aceito pelo MP do Paraná.

A Corte IDH elucidou que sua jurisprudência se posiciona no sentido de que, normalmente, o instituto da prescrição penal gera a extinção da punibilidade em razão do transcurso temporal. Esclareceu também que o Tribunal já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o afastamento da citada regra, nos casos que envolverem graves violações de Direito Humanos, permitindo-se o exercício da pretensão punitiva em tais situações.

Dessa forma, a Corte teve que analisar se o Caso Escher poderia ser considerado uma grave violação de Direitos Humanos e permitir o afastamento da incidência da prescrição. Para a Corte IDH, o Caso Escher não se enquadraria na categoria de graves violações e que na sentença relativa ao Caso não houve a determinação de inaplicabilidade da prescrição e sim que se realizasse as investigações cabíveis e fossem consideradas as implicações previstas em lei (inclusive a viabilidade de prescrição da ação penal).

Ao final, a Corte entendeu por concluir o procedimento de supervisão de sentença quanto ao dever de investigação e decidiu arquivar o caso Escher e Outros.

2.3 CASO SÉTIMO GARIBALDI

A causa foi submetida ao Sistema Interamericano em 06 de maio de 2003, sendo submetida pela Comissão para a análise da Corte, em 24 de dezembro de 2007. A demanda diz respeito ao descumprimento por parte do Brasil dos direitos relacionados às garantias judiciais e proteção judicial, bem como a omissão estatal nas investigações do homicídio de Sétimo Garibaldi e inobservância da razoável duração do processo.

Nesta condenação imposta ao Estado brasileiro, conforme pode-

-se observar nos pontos resolutivos 6 a 9 da sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, proferida em 23 de Setembro de 2009, houve o estabelecimento das seguintes reparações: obrigação de publicar a sentença, dever de pagar indenizações a título de dano material e imaterial e pagamento das custas e gastos. Também estabeleceu-se que o Brasil deveria realizar o dever de investigar, processar e punir os autores da morte de Sétimo Garibaldi e ainda efetuasse uma investigação e sanção contra eventuais faltas dos agentes públicos responsáveis pelo Inquérito Policial.

A Corte IDH, até o presente momento, realizou duas supervisões de sentença relativas ao caso. Nas citadas supervisões, a Corte entendeu que o Brasil cumpriu com o dever de publicar a sentença e com a obrigação de pagamento das indenizações. A sentença foi publicada no Diário Oficial da União em 10 de Fevereiro de 2010, além de ter sido em outros veículos de impressa (Jornais O Globo, Gazeta do Paraná, Diário Oficial do Paraná, nas páginas eletrônicas da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná). Já os pagamentos das indenizações foram autorizados com a publicação do Decreto 7.307 em 22 de Setembro de 2010 e os depósitos bancários realizados em 16 de Março de 2011.

Em relação ao dever de investigar, processar e punir os autores do delito contra Sétimo Garibaldi, a Corte IDH entendeu por continuar com o procedimento de supervisão de sentença aberto. No que se refere a investigação e eventuais sanções relativas a ocorrência de falhas funcionais dos agentes públicos responsáveis pelo Inquérito Policial, a Corte IDH considerou que o Brasil realizou investigações administrativas (que foram arquivadas de forma fundamentada) e que não há provas indicando deficiências na realização destas. Assim, entendeu por encerrar a supervisão do cumprimento desse ponto da sentença.

No que tange ao Caso Sétimo Garibaldi, a última manifestação proferida pela Corte IDH sobre a supervisão do seu cumprimento, data de 22 de fevereiro de 2011, segundo consta no sítio eletrônico do Tribunal. O ponto resolutivo cumprido de forma parcial, diz respeito ao dever de investigar, processar e punir os responsáveis pela morte de Sétimo Garibaldi.

Para implementar esse ponto, houve o oferecimento de denúncia pelo MPPR, em 30 de junho de 2011 e a designação de audiência de instrução e julgamento em 22 de novembro de 2011. Porém, em 01 de dezembro de 2011, o TJPR concedeu Habeas Corpus determinando o trancamento da Ação Penal, utilizando como principal argumentação a inexistência de novas provas que autorizasse o desarquivamento do Inquérito Policial e o oferecimento da denúncia.

Esse fato tem relação direta com a sentença do Caso Sétimo Garibaldi, já que o citado Inquérito Policial tinha sido instaurado com o objetivo de investigar sua morte. Tal Inquérito teve seu arquivamento determinado em 18 de maio de 2004, o que deu origem a demanda perante o SIDH e que ao final a Corte IDH considerou ter ocorrido diversas falhas na condução das investigações, levando o Brasil a ser condenado pela violação dos Arts. 8.1 e 25.1 da CADH, em razão das autoridades estatais não terem atuado com a devida diligência.

Depois da concessão do Habeas Corpus pelo TJPR, houve a impetração de novos recursos: 01) Embargos de Declaração ao próprio TJPR, que foram rejeitados e 02) Recurso Especial ao STJ, que não foi conhecido. No presente trabalho será comentado o julgamento do Recurso Especial 1.351.177, pela Sexta Turma do STJ, relatado pelo Ministro Ericson Maranho.

O fundamento para interposição do Recurso Especial, por parte do MPPR, foi o Art. 105, III, alínea a da Constituição Federal. A alegação apresentada pelo recorrente que mais interessa nesse trabalho, foi a inobservância do Art. 68.1 da CADH por parte do TJPR, pois ao conceder o Habeas Corpus deixou de dar cumprimento a uma sentença da Corte IDH. O entendimento que prevaleceu no julgamento do citado recurso foi a ausência de prequestionamento dos citados dispositivos, não se conhecendo da possível violação dos dispositivos convencionais.

O outro argumento utilizado pelo STJ para não conhecer do recurso foi a questão de que análise da presença (ou não) de novas provas que autorizassem o desarquivamento do inquérito policial e por consequência o oferecimento da denúncia, não poderia ser feito em sede de Recurso Especial, em razão da necessidade de se realizar o reexame das provas.

Portanto, os desafios observados no Caso Sétimo Garibaldi estão relacionados aos fatores jurídicos e os efeitos que as sentenças da Corte IDH podem produzir. No julgamento realizado pelo STJ, o Tribunal teve a oportunidade de analisar o alcance das sentenças da Corte IDH na jurisdição brasileira e acabou não se pronunciado sobre a temática em razão de questões processuais (falta de prequestionamento da matéria e impossibilidade de reanálise de provas).

Ressalva ao voto do Ministro Rogério Schietti, que fez profunda análise da sentença da Corte IDH, entendendo em síntese, que houve o prequestionamento dos dispositivos convencionais, que a decisão do TJPR foi equivocada ao realizar cognição profunda em sede de Habeas Corpus, que o próprio TJPR reconheceu a presença de novas provas (em razão da sentença da Corte IDH) e por fim o dever de cumprir as sentenças da Corte IDH.

A decisão que determina o arquivamento judicial não fica submetida aos efeitos da coisa julgada. O Código de Processo Penal (CPP), não regulamenta de forma clara como se dá o desarquivamento do inquérito policial, tratando indiretamente do tema em seu Art. 18. O dispositivo prescreve que: "Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia".

O citado dispositivo é complementado pela Súmula 524 do STF que aduz: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas". Lidos conjuntamente, o Art. 18 do CPP e a Súmula 524 do STF cuidam de momentos processuais distintos: o primeiro versa sobre o desarquivamento do inquérito policial, onde exige apenas a notícia de novas provas, já o entendimento sumulado trata da proposição da ação penal, sendo necessário a existência das novas provas nessa oportunidade (RANGEL, 2015).

A jurisprudência do STF e STJ entende que as provas sejam formal e substancialmente novas. A prova substancialmente nova, é aquela que já existia, mas que não foi realizada no momento oportuno, gerando a alteração completa do quadro probatório. Já a prova formalmente nova,

tem como única diferença para a prova substancialmente nova, não produzir a mudança do quadro probatório, não apresentando conteúdo diverso do que já disponibilizado no inquérito (RANGEL, 2015).

No voto do Min. Schietti, o mesmo compreende que os elementos presentes no julgamento do Recurso Especial demonstram que as novas provas apresentadas em razão da sentença da Corte IDH são substancialmente novas, elencando diversos trechos do julgamento interamericano. O mesmo esclarece que o CPP e a Súmula 524 do STF foram editados em momento anterior ao reconhecimento por parte do Brasil da jurisdição da Corte IDH e a incorporação do Pacto de San José da Costa Rica ao ordenamento brasileiro, surgindo assim uma nova realidade a ser considerada pelo julgador na interpretação desses.

2.4 CASO GOMES LUND

O julgamento teve sua sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas proferida em 24 de Novembro de 2010. Conforme se observa, nos pontos resolutivos 9 a 19, diversas foram as medidas ordenadas pela Corte IDH que fossem implementadas pelo Brasil. De modo sintético, a Corte determinou que o Brasil realizasse a publicação da sentença, oferecesse tratamento médico psicológico ou psiquiátrico as vítimas que solicitassem, reconhecesse a responsabilidade internacional quanto aos fatos envolvendo o caso, o dever de investigar, processar e punir os fatos relativos ao caso, realizar a tipificação do delito de desaparecimento forçado de pessoas, continuar com a capacitação das Forças Armadas em matéria de direitos humanos, esclarecer o paradeiro das vítimas e efetuar o pagamento de indenização por danos materiais, imateriais e restituição de custas e gastos.

Até o momento, consta na página eletrônica da Corte IDH, que ocorreu uma única supervisão de sentença por parte do Tribunal, realizada em 17 de Outubro de 2014. Das medidas acima citadas, a Corte IDH considerou que a obrigação de publicar a sentença foi plenamente cumprida pelo Brasil. A referida publicação foi realizada em 15 de Junho de 2011 no Diário Oficial da União e um resumo da mesma também foi publicado no jornal O Globo e que houve a divulgação

da sentença no portal eletrônico da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, Caso Gomes Lund).

Além da publicação da sentença, a Corte IDH considerou integralmente cumpridos os pontos resolutivos 19 e 20. Como o ponto resolutivo 20 tratava de uma medida que dependia apenas da atuação dos familiares ou seus representantes para ser implementado, será comentada somente como se deu o cumprimento do ponto resolutivo 19. No mesmo, o Tribunal Interamericano ordenou que o Brasil possibilitasse, pelo prazo de seis meses, a partir da notificação da sentença, que os familiares de determinadas vítimas impetrassem (se quisessem) pedido de indenização utilizando o procedimento previsto pela Lei 9.140/1995.

Na implementação dessa medida, o Estado comprovou que em 23 de janeiro de 2013, divulgou convocação pública de âmbito nacional, com a finalidade de descobrir quem poderia ser beneficiado desta indenização. Em fevereiro de 2014, o Brasil se pronunciou que até aquela data, não haviam sido identificados os favorecidos pela indenização. A Corte entendeu que não tinha notícias que demonstrassem a apresentação do pedido de indenização dentro do prazo que foi fixado e que os representantes de Pedro Alexandrino Oliveira Filho não corroboraram e nem evidenciaram a solicitação de indenização, considerando o ponto resolutivo 19 totalmente cumprido pelo Brasil

Em relação as demais medidas, a Corte IDH resolveu continuar realizando a supervisão da sentença

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é um mecanismo que possibilita a averiguação e eventual responsabilização internacional do Estado pelo descumprimento dos Direitos Humanos. Em relação ao Brasil, até o presente momento foram enviados a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana nove casos contra o Brasil, segundo consta no sítio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo que em seis deles o Brasil recebeu uma sentença

condenatória por parte do órgão jurisdicional interamericano (em relação aos demais, em um o Brasil foi absolvido e dois ainda estão pendentes de análise perante a Corte IDH).

Esse cenário demonstra uma fragilidade do nosso ordenamento interno em proteger direitos elementares do ser humano. Em razão do princípio da subsidiariedade, o Sistema Interamericano só pode agir nesses casos onde as instituições domésticas falham no seu dever de tutelar os direitos previstos nos instrumentos internacionais. Disso se percebe que a sua atuação tem por finalidade servir de garantia complementar àquela que se mostrou insuficiente (ou até mesmo inexistente), demonstrando-se que muitas vezes a resolução de uma violação só vai ser proferida em tribunais como a Corte Interamericana.

O Brasil reconheceu a jurisdição interamericana com a edição, em 03 de dezembro de 1998, do Decreto Legislativo 89. A partir desse momento foi possível que a Corte Interamericana julgasse possíveis descumprimentos da Convenção Americana de Direitos Humanos, que encontra-se incorporada ao ordenamento brasileiro desde 06 de novembro de 1992, com a promulgação do Decreto 678. Isso gerou para o Estado brasileiro inúmeros deveres, dentre eles aquele que foi o objeto central dessa dissertação: a obrigação de implementar as sentenças que condenam o país, em razão do disposto no Art. 68.1 do Pacto de San José.

Foi analisado no presente trabalho, como nosso País vem dando cumprimento aos julgamentos realizados pelo tribunal interamericano e quais foram os obstáculos enfrentados na execução dessas sentenças. Foram escolhidas quatro sentenças que já tiveram a supervisão do seu cumprimento realizadas por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Os casos Damião Ximenes Lopes, Sétimo Garibaldi, Escher e "Guerrilha do Araguaia".

Desses casos, o único que teve cumprimento integral foi o caso Escher. Nos demais, foram identificados fatores institucionais, jurídicos, orçamentários e aqueles oriundos do DIP que trouxeram desafios a sua plena implementação. Foi identificado que as medidas cumpridas com maior facilidade por parte do Brasil foram a publicação das sentenças e o pagamento de indenizações, já a reparação que mais gerou

dificuldade de implementação foi o dever de investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações dos direitos humanos.

04 REFERÊNCIAS

CAMPOS, Bárbara Pincowsca Cardoso. **Os paradoxos da implementação das sentenças da corte interamericana de direitos humanos**: reflexões sobre o dever de investigar, processar e punir e os casos brasileiros. 2014. viii, 141 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos**: A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a implementação de suas sentenças no Brasil. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes VS Brasil**. Sentença de 04 de Julho de 2006, Série C, n. 149. Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em 23 jan. 2018.

_____. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de mayo de 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_02_05_08.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de Maio de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_17_05_10_%20por.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. **Caso Escher e outros vs. Brasil**. Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, de 06 de julho de 2009. Série C, nº 200. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de Maio de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escher_17_05_10_por.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de Junho de 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escher_19_06_12_por.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. **Caso Garibaldi Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. 23 set. 2009. Série C N°. 203. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de Fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garibaldi_22_02_11_por.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de Fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garibaldi_20_02_12_por.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.24 nov. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil.** Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de Outubro de 2014

FRANCO, Thalita Leme. **Efetividade das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**: identificação dos marcos teóricos e análise da conduta do Estado brasileiro. 2014. 149 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo.

JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KRSTICEVIC, Viviana. **Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: Aportes para los procesos legislativos, Buenos Aires: Center for Justice and International Law - CEJIL, 2009.

LEITE, Rodrigo Almeida de. As Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Execução no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró, Rio Grande do Norte, vol. 08, n. 1 (4), 2006.

MAEOKA, Erika. **O acesso à justiça e os desafios à implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos**.2009. 209 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial). Universidade Estadual de Londrina.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Rafaela Teixeira Sena; PACHECO, Ana Paula Oliveira da Silva; FERREIRA, Victória Cristiane de Figueiredo. Como os Estados cumprem suas condenações internacionais? As medidas de adequação institucional criadas pelo Brasil e México para dar cumprimento às sentenças da Corte IDH. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (orgs). **O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Brasil, Argentina, Colômbia e México. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PÁDUA, Antônio de Maia e. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. **Cuestiones Constitucionales**, n. 15, julio-diciembre. México, 2006.

PEREIRA, Taís Mariana Lima. O cumprimento das decisões da corte interamericana de direitos humanos pelo brasil. **Espaço Jurídico: Journal of Law [EJJL]**, [S.l.], v. 14, n. 2, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, 2013.

SANTOS, Juliana Corbacho Neves dos. A execução das decisões emanadas da Corte interamericana de direitos humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 8, n. 1, 2011.

SANT'ANA, Janice Cláudia Freire. **O Brasil e a execução de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). **Implementação das Recomendações e Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil**: institucionalização e política. São Paulo: Direito GV, 2013.

A EFETIVIDADE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS EM VIOLAÇÕES ESTRUTURAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS CASOS DE LETALIDADE POLICIAL DO BRASIL

Bruna Sueko Higa de Almeida

INTRODUÇÃO

A história da proteção dos direitos humanos na ordem internacional tem início através de exaustivas conferências na busca pela elaboração de tratados internacionais até, finalmente, alcançar-se um consenso positivado, em 1948, na Declaração Universal de Direitos do Homem. Essa proteção tem origem também em ulteriores construções jurisprudenciais de tribunais internacionais responsáveis pela interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos (RAMOS: 2016).

Em âmbito internacional, um Estado pode ser responsabilizado por violações de direitos humanos de seus nacionais. Dentre os três sistemas regionais[29], destacamos, nesta pesquisa, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), do qual fazem parte a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

29 Não existe, ainda, um Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos. Mas existem 3 Sistemas Regionais Internacionais: o Europeu, o Interamericano e o Africano.

A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), cujo mandato surge a partir da Carta da OEA e da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). A Comissão tem como objetivo promover a observância e defesa dos direitos humanos na região e atua como órgão consultivo da OEA na temática. Enquanto a Comissão é um órgão quase judicial – pois pode emitir recomendações em demandas enviadas contra Estados – a Corte é o órgão judicial que pode emitir sentenças contra Estados violadores de Direitos Humanos.

Cançado Trindade destacava – nos primeiros anos do reconhecimento do Brasil à jurisdição da Corte Interamericana – como as vítimas de violações de direitos humanos não tinham, ainda, assegurada a execução das sentenças da Corte no plano interno (TRINDADE: 1999). Atualmente, o Brasil ainda não conta com uma legislação necessária ao fiel cumprimento das sentenças da Corte. Entretanto, as decisões e sentenças do SIDH impulsionam estratégias de diálogos com os governos a fim de alterar a dinâmica e incidir na orientação de processos políticos e jurídicos.

I - AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: A DUPLA FALHA EM CASOS DE LETALIDADE POLICIAL

Os Estados possuem obrigações positivas e negativas relativamente à CADH. As obrigações negativas correspondem ao dever de o Estado não violar direitos de um indivíduo ou de não o privar de um julgamento justo. Já as obrigações positivas correspondem ao dever estatal de adotar medidas necessárias para garantir e proteger o exercício dos direitos pactuados (PIOVESAN: 1998).

Garantir e proteger os direitos humanos está ligado também à adoção de ações positivas do Estado direcionadas a prevenir e sancionar com eficiência as ofensas que seus nacionais possam sofrer. Busca-se, assim, um equilíbrio entre os direitos e deveres: trata-se da dupla função de proteção dos direitos humanos (PEREIRA, FISCHER: 2018).

Tal entendimento foi concretizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Servellón García y otros v Honduras* ("cuatro

puntos cardinales"), que trata do contexto de violência caracterizado por execuções extrajudiciais e impunidade: "A obrigação positiva de criar as condições que sejam necessárias para que não se produzam violações de direitos humanos se converte no dever, a cargo do Estado, de fazer cessar as condições que permitem a ocorrência reiterada das privações arbitrárias de vida e sua falta de investigação" (CORTE IDH: 2006).

Em casos de letalidade policial, isto é, de execuções extrajudiciais praticadas por agentes da segurança pública, o Estado falha duplamente em suas obrigações. Além de seus próprios agentes serem responsáveis por violações de direitos humanos, o Governo, embora capaz, falhou, ainda, em adotar medidas razoáveis para proteger os indivíduos contra tal ilegalidade (BUERGENTHAL: 1984). Essa dupla falha gera responsabilidade internacional, ou seja, ascende uma obrigação internacional de reparação dos danos causados pela violação prévia de normas internacionais (RAMOS: 2004).

Ademais, ressalta-se que as obrigações positivas têm consequências a respeito do papel político ou promocional do SIDH, pois impõe obrigações aos Estados de implementar políticas voltadas à reparação e proteção dos direitos de camadas menosprezadas da sociedade nacional (ABRAMOVICH: 2009).

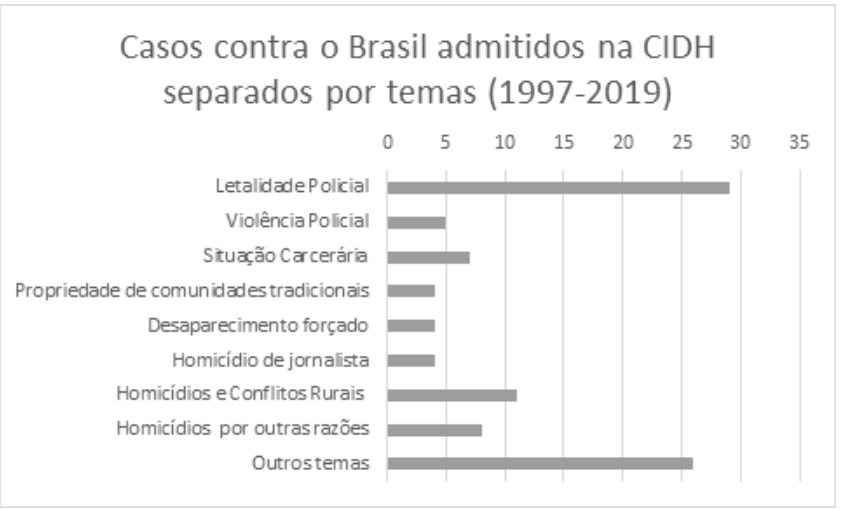
II- AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS DO BRASIL REFLETIDAS NO SIDH

O Brasil, em 1992, ratificou e incorporou internamente a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu, em 1998, a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana. Desde então, entretanto, foi demandado, por diversas vezes, devido a violações de Direitos Humanos cometidas por agentes do próprio Estado, constituindo-se um grave descumprimento dos instrumentos internacionais (TEREZO: 2006).

Desde a ratificação da Convenção, foram enviadas à CIDH centenas de petições contra o Brasil. Até 2019, em 96 petições foi declarada a admissibilidade e, destas petições, 29 são sobre letalidade policial e mais 5 sobre violência policial, o que representa mais de 35% das peti-

ções admitidas, com informe de admissibilidade publicado até 2019[30]. Isto revela que o tema é o mais frequente quando se trata de acusações de violações de direitos humanos cometidas pelo Estado brasileiro, como ilustrado no gráfico a seguir:

Gráfico 1: Casos contra o Brasil admitidos na CIDH separados por tema (1997-2019)



Fonte: elaboração própria com base em dados oficiais disponíveis da CIDH (www.oea.org)

Das petições enviadas contra o Brasil, 17 tiveram Relatórios de Mérito publicados pela Comissão; destes, 11 casos eram de letalidade policial e o Estado brasileiro foi considerado responsável pela Comissão[31]. Sendo estes: **(i)** *Caso Ovelário Tames* (1999); **(ii)** *Alonso Eugénio da Silva* (2000); **(iii)** *Marcos Aurélio de Oliveira* (2000); **(iv)** *Carandiru* (2000); **(v)** *Aluísio Cavalcante e outros* (2001); **(vi)** *Diniz Bento da Silva* (2002); **(vii)** *42º Distrito Policial, Parque São Lucas* (2003); **(viii)** *Corumbiara* (2004); **(ix)** *Jailton Neri da Fonseca* (2004); **(x)** *Antônio Ferreira Braga* (2008); **(xi)** *Wallace de Almeida* (2009).

30 Informações oficiais disponíveis em: <http://www.oea.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp>. Acesso em 17 de maio de 2020.

31 A Comissão emite decisões de mérito, não vinculantes, com Recomendações para os Estados.

Ademais, em 2017, ocorreu a primeira condenação do país perante a Corte[32] em um tema de letalidade policial: o emblemático Caso *Favela Nova Brasília*.

Embora tenha emitido diversas Recomendações (que serão analisadas adiante) com vistas a dirimir o grave problema da letalidade policial no país, a CIDH registrou, em outubro de 2018, em visita *in loco* feita no Brasil que a violência institucional e a impunidade seguiam sendo uma grave fragilidade brasileira[33]. Assim, a taxa de mortes oriundas de abordagens policiais coloca o país negativamente em destaque internacional.

III – OS PADRÕES ESTRUTURAIS DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS EM CASOS DE LETALIDADE POLICIAL

Uma das principais contribuições do SIDH é a capacidade de guiar princípios da atuação dos Estados, procurando examinar os contextos sociais e institucionais em que casos isolados se desenvolveram e, assim, ampliar o foco para situar casos específicos em padrões estruturais de exclusão institucional e de discriminação e violência contra grupos ou setores sociais determinados (ABRAMOVICH: 2009).

A partir da análise dos citados 11 casos de letalidade policial em que houve responsabilização do Brasil, identifica-se parâmetros estruturais que constituem tal violação, como (i) falta de capacitação em direitos humanos para agentes da segurança pública e, consequente, discriminação racial em operações policiais (ii) estereótipo de vítimas, em geral, jovens negros e pobres; (iii) culpabilidade da vítima por sua própria morte ou lesão, sendo, geralmente, argumentado que ela quem causou a ação policial; (iv) padrão de falhas investigativas, geralmente arquivadas rapidamente; e (v) "foro privilegiado" da jurisdição militar,

32 A Corte emite sentenças vinculantes condenando os Estados por violações de direitos humanos.

33 OEA, CIDH conclui vista a Brasil, Comunicado de Imprensa, 12 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/238.asp>. Acesso em 23 de maio de 2020.

responsável pelo julgamento de membros de sua própria corporação; (vi) não punibilidade dos policiais causadores dos homicídios.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019 acusou o número alarmante de 6.220 mortes de 'civis' decorrentes de intervenções policiais, contabilizando-se uma média, por dia, de 17 assassinatos cometidos por policiais, e um crescimento de 19,2% em relação ao ano anterior (FBSP: 2019). O número crescente de mortes revela também uma enraizada subcultura de violência dentro das unidades policiais, o que culmina em uma guerra sem fim que coloca em risco não só a vida da sociedade como também a dos próprios policiais alvos de vingança (SOUZA, OLIVEIRA: 2008). Além de criar uma grande insegurança à sociedade, que, paradoxalmente, mais teme a polícia do que a tem como símbolo de segurança (FBSP: 2019).

A competência de investigar crimes cometidos por policiais pelos próprios órgãos da corporação é frequentemente objeto de Recomendações pela Comissão Interamericana. Constituir órgãos independentes e imparciais para investigar condutas delituosas praticadas por policiais é uma ação fundamental e necessária para defender os direitos humanos no Brasil. As falhas nas investigações de casos de letalidade policial levaram a Comissão a elaborar, por diversas vezes, recomendações relativas à mudança de competência para investigar tais crimes[34].

Ademais, as execuções extrajudiciais cometidas por policiais são frequentemente registradas como "auto de resistência" ou "homicídio decorrente de intervenção policial" a fim de justificar legítima defesa e encobrir as execuções. Também, com investigações falhas e falta de perícia, muitos casos restam inconclusos e muitas vidas injustiçadas (Relator Especial: 2007).

Portanto, sublinha-se o importante papel do SIDH, e principalmente da Comissão Interamericana, como especialista em identificar padrões estruturais de violações de direitos humanos, formular relatórios denunciando a continuidade de tais violações e emitir as medidas recomendadas para deter tais violações.

34 Vide Relatórios de Mérito publicados no site oficial da OEA: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>. Último acesso em 01 de julho de 2020.

IV - O CUMPRIMENTO DAS RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO E SENTENÇAS DA CORTE

A Comissão Interamericana possui, com fulcro no artigo 59 do Regulamento da CIDH, um sistema de monitoramento, verificando o seguimento de medidas adotadas pelos Estados para cumprir as recomendações. Através da elaboração de relatórios anuais, destacam-se progressos alcançados e dificuldades que houverem surgido para uma efetiva observância dos direitos humanos[35].

A Corte Interamericana, da mesma forma, supervisiona o cumprimento de suas decisões por parte dos Estados, e publica as resoluções emitidas na etapa de supervisão de cumprimento, com fulcro no artigo 69 do Regulamento da Corte IDH[36].

Através dos relatórios publicados, é possível analisar a falta de cumprimento do Brasil em algumas recomendações formuladas pela Comissão nos 11 casos citados – que, em geral, são classificados como "Cumprimento Parcial" [37] – e na sentença do Caso *Favela Nova Brasília*, em que, a Corte, em sua última supervisão, deliberou que manteria aberta a supervisão com relação às medidas de, dentre outras:

(i) investigar e punir os responsáveis pelas mortes e torturas; (ii) estabelecer mecanismos normativos necessários para que casos de letalidade policial sejam investigados por órgãos não militares; (iii) estabelecer metas e políticas de redução de letalidade e violência policial; (iv) implementar cursos de direitos humanos para a Polícia Civil e Militar; (v) adotar medidas para eliminar expressões como "autos de resistência", em casos de homicídios praticados por policias (CORTE IDH: 2019).

35 Ver informações oficiais em: <https://www.oas.org/pt/cidh/actividades/monitoramento/marco-juridico.asp>. Último acesso em 01 de julho de 2020.

36 Ver informações oficiais em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Último acesso em 01 de julho de 2020.

37 Ver Informações oficiais sobre o estado de cumprimento das recomendações em: <https://www.oas.org/es/cidh/actividades/seguimiento/casos.asp>. >. Último acesso em 01 de julho de 2020.

Verifica-se, portanto, que as principais medidas não foram cumpridas pelo Estado brasileiro e, assim, questiona-se a efetividade das recomendações e sentenças e do próprio Sistema Interamericano. Entretanto, como se abordará a seguir, a análise de efetividade do SIDH não deve ser tão imediata e limitada.

V - O PAPEL POLÍTICO DO SIDH

Casos submetidos ao Sistema Interamericano se tornam exemplos de necessidade de melhora do comportamento do Estado em relação ao cenário internacional de proteção dos direitos humanos, e ganham maior visibilidade da mídia, adentrando em uma discussão da comunidade nacional e internacional. Casos posteriores tratando de semelhantes violações podem encontrar, através da solução daqueles casos em destaque, o reconhecimento da gravidade das violações (CORREIA, KOWARSKI: 2019).

Neste sentido, um caso no Sistema Interamericano costuma ser considerado, pelas áreas interessadas de um governo, como uma oportunidade de superar resistências internas neste mesmo governo, e, através da repercussão política, incidir na definição de políticas públicas em relação à matéria sobre a qual o caso concerne (TISCORNIA: 2008).

O Sistema Interamericano transformou-se, então, em um palco privilegiado de ativismo da sociedade civil, que desenvolveu estratégias para aproveitar no âmbito nacional a repercussão internacional dos casos denunciados. Deste modo, a sociedade civil e as organizações sociais valem-se deste palco internacional para alcançar posições privilegiadas de diálogo e negociação com seus governos, a fim de alterar a dinâmica de alguns processos políticos, incidir na orientação de suas políticas e transformar o funcionamento de instituições públicas (ABRAMOVICH: 2009).

Assim sendo, algumas organizações sociais adquiriram experiência suficiente para se articularem junto aos seus pares em diversos países e potencializarem a luta contra violações estruturais, em temas regionais de interesse comum, como o da letalidade e violência policial (MACDOWELL SANTOS: 2007).

Por fim, destaca-se, então, o importante papel político do Sistema Interamericano e a articulação de organizações civis que buscam se inserir neste Sistema a fim de pressionar internacionalmente seus Estados.

VI – A ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO SIDH

A análise da efetividade do Sistema Interamericano traz consigo o indissociável estudo da eficácia dos órgãos jurisdicionais e dos quase jurisdicionais. Os estudos sobre a eficácia de órgãos jurisdicionais geralmente se concentram na análise do cumprimento formal de sentenças. O procedimento de monitoramento adotado por órgãos internacionais, já abordado anteriormente, é essencial para potencializar o comprometimento dos Estados em realizar ações governamentais realmente transformadoras, como, por exemplo, a implementação de políticas públicas protetivas de direitos humanos que sejam avaliadas continuamente e modificadas para atender demandas sociais (TEREZO: 2006).

Por outro lado, apesar da supervisão de cumprimento ser um importante instrumento para assegurar a vigência e a eficácia do Sistema Interamericano – como a própria Corte afirmou em seu Relatório Anual de Trabalhos (CORTE IDH: 2010) – não se pode limitar o estudo de sua eficácia apenas ao cumprimento formal.

Uma análise da eficácia do Sistema Interamericano focado apenas no cumprimento formal de sentenças tende à uma superficialidade quanto aos impactos jurídicos e sociais destas decisões, uma vez que, conferindo-se apenas o resultado final, desfalcam-se ações que possivelmente contribuem para a adequação do ordenamento interno a uma determinada linha jurisprudencial internacional. Além de se ofuscar a multidimensionalidade dos efeitos difusos das decisões, que se relacionam a sua maior ou menor eficácia (CALABRIA: 2017).

O limitado entendimento formalista de eficácia tem sido ampliado em estudos recentes, buscando-se incluir, no conceito, a apreciação

dos impactos na ordem social e jurídica produzidos por decisões adjudicatórias. Quando discutimos a efetividade internacional judicial, devemos focar, então, no grau em que as cortes internacionais geram um particular conjunto de efeitos internamente (GUZMAN: 2008).

Dentre os efeitos adversos que as decisões internacionais podem trazer, destaca-se o fortalecimento de instituições e da sociedade civil, a maior potência da litigância estratégica de organizações, a socialização de um vocabulário comum de direitos, a implementação de reparações e a capacidade de guiar parâmetros e princípios para a atuação de Estados democráticos em situações concretas (SHANY: 2012).

Assim, não se trata de incidir com uma força coativa, da qual o Sistema Interamericano carece, mas sim de investir em sua força persuasiva. Através da análise e detecção de padrões estruturais de violações de direitos humanos, o SIDH pode, por exemplo, invalidar decisões judiciais que pretendem encerrar investigações para beneficiar camadas privilegiadas em detrimento das vítimas menosprezadas (KRSTICEVIC: 2007).

Portanto, apreende-se dois importantes aspectos que não podem ser ignorados na análise da efetividade do SIDH: (i) o ativismo transnacional através do Sistema Interamericano e (ii) a articulação do SIDH com os sistemas locais de justiça nacionais. Estes aspectos serão abordados mais detalhadamente a seguir.

VI.I – O ativismo transnacional através do SIDH

Como citado anteriormente, o papel político do Sistema Interamericano como potencializador de vozes, torna-o em um palco para o ativismo transnacional, principalmente para as camadas marginalizadas da sociedade (MACDOWELL SANTOS: 2007). Assim, ativistas domésticos que acham seu governo não receptivo buscam o apoio de, entre outros, ONGs que apelam às normas internacionais para impulsionar órgãos supra estatais a exercerem pressão sobre o Estado. Através dos padrões internacionais, define-se com mais precisão e maior poder político as reivindicações dos movimentos sociais (NELSON, DORSEY: 2007).

A exemplo, no âmbito da letalidade policial no Brasil, cita-se o Movimento Mães de Maio, uma rede de mães, familiares, amigas e

amigos das vítimas da violência do Estado Brasileiro, formado a partir dos Crimes de Maio de 2006, em que mais de 500 pessoas foram executadas por um grupo de extermínio formado por policiais do estado São Paulo. O movimento descreve que sua missão é "lutar pela Verdade, pela Memória e por Justiça para todas as vítimas da violência contra a população Pobre, Negra, Indígena e contra os Movimentos Sociais brasileiros, de Ontem e de Hoje". E que buscam "Verdade e Justiça para todas as vítimas do massacre contínuo que o estado pratica historicamente no país" (MÃES DE MAIO: 2011).

Além de reuniões com a CIDH, relatando a continuidade das execuções extrajudiciais por policiais, o Movimento Mães de Maio cobra internacionalmente respostas do Estado sobre os assassinatos cometidos e a reabertura das investigações no âmbito federal. Após forte pressão da sociedade civil, houve, finalmente, um envio de pedido de federalização ao Superior Tribunal de Justiça para que as investigações da chacina do Parque Bristol – apenas um entre inúmeros casos de execuções sumária ocorridos entre 12 e 21 de maio de 2006 – passassem para as mãos da Polícia Federal e do Ministério Público Federal[38].

As mães participantes do citado movimento relataram as execuções de seus filhos também na Comissão Parlamentar de Inquérito do Assassinato de Jovens (CPIADJ) – criada com o objetivo de investigar o assassinato de jovens no Brasil, identificando as causas e os principais responsáveis pela violência letal contra esta parcela da população – que formulou, em 2016, um Projeto de Lei visando instituir o Plano Nacional de Enfrentamento ao Homicídio de Jovens (Senado Federal: 2016).

Outro exemplo recente é do movimento Coalizão Negra por Direitos, grupo com mais de 60 organizações antirracistas, que realizou uma denúncia ante à Comissão Interamericana, em fevereiro de 2020, contra a violência policial e o genocídio contra os jovens negros em curso no Brasil. O movimento levou, na denúncia, di-

38 Mães de Maio cobram na OEA reabertura das investigações sobre crimes de 2006. Conectas Direitos Humanos, São Paulo. 01 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/organizacoes-denunciam-letalidade-policial-da-pm-paulista-na-oea>. Acesso em 26 de junho de 2020.

versos homicídios praticados por policiais que continuam ocorrendo diariamente no país[39].

Os movimentos sociais são muitas vezes auxiliados por ONGs especializadas em direitos humanos, cuja atuação – chamada de litigância estratégica – também se promove através da experiência de inserção no Sistema Interamericano. A litigância estratégica envolve um compromisso crescente, em relação ao alcance do direito internacional dos direitos humanos, para a formação de processos de governança transnacionais, constituições e leis nacionais, políticas econômicas e sociais, e a conduta de uma série de atores estatais, interestatais e corporativos (NELSON, DORSEY: 2007).

A advocacia internacional em direitos humanos está associada a organizações que atuam no campo dos direitos humanos internamente, lidando diretamente com vítimas e com a resistência do sistema de justiça nacional em oferecer uma resposta adequada para vítimas e perpetradores de violência, auxiliando as vítimas no acesso às instâncias internacionais (OLIVEIRA: 2018).

Nos casos de letalidade policial, um dos principais litigantes é a Centro pela Justiça e Direito Internacional, ONG Internacional mais conhecida como CEJIL, por sua sigla em inglês. No Brasil, atuaram no, já citado, caso *Favela Nova Brasília*, em que, além do CEJIL, também foi peticionário o Instituto de Estudos da Religião (ISER), que tem como um dos eixos temáticos de pesquisa o tema da Violência e Direitos. Neste caso, a Defensoria Pública do Estado (DPE) atuou, também, como *amicus curiae*, ajudando com seu conhecimento fático. Deste modo, combinou-se o grande conhecimento sobre a situação da letalidade policial no Brasil pelo ISER e pela DPE, com o conhecimento do direito internacional dos direitos humanos e litígios perante o Sistema Interamericano, fornecido pelo CEJIL (CORTE IDH: 2017).

Assim, demonstra-se a importância do Sistema Interamericano para que movimentos sociais e ONGs atinjam novos patamares de diá-

39 OEA recebe denúncia do movimento negro sobre violência policial no Brasil. Grupo Prerrô, 28 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.prerro.com.br/oea-recebe-denuncia-do-movimento-negro-sobre-violencia-policial-no-brasil/>. Acesso em 27 de junho de 2020.

logos com seus governos e formulem novas estratégias internacionais de combate às violações de direitos humanos.

VI.II - A articulação do SIDH com os sistemas locais de justiça do Brasil

A jurisprudência da Corte é considerada como "guia inescusável" para a interpretação da Convenção Americana pelos juízes locais, influindo em decisões judiciais internas – realizando-se o controle de convencionalidade – para sustentar (i) os limites e (ii) a amplitude de determinados direitos.

Quanto ao controle de convencionalidade, sublinha-se a importância dos Tribunais nacionais superiores se pautarem em precedentes de interpretação de órgãos internacionais judiciais, ou quase-judiciais, para invocar a interpretação de tratados internacionais, evitando-se uma lúdica e paradoxa interpretação internacional local (RAMOS: 2011). Assim, há, por exemplo, decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que trazem decisões da Corte Interamericana para acertadamente sustentar seus argumentos.

A exemplo do uso de precedentes da Corte Interamericana para sustentar o limite de direitos em decisões do STF, cita-se o HC 105.256, que discutia a competência da Justiça Militar para julgar delitos praticados por civis, sustentando que o foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas sim para delitos castrenses nas circunstâncias do art. 9º do Código Penal Militar (STF: 2012). No referido *Habeas Corpus*, citou-se, como precedente, o *Caso Palamara Iribane v Chile*, em que a Corte Interamericana determinou que o Estado deveria adequar sua legislação interna aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar (CORTE IDH: 2005).

Ainda quanto a interpretação da competência da jurisdição militar, o Ministério Público Federal (MPF), ao propor a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5804/RJ em face da Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017 – na parte em que alterou o art. 9° do Código Penal Militar, expandindo a competência da justiça castrense – valeu-se de precedentes da Corte Interamericana. Citou-se, como sólida jurisprudência acerca do alargamento inapropriado e indevido da competência

da justiça militar os seguintes precedentes: *Caso 19 Comerciantes* (2004, parágrafos 164 a 177), *Caso Almonacid Arellanos* (2006, parágrafos 130 a 133), *Caso Cantoral Beanvides* (2000, parágrafos 111 a 115), *Caso Durante Y Ugarte* (2000, parágrafos 115 a 118) e *Caso Las Palmeiras* (2001, parágrafo 51 a 54). Na citada ADI, o MPF sublinhou a necessidade de exercício permanente de controle de convencionalidade da normatização interna (MPF: 2018).

Outro exemplo, agora sustentando-se a amplitude de direitos, é a recente decisão liminar do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 635 concedendo ordem para que não fossem realizadas operações policiais em comunidades durante a pandemia do COVID-19. Na decisão de junho de 2020, o ministro relator registrou que "o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Favela Nova Brasília*, não apenas pela violação às regras mínimas de uso da força, mas também por não prever protocolos para o uso da força, seja para atestar a necessidade do emprego, seja para fiscalizá-lo" e argumentou que "se espere que, a partir da condenação do Estado brasileiro, medidas concretas sejam adotadas para evitar que os lamentáveis episódios de Nova Brasília não se repitam" (STF: 2020).

Assim, sublinha-se a importância dos julgados da Corte IDH para promover a articulação do Sistema Interamericano com os sistemas nacionais de justiça de forma a internalizar, de forma efetiva, uma discussão que já tenha tomado proporções internacionais.

VI.III – A assertiva efetividade do SIDH

Como analisado, apesar do *status* de cumprimento parcial de recomendações da Comissão e sentenças da Corte em casos de letalidade policial do Brasil, não se pode olvidar os amplos papeis do SIDH, principalmente no que concerne a violações institucionais provenientes de uma subcultura enraizada de execuções extrajudiciais por agentes do Estado e impunidade. Assim, notabiliza-se a qualidade de potencializador de diálogos de organizações sociais com seus Estados e validador de interpretação convencional para a garantia de direitos protegidos

internacionalmente que guarnece a efetividade do Sistema Interamericano em violações estruturais de direitos humanos.

VII – O (NÃO) PARADOXO ENTRE SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS

De acordo com o demonstrado nos tópicos anteriores, as execuções extrajudiciais cometidas por policiais são frequentes no Brasil. Em diversas abordagens, as autoridades policiais usam força desnecessária e excessiva, causando homicídios que nunca são solucionados.

A letalidade policial representa um grave problema à segurança pública, já que policiais matam e morrem numa frequência incompatível com os valores básicos de uma sociedade democrática que almeja a paz (FERREIRA: 2019). Paradoxalmente, a autoridade policial viola direitos humanos determinados para castigar uma intenção de violação a esses mesmos direitos (GALLARDO: 2014). Direitos humanos são violados para que possam ser protegidos, a vida é eliminada em nome de sua preservação (SOUSA SANTOS: 2007). Isto faz com que a violência seja tolerada pelo Estado a depender de contra quem é praticada (SILVA: 2015).

A segurança pública e a tutela dos direitos humanos não são conceitos opostos, mas sim intrinsecamente conectados de forma que se complementam a medida em que a efetiva segurança só é garantida quando são assegurados, a todos, os direitos humanos mínimos, dentre eles, e principalmente, a vida (ANISTIA INTERNACIONAL: 2014).

CONCLUSÃO

A análise de casos de letalidade policial do Brasil que chegaram às instâncias internacionais permite perceber que há violações de direitos humanos com padrões estruturais identificados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ainda que muitas recomendações da Comissão Interamericana e medidas sentenciadas pela Corte Interamericana dos casos analisados não tenham sido, até então, plenamente cumpridas, é essencial sublinhar a importância dos precedentes advindos destes órgãos para potencializar a promoção de direitos humanos e a luta contra a mitigação destes mesmos direitos; além da articulação

entre o SIDH e os órgãos nacionais que se embasem em precedentes da Corte Interamericana para suas decisões judiciais locais, concretizando, assim, portanto, a assertiva efetividade do Sistema Interamericano.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor. **Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** SUR, v 6, n 11, dez. 2009, p 7-39.

BUERGENTHAL, Thomas. **The Inter-American system for the protection of human rights**, 1984, p. 442.

CALABRIA, Carina. **Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1286-1355, Junho 2017.

CORREIA, Ana Luiza de M. G.; KOWARSKI, Clarissa B. de C.; **O Estado Brasileiro perante as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: O Caso Vladmir Herzog.** Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 04, n. 01, p.67-81, jan./mar. 2019.

FERREIRA, Poliana da Silva. **Direitos Fundamentais e letalidade policial: sentidos opostos numa mesma trilha.** Revista eletrônica de direito e sociedade, Canoas, v. 7, n. 2, 2019, p. 112-126.

GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica: matrizes e possibilidades de direitos humanos.** Traduzido por Patrícia Fernandes. São Paulo, Unesp, 2014, p.32.

GUZMAN, Andrew. **International Tribunals: A Rational Choice Analysis**, 157 U. PA. L. Rev. 171. 2008. pag. 188.

KRSTICEVIC, Viviana. **Reflexiones sobre la Ejecución de las Decisiones del Sistema Interamericano de Protección de De-**

rechos Humanos. In: TOJO, Liliana; KRSTICEVIC, Viviana. **Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.** Jurisprudencia, Normativa y Experiencias Nacionales". Buenos Aires: CEJIL, 2007, p. 15-112.

MACDOWELL SANTOS, Cecília. **Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 4, n. 7, p. 26-57, 2007.

NELSON, P.; DORSEY. E. **New Rights Advocacy in a Global Public Domais.** European Journal of International Relations, Junho 2007.

OLIVEIRA, Érico de Lima. **Litigância estratégica no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos.** Fórum DPU. Escola Superior da Defensoria Pública da União, v. 4, nº 12, 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 85.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad. 1996. p. 225.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional.** R. Fac. Dir. USP. v. 106/107. jan/dez 2011/2012. p. 497-524.

SHANY, Yuval. **Assessing the effectiveness of International Courts: A Goal-Based Approach.** The American Journal of International Law, vol. 106, no. 2, 2012, pp. 225–270.

SILVA, Eliana Sousa. **Testemunhos da Maré.** 2. ed. Rio de Janeiro, Mórula, 2015, p. 61.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes.** Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 79, p. 71-94, Nov. 2007.

SOUZA, R. B. M. de & OLIVEIRA, A. L. de. **Subcultura no uso da força policial: uma análise do uso da força policial a partir da teoria das representações sociais.** 2008.

Relatório do Relator Especial de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, missão ao Brasil em 2007, parágrafo 85.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **A efetividade das recomendações da comissão interamericana de direitos humanos no Brasil.** RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n. 46, p . 211-234, jul./dez. 2006.

TISCORNIA, Sofía. **Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio.** 1a ed. Buenos Aires : Del Puerto/CELS, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, v.2, p. 184.

CASOS

Corte IDH. *Caso Servellón García e Outros Vs. Honduras*. Sentença de 21 de setembro de 2006. par. 108.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. par. 256.

Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil.* Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C No. 333.

Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de octubre de 2019.

PROCEDIMENTOS E JULGADOS NACIONAIS

Ministério Público Federal (MPF). **ADI 5804/RJ.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 21 de agosto de 2018.

Senado Federal. **CPI Assassinato de Jovens.** Relator Senador Lindbergh farias. 2016.

Supremo Tribunal Federal (STF). **HC 105.256/PR** – Paraná. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 08 de junho de 2012.

Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 635/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Edson Facchin. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 05 de junho de 2020.

RELATÓRIOS

Anistia Internacional. **O Estado dos Direitos Humanos no Mundo.** Informe 2014/15.

Corte IDH. **Relatório anual dos trabalhos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, 2010. p. 10.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2019.** Anual. ISSN 1983-7364. Pág. 8.

Movimento Mães de Maio. **Do luto à luta.** São Paulo, maio de 2011.

A CIDADANIA AMPLIADA PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O JUS STANDI INDIVIDUAL COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA FACE À REDEFINIÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL

Guilherme Stabile Nogueira

INTRODUÇÃO

A narrativa dos direitos humanos é relativamente recente na história. A noção de que existem direitos aplicáveis indiscriminadamente a todos os seres humanos teve como marcos historiográficos e principiológicos a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), as Declarações Americana e Universal de Direitos Humanos (1948) e a Declaração e Programa de Ação de Viena (1991). No que tange aos instrumentos vinculantes em sua essência – tratados de direitos humanos –, cita-se os dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos no âmbito do sistema ONU (cívico-políticos e sociais, econômicos e culturais) e as Convenções Regionais de proteção, como o Pacto de San José da Costa Rica no âmbito do sistema de proteção americano e as Convenções Europeia e Africana de Direitos Humanos, sem perder de vista as dezenas de tratados concluídos. A miríade de instrumentos internacionais existentes para tutelar a dignidade

humana evidencia que os direitos humanos converteram-se em tema global. Este trabalho tem como norte a investigação da relação entre a proteção dispensada a esses direitos relacionados ao piso existencial humano, sobretudo pelo viés do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e a formulação de uma nova proposta de conceituação de cidadania, adotando o ponto de vista arendtiano que define cidadania como *direito a ter direitos*.

Atualmente, em que pese o paulatino crescimento em importância dos mecanismos internacionais de vindicação de direitos, não nos parece haver suficientes estudos acerca do tema da capacidade jurídica individual no plano internacional. A ideia, muito cara à temática da cidadania, de que o direito de acesso à justiça é um supra-direito, pois viabiliza o exercício dos demais, pode ser transposta para o ordenamento jurídico internacional de forma a questionar-se se é possível, e se o caso, em que medida, pode o indivíduo obter acesso diretamente à jurisdição internacional, que classicamente somente admite a participação de entes estatais (ordem estatocêntrica). A discussão dar-se-á sob a perspectiva da ressignificação da soberania estatal pelo processo de internacionalização dos direitos humanos. A soberania será abordada para discussão de suas molduras, se pode continuar sendo definida unicamente como bloqueio da ingerência externa (soberania clássica ou westphaliana), ou deve redimensionar-se, transformando-se na capacidade concreta dos Estados prestarem a seus cidadãos serviços essenciais e proteção contra a violência arbitrária, com tendência à abertura à ordem internacional e proteção dos direitos humanos (soberania humanizada). Essa soberania humanizada é vital para que haja real entranhamento da jurisdição internacional na jurisdição interna, ampliando os foros para defesa dos direitos humanos. Nesse sentido, advogar-se-á para que o indivíduo, destinatário último da norma protetiva, tenha reconhecida sua capacidade processual no âmbito internacional, mediante a concessão do *jus standi*, para que haja de fato a vindicação de seus direitos internacionalmente protegidos. Para tanto, adotar-se-á o método da pesquisa bibliográfica, dividindo-se o trabalho em três fases, quais sejam: ***a)*** a afirmação da juridicidade dos direitos humanos, assentando portanto sua exigibilidade e delimitando sua extensão; ***b)*** a transposição de um conceito de cidadania derivado de Hannah Arendt

para a ordem internacional, visando a concretização de um princípio do acesso à justiça internacional e ***c)*** a superação do obstáculo da soberania clássica, através de sua ressignificação e humanização, adaptando-a ao contexto da era de consolidação dos direitos humanos no vocabulário universal.

NATUREZA, EXTENSÃO E EXIGIBILIDADE JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM INTERNACIONAL

A natureza dos direitos humanos, mormente quando coligada aos temas da cidadania e do acesso à justiça no contexto da ordem internacional, é de difícil circunscrição. Quanto à sua conceituação, a doutrina divide-se em vertentes das mais diversas, advogando ora no sentido de uma definição formal, que estabelece que a titularidade dos direitos humanos pertence à pessoa humana, não especificando claramente seu conteúdo, ora no sentido de uma definição teleológico-material, prelecionando que direitos humanos são todos os direitos necessários ao desenvolvimento digno do indivíduo (RAMOS, 2016, p. 39). Ponto controvertido – e de vital importância – é a questão da exigibilidade jurídica desses direitos. Amartya Sen, ao discorrer sobre a crítica da legitimidade dos direitos humanos, defende que tais direitos configuram argumentações ético-políticas, descoladas de uma imediata vinculação no plano do Direito, conforme se dessume da passagem de *Desenvolvimento como Liberdade*:

> Com efeito, é melhor conceber os direitos humanos como um conjunto de pretensões éticas, as quais não devem ser identificadas com direitos legais legislados. [...] Temos de julgar a plausibilidade dos direitos humanos como um sistema de raciocínio ético e como base de reivindicações políticas. (SEN, 2000, p. 264)

Entretanto, em que pese a relevante reflexão de Amartya Sen, os direitos humanos como mecanismo concretizador da cidadania plena e da dignidade humana, especialmente no plano internacional, não podem ser considerados inexigíveis juridicamente por serem – erronea-

mente – considerados meramente uma predeterminação moral, sob o risco de reduzir consideravelmente sua eficácia e tolher o sentido de seus meios reivindicatórios. As pretensões éticas que revestem os direitos humanos são, nesse sentido, o substrato axiológico que oferece fundamento moral ao caráter jurídico dos direitos humanos, e não o que compõe sua verdadeira natureza. A afirmação da juridicidade desse conjunto de direitos protetivos do chamado *mínimo ético irredutível* é de vital importância para a implementação prática dos direitos humanos, e nesse viés, o papel das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, enquanto manifestação da jurisdição internacional, assume relevância fundamental. É que o acesso à justiça internacional não pode ser exclusivamente formal e declaratório, e sim deve contar com eficácia, o que engloba a execução do julgado. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Baena Ricardo (270 trabalhadores) x Panamá,* paradigmático na consolidação de uma jurisdição internacional efetiva, assim aduziu:

> [...] La jurisdiccíon comprende la facultad de administrar justicia; no se limita a declarar el derecho, sino que tambíem comprende la supervisión del cumplimento de lo juzgado. [...] La efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la proteccíon del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. El cumplimiento de las sentencias está fuertemente ligado al derecho de acceso a la justicia. […] (CorteIDH, 2000, p. 25)

A realização prática dos direitos humanos como decorrência da internacionalização dos direitos humanos guarda relação com a evolução histórica e estágio atual da problemática da proteção supranacional desses direitos, que prima não mais pela abstratividade filosófica das primeiras formulações dos direitos humanos, nem pela positivação local, ocorrida nas décadas passadas, nos diversos Estados-Nação, mas sim pela universalização concreta dos direitos humanos tutelados na ordem internacional (BOBBIO, 1992, p. 30). As violações aos direitos humanos devem, assim, ser combatidas veementemente pela ampliação do

acesso à justiça no plano internacional, formal e materialmente e, para tanto, deve-se adotar uma posição principista, renegando qualquer voluntarismo estatal e primando pela consolidação do *jus naecessarium,* visto tratar-se de problemática relativa à ordem pública internacional, ao *rule of law* nos planos internacional e nacional, fugindo unicamente à tutela estatocêntrica e viabilizando a intervenção idônea das Cortes de Direitos Humanos (TRINDADE, 2013, p. 64).

A justicialização dos direitos humanos na ordem internacional, e a consequente atribuição de força vinculante e exigibilidade jurídica a esses direitos, sobretudo quando tutelados por órgãos judiciais internacionais, vão ao encontro das ideias de Richard Bilder, que afirma:

> [...] as Cortes simbolizam e fortalecem a ideia de que o sistema internacional de direitos humanos é, de fato, um sistema de direitos legais, que envolvem direitos e obrigações juridicamente vinculantes. Associa-se a ideia de Estado de Direito com a existência de Cortes independentes, capazes de proferir decisões obrigatórias e vinculantes […] (BILDER, 1991 *apud* PIOVESAN, 2011, p. 153)

Ademais, em complementação à evolução no campo da justicialização internacional dos direitos humanos, é imperioso destacar o caráter de superioridade normativa dos referidos direitos. Os direitos humanos são constitutivos do cerne da sistemática internacional de proteção do indivíduo e, justamente por pertencer a este núcleo normativo primordial, impõe-se como regra hierarquicamente superior, seja pelo critério do conteúdo – garantir o piso vital mínimo baseado na dignidade da pessoa humana – seja pelo critério formal, visto que pela sua essencialidade compartilhada por toda comunidade internacional, é norma de *jus cogens*. A natureza de norma cogente em sentido estrito é particularmente significativa no sentido de assegurar que não hajam alegações, por parte dos Estados, de que as normas regulatórias desses direitos fundamentais são meramente programáticas. Em verdade, tendo em vista o *princípio da máxima efetividade*, os direitos humanos são dotados de plena e imediata aplicação, não sendo lícito ao Estado-Nação, que historicamente é o maior violador das liberdades básicas

do cidadão, alegar qualquer programaticidade das normas com intuito de se esquivar de sua observância.

Por fim, à vista do caráter eminentemente jurídico e, portanto, exigível dos direitos humanos e de sua extensão por foros de proteção nacionais e internacionais, faz-se necessário mencionar que, para além de gerar obrigações negativas aos Estados – abstenção de praticar atos lesivos a seus cidadãos – os direitos humanos rogam por uma postura positiva, no sentido de promover a coparticipação dos cidadãos nos desígnios da própria nação e na vida pacífica em conjunto com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

A CIDADANIA AMPLIADA: TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O reconhecimento universal dos indivíduos e cidadãos como igualmente merecedores de respeito e dignidade e a percepção de que ninguém e nenhum grupo pode declarar-se superior aos demais subsume-se às construções históricas que originaram esse raciocínio iluminista (COMPARATO, 2015, p. 13). O marco primordial na edificação internacionalizante dos direitos humanos foi a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no contexto da França revolucionária. Sua redação abstrata e generalizante e o espírito dos legisladores da Assembleia Nacional responsável por sua edição revela seu pioneirismo em relação aos documentos precedentes. O caráter revolucionário da concepção de direitos que se aplicam de forma não discricionária é evidenciado pelos pleito do movimento em favor da universalização de direitos básicos a todos os indivíduos, independentemente de nacionalidade ou qualquer requisito que não a própria condição humana.

Em que pese a relevância histórica da cidadania liberal, a qual teve por conotação político-jurídica a afirmação de que todos os indivíduos nascem livres e iguais em direitos, não prosperou a ansiada extensão revolucionária de direitos mínimos a todos os indivíduos, independentemente de laços de nacionalidade. Na verdade, o discurso de eliminação de privilégios culminou, após o esfriamento dos ímpetos revo-

lucionários, na eleição de novos privilegiados (DALLARI, 2004, p. 19). No século XX, fora cunhado por Thomas Marshall (1977, p. 67) um conceito de cidadania baseado no agrupamento de três classes de direitos: a) direitos civis, cujo desenvolvimento se deu durante o século XVIII; b) direitos políticos, afirmados no contexto do século XIX; c) direitos sociais, cuja propagação se deu no decorrer do século passado. Desponta então o momento em que se vislumbra com mais intensidade o início do imbricamento da relação entre cidadania e direitos humanos, pois a própria formulação da cidadania como conjugação de distintos agrupamentos de direitos lembra a clássica divisão dos direitos humanos em gerações.

Reafirmando a ideia de expansão da cidadania e contestando a barbárie da Segunda Guerra Mundial, as Declarações Americana e Universal dos Direitos Humanos, ambas de 1948, complementada posteriormente pela Declaração de Viena de 1993, representou a apoteose da anunciação dos direitos humanos no plano internacional, tornando a igualdade, a liberdade e a fraternidade valores supremos e língua franca entre todas as nações aspirantes a democráticas. Esta noção, de que todas as pessoas são detentoras de direitos inafastáveis, necessários à preservação de sua dignidade inerente, é o liame entre o discurso dos direitos humanos e o da cidadania. A proteção integral da pessoa humana – seja ela tutelada enquanto cidadã de um determinado Estado ou enquanto ser humano desvinculado ou impedido de gozar da defesa de uma jurisdição nacional – somada ao advento do processo de globalização, leva à necessidade de união do enfoque dos direitos humanos com o da cidadania, para que a análise dos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais internacionalmente previstos seja realizada a contento, especialmente no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ambos os discursos – da cidadania e dos direitos humanos – tem por base a noção da dignidade humana, que ganhou força em meados do século XX, no contexto posterior à Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, comentando a aproximação teórica dos institutos, sobretudo no plano internacional, confira-se:

> A partir de uma série de mudanças históricas e culturais, esses conceitos [cidadania e direitos humanos], a princípio inde-

> pendentes, passaram a ser analisados em conjunto, convergindo para um único tronco de ideias pautadas pela premissa de que as pessoas deveriam possuir direitos essenciais para uma existência digna, e também de que seria importante ampliar cada vez mais tais direitos. Foi assim, com base na dignidade humana, que se aproximaram o discurso do Direito Internacional dos direitos humanos e o da cidadania. (SILVEIRA; CAMPELLO; 2013, p. 110)

Observando atentamente a dialética entre o ultraje aos direitos humanos perpetrado pelos regimes totalitários do século XX e a aparente ambiguidade na relação entre o que se declara e o que se efetiva em termos de proteção ao ser humano, Hannah Arendt formulou a definição de cidadania como a consciência do indivíduo sobre seu *direito a ter direitos* (ARENDT, 2012, p. 299-302).

Outrossim, a efetivação dessa cidadania no plano fático e não meramente retórico converge com o paulatino aumento do reconhecimento da importância do papel da jurisdição internacional atuar como copartícipe da jurisdição nacional (TRINDADE, 2013, p. 85), em consonância com o *princípio da complementariedade*, conforme Arendt apregoa:

> Este direito humano [o direito de ser cidadão, de pertencer à uma comunidade política, com todos os atributos inerentes], como todos os direitos, somente pode existir através de mútuo entendimento e garantias recíprocas. Transcendendo os direitos do cidadão – sendo o direito dos homens à cidadania –, **esse direito é o único que só poderá ser garantido pela comunidade de nações**. (ARENDT, 1969, *apud* LAFER, 1988) (trad. do autor)

O fenômeno da internacionalização dos direitos humanos incide sobre a cidadania de tal forma que a torna indissoluvelmente ligada ao respeito à dignidade da pessoa humana, que por sua vez e por sua essencialidade – os direitos humanos são *jus cogens* –, expande sua órbita protetiva para abranger não apenas o Estado-nação, mas toda a co-

munidade internacional, como evidenciado no excerto acima. Nesse sentido, violações de direitos humanos, quando cometidas pelo Estado contra seus nacionais, pressupõe afrontas aos direitos de cidadania, e vice-versa, pois são conceitos codependentes, principalmente quando analisados sob o prisma de sua violação.

Percebe-se, então, a ampliação internacionalizante do significado de cidadania a partir da conversão dos direitos humanos em tema global, relegando ao passado a noção de que o tratamento dispensado pelo Estado ao seu cidadão é questão de jurisdição interna baseado em sua soberania. As diversas redes de proteção de direitos humanos interligadas são uma tautologia proposital, criada no sentido de reforçar o caráter contributivo dos direitos em questão e fortificar o grau de eficácia de sua tutela. Não são, de modo algum, incompatíveis entre si. Em verdade, os foros de proteção nacional e internacional devem ser harmônicos, prevalecendo sempre a exegese *pro homine* dos direitos humanos.

Transpondo-se o conceito arendtiano de cidadania para a ordem internacional, extrai-se a conclusão de que o indivíduo, alienado do exercício efetivo de seus direitos internacionalmente assegurados – ou seja, alijado do *direito a ter direitos* no plano internacional – torna-se um *quase-cidadão*, pois "a sistemática de *accountability* no plano das relações supraestatais integra essa repaginada definição de cidadania" (PIOVESAN, 1998, p. 61), ocasionando a expansão da tutela protetiva dos direitos humanos, de forma a incluir não apenas direitos previstos pelo ordenamento pátrio, mas também pela convenção de uma racionalidade universal que outorga, sobretudo aos órgãos jurisdicionais internacionais, o poder-dever de zelar pela integridade do cidadão cosmopolita.

A transição da noção clássica de cidadania e sua desvinculação do Estado-Nação para sua conceituação contemporânea só pode ser compreendida através da observação do progresso do regime internacional de direitos humanos, no contexto do processo de globalização. Quando nos referimos à cidadania cosmopolita – na nomenclatura kantiana –, referimo-nos a toda uma nova ordem de vinculações estabelecidas entre indivíduos de determinado Estado e a "comunidade

internacional". Como que naturalmente, da aproximação do processo de justicialização crescente dos direitos humanos com a redefinição na significação de cidadania, que passa a abranger o acesso a direitos internacionalmente protegidos, surge a questão sobre a capacidade processual do indivíduo, mormente perante as Cortes de Direitos Humanos. Nesse sentido, confira-se:

> Fundamental para efetivação dos direitos, tanto da cidadania, quanto dos direitos humanos, ou, melhor dizendo, de ambos, já que inseparáveis, é o acesso à justiça e o reconhecimento de todo e qualquer indivíduo como sujeito de direito. A subjetividade jurídica, entretanto, não basta ser apenas formal. É necessário que existam mecanismos capazes de permitir o acesso à justiça e permitam a concretização dos direitos mais fundamentais do ser humano. (CARDOSO, 2013, p. 22)

Tendo em vista que a razão da tutela dos direitos humanos é a proteção finalística do indivíduo, considerado em si mesmo, faz-se necessário a ampliação da sua área de atuação, concedendo-lhe verdadeira *legitimatio ad causam,* de forma que a vindicação de seus direitos coadune-se com o fundamento teleológico da jurisdição internacional de direitos humanos, qual seja, a proteção do indivíduo contra violações de sua dignidade inerente.

A aproximação do léxico dos direitos humanos com o da cidadania pressupõe, atualmente, a ampliação adjetiva dos direitos fundamentais em âmbito internacional, pois somente com a expansão das esferas de justiça se consolidará a derradeira conjugação da proteção estatal dos direitos individuais, zona rotineiramente ocupada pelos direitos de cidadania, com a tutela internacional destes mesmos direitos, espaço geralmente tomado pelo discurso dos direitos humanos. Os direitos humanos, então, são o horizonte da cidadania; a cidadania, por sua vez, é o que confere concretude aos direitos humanos, mediante sua realização no mundo e no interior dos Estados.

Assim, é mister a concessão do *jus standi* ao indivíduo, para que, sem intermediação de terceiros – v.g: Comissão Interamericana – apresente seu caso ao Tribunal Internacional competente. A consolidação do indi-

víduo como real sujeito de direitos no plano da jurisdição internacional é imprescindível para a democratização de todo o sistema, principalmente levando-se em conta que o Estado é historicamente o maior violador dos direitos de seus nacionais, e o direito do indivíduo peticionário, verdadeira parte demandante no processo internacional, de defender sua pretensão perante as Cortes de Direitos Humanos afigura-se como cláusula pétrea da proteção internacional, pois viabiliza o acesso à justiça vis-à-vis o próprio Estado (TRINDADE, 2003, p. 3).

A SOBERANIA RESSIGNIFICADA: IRRECONCIABILIDADE ENTRE A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A MANUTENÇÃO DO CONCEITO CLÁSSICO DE SOBERANIA

O conceito clássico de soberania, forjado no contexto da Paz de Westphalia, pauta-se no poder supremo e absoluto dos Estados, que não reconhece outro acima de si. Atualmente, entretanto, tal definição não pode mais ser aceita sem questionamentos. A contradição entre a eficácia da proteção dos direitos humanos e a soberania estatal decorre do fato de que ao mesmo tempo em que são as comunidades estatais as responsáveis primárias pela defesa destes direitos, são justamente os mesmos Estados os maiores responsáveis por atentados contra os direitos que deveriam proteger, invocando inúmeras vezes sua soberania para escusar-se do comprometimento pleno na tutela dos direitos humanos. Nesse sentido, veja-se:

> A história das civilizações traz circunstâncias caóticas da condição humana promovidas pelo abuso de poder e imputa ao ente estatal a responsabilidade por tais fatos, mormente quando revestido do inquebrantável e absoluto poder de mando soberano. Noutro quadrante, em aspecto totalmente oposto, é o Estado o maior guardião dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais, cabendo-lhe a garantia e eficácia. (FREITAS, 2012, p. 80)

A dicotomia levantada entre a proteção dos direitos humanos e a soberania entendida como poder absoluto e desligado de qualquer controle é o cerne do debate atual sobre efetivação da jurisdição internacional, pois de nada valem exortações ou meras proclamações de direitos se, no plano da eficácia, a norma não é apta à regulação das condutas ou reparação de desmandos autoritários porventura cometidos.

A soberania westphaliana irradia sua definição no que tange ao papel do indivíduo no cenário internacional. Concebida como uma coordenação de diversas soberanias absolutas, a ordem internacional pautada no conceito clássico de soberania é incompatível com qualquer participação de indivíduos. É somente pela conjunção do processo de globalização com a virada de pensamento decorrente dos horrores das guerras do século XX, culminando na "internacionalização dos direitos humanos", que o indivíduo ingressou de forma relevante no que até o momento era meramente uma comunidade de nações soberanas. O processo de globalização, aliás, é fundamental para compreendermos satisfatoriamente a mudança conceitual operada no que tange à soberania, pois o estreitamento das relações entre Estados se deu de tal forma que a capacidade de controle absoluto do próprio território restou abalada. As repercussões econômicas da globalização financeira inevitavelmente atingiram o poder de autodeterminação dos Estados. Assim, a soberania paulatinamente desarraigou-se de seu conceito clássico para atrelar-se a uma noção de funcionalidade, como possibilidade de maximização do bem-estar dos cidadãos, como se vê:

> Há uma diferença entre soberania entendida como a simples possibilidade jurídica de tomar decisões para si mesmo e um conceito mais amplo de soberania focado na capacidade que tem um país de maximizar a efetiva influência que pode exerer sobre o bem-estar de seus cidadãos. (BRITTAN, 1998, p. 3) (trad. do autor)

Nesse sentido, em um cenário internacional em que os direitos humanos consolidaram-se como tema global, não atinente somente aos Estados tomados de forma isolada, a soberania não pode ser conceituada meramente como possibilidade jurídica de decidir em última

instância, no plano interno, ou independência absoluta, no plano das relações internacionais. A principiologia vigente atualmente, no período em que a internacionalização dos direitos humanos encontra-se em um patamar consideravelmente avançado, é de que a dignidade da pessoa humana sobrepõe-se à soberania irrestrita, pois é da própria natureza do direito internacional dos direitos humanos a noção de que o indivíduo, em detrimento do Estado, é a parte mais merecedora de proteção em casos graves de desconsideração e descaso pelos direitos fundamentais. Assim, o que se apregoa é o redimensionamento da soberania, para adequá-la à "premente necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos, mormente quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de tutelar referidos direitos" (PIOVESAN, 2011. p. 177)

O que se busca, com o referido redimensionamento, é tornar a jurisdição internacional eficaz e vinculante, posto que por inúmeras vezes, ao invocar a doutrina da soberania estatal, os Estados impedem a prestação de contas a respeito de suas ações, cerceiam o monitoramento internacional de organismos de proteção dos direitos humanos ou, até, ignoram normas protetivas do mínimo existencial dos indivíduos. O caminho inexorável para atingirmos uma soberania humanizada, que se coadune com a emancipação do indivíduo na ordem internacional, "é a garantia dos direitos humanos por meio do exercício da soberania, isto é, inserindo no conceito de soberania o elemento 'dignidade humana', o que não é difícil já que a soberania decorre da ordem jurídica para realização da vontade popular". (BERARDO, 2003, p. 225-226).

Essa renovação no conceito de soberania é vital para que se adeque aos reclames da nova ordem internacional pautada na proteção dos direitos humanos. A dignidade da pessoa humana deixa de ser o contraponto à soberania para compor o próprio conceito de ordem soberana, vale dizer, a soberania passa a ser o poder de mando de um Estado em um determinado território com vistas à concretização de um mínimo ético irredutível e proteção da dignidade humana em todas as suas facetas. Dessa forma, a soberania estatal e a jurisdição internacional de direitos humanos devem ser compatibilizadas tendo como liame a

dignidade da pessoa humana e a posição de centralidade do indivíduo, como evidenciado por ZANON (2014, p. 99-100):

> (...) Os Direitos Humanos e sua primazia nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais permitem caracterizá-lo como um eixo delimitador da soberania do Estado. Essa passaria a ser subordinada à garantia de proteção e promoção de direitos fundamentais às pessoas, algo que se mostra como uma relação horizontalizada entre Estado Soberano – Indivíduo. Os Direitos Humanos estariam, portanto, compondo um dos aspectos da essência da soberania, que não poderia ser caracterizada em situação que conflita com garantias fundamentais do indivíduo. Os Direitos Humanos podem ser revelados, assim, como o eixo de condução e delimitação do poder soberano. A soberania continua sendo a marca da identidade do Estado no âmbito internacional, entretanto, com o advento dos indivíduos como sujeito de Direito Internacional, eventuais violações a Direitos Humanos não podem ficar acobertadas pela soberania. A tutela dos Direitos Humanos no plano internacional possui o condão de intervir nos assuntos domésticos do Estado sem que se configure restrição do poder soberano. Esse pensamento não apenas defende uma espécie de limitação do poder soberano pelos Direitos Humanos, mas propriamente insere a proteção dos Direitos Humanos como eixo de influência da soberania.

A dignidade da pessoa humana, portanto, assenta-se como novo fundamento da ordem soberana estatal, de forma a concretizar a exigibilidade jurídica dos direitos humanos e a consolidar a internacionalização da regulação da matéria, de acordo com o novel paradigma de abertura estatal à ordem internacional, que atua como copartícipe na realização da justiça.

A racionalidade estatocêntrica, nesse sentido, é diametralmente oposta à efetividade dos aparatos judiciais no plano internacional. Desta forma, o sistema de proteção deve ser erigido em torno da centralidade do instituto do *locus standi in judicio* dos indivíduos no âmbito

jurisdicional internacional, porque em análise teleológica e histórica, constatamos que a própria razão de ser da jurisdição de direitos humanos é elevar a vítima ao patamar de primazia vis-à-vis os Estados.

O retorno do indivíduo à centralidade do ordenamento internacional não prescinde, todavia, dos meios reivindicatórios correlatos para exercício dos direitos a que fazem jus. Não basta que a pessoa humana seja objeto de preocupações no âmbito internacional, pois sem a capacidade de exercício, os direitos declarados jamais se efetivarão na realidade. Para que a nova principiologia da jurisdição internacional se concretize na prática, faz-se necessário mecanismos que a corporifiquem. O direito de petição, em nosso sentir, é justamente o expediente corporificador da primazia do ser humano face às soberanias estatais, pois permite ao indivíduo apresentar sua reclamação e provocar a ação das autoridades competentes em matéria de direitos humanos, mormente quando presente o *jus standi* – o direito de colocar-se perante um Tribunal como verdadeira parte demandante, em homenagem ao princípio do acesso à justiça. Nessa lógica, confira-se:

> Direitos são amplamente ilusórios sem a capacidade *de iure* e *de facto* para impô-los, ou seja, o direito internacional dos direitos humanos somente será efetivo se indivíduos vítimas tenham acesso de fato e de direito aos remédios necessários para impô-los. Assumindo que a efetividade dos tratados de direitos humanos é desejável, e pressupondo que mecanismos de queixa individual nutrem tal efetividade, precisa-se indagar como os mecanismos de queixa existentes podem ser tornados mais efetivos no plano internacional. Organismos judiciais ou quase-judiciais só podem, é claro, atuar a partir de uma queixa. Os requisitos de admissibilidade de queixas nos organismos internacionais tem uma função de filtração em relação a quais casos serão analisados em seus méritos. Uma das mais importantes dessas condições de admissibilidade – e uma das quais é juridicamente mutável – é o *jus standi.* (AAKEN, 2005, p. 4) (trad. do autor)

Percebe-se, então, que a capacidade processual para protocolar queixa de violação de direitos humanos é a base de efetividade do sistema

de proteção. A abertura da jurisdição internacional ao indivíduo vai ao encontro da exigibilidade dos direitos humanos e à humanização da soberania, pois se as jurisdições internacionais e nacionais são copartícipes na tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, nada mais lógico do que franquear a estes acesso ao órgão capaz de vincular o Estado nativo do cidadão demandante. Para que se garanta a eficácia ao sistema, parece-nos vital a concessão de *jus standi* ao indivíduo, pois conferir às vítimas as ferramentas necessárias para reivindicar diretamente seus direitos em face do Estado, que no mais das vezes é o próprio infrator dos direitos internacionalmente protegidos, é essencial para que o sistema reforce seus contornos de eficácia, coadunando-se com a centralidade do indivíduo na jurisdição internacional de direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o presente trabalho superou três problemáticas relacionadas à consolidação da tutela dos direitos humanos e sua afirmação como tema global: ***a)*** explicitou o caráter justiciável dos direitos humanos, assentando sua natureza jurídica de *jus cogens*, proclamando portanto sua exigibilidade; ***b)*** evidenciado que os direitos humanos *são* exigíveis, procedeu-se à análise de *quem* pode exigi-los e *como,* apregoando-se a indispensabilidade do fomento à jurisdição internacional, em consonância com o conceito arendtiano de cidadania transposto para o plano internacional e ***c)*** superou-se a questão da soberania e a irreconciabilidade existente entre seu significado clássico e a proteção efetiva dos direitos humanos, sugerindo-se que entendê-la em conceito mais amplo, como capacidade efetiva de prestações sociais pelo Estado aos cidadãos, é mais interessante à abertura internacional no que tange à proteção dos direitos humanos.

A relação entre as temáticas abordadas pelo presente trabalho, quais sejam, o entendimento dos direitos humanos como normas dotadas de exigibilidade jurídica plena e superioridade normativa, a transcendência da cidadania local rumo à cidadania cosmopolita e a ressignificação do conceito de soberania, que passa a abranger em seu próprio conceito o elemento "dignidade humana", humanizando-a e a

associando à capacidade estatal de prestar serviços essenciais e proteção aos seus cidadãos, geraram consequências relevantes na constante luta pela defesa dos direitos humanos. Um dos efeitos mais valorosos dessa interligação temática, se não o mais necessário, é a evidência de que é vital a concessão do *jus standi* ao indivíduo para vindicar seus direitos vis-à-vis o próprio Estado-Nação, mediante a adoção sem reservas da sistemática de petições individuais direcionadas às Cortes Internacionais de Direitos Humanos, pois o *jus standi* é a extensão natural e correlato na ordem internacional do princípio do acesso à justiça já consolidado no direito pátrio.

REFEFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AAKEN, Anne Van. *Making international human rights protection more effective: a rational-choice approach to the effectiveness of ius standi provisions*. Max Planck Institute: 2005, p. 2. Download em: http://ssrn.com/abstract=802424

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. Companhia das Letras: São Paulo, 2012. ISBN 978-85-359-2204-2.

BERARDO, Telma. *Soberania e direitos humanos: reconceituação com base na dignidade humana*. PUC/SP: 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BILDER, Richard. Possibilities for development of new international judicial mechanisms. In: PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional*. São Paulo: Ed. Saraiva. p. 153.

BRITTAN, Leon. *Globalization vs. Sovereignty?: the European response*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y outros (270 Trabajadores) Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

Serie C No. 72. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_104_esp.pdf%20

CARDOSO, Arisa. *Reflexões sobre cidadania e direitos humanos no mundo globalizado*. Revista Videre – Dourados, v. 05, n. 09, p. 17-24, jan./jun. 2013. p. 22. Disponível em: http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/2247/2094

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2015. São Paulo: Ed. Saraiva, 10ª ed.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. 2004. São Paulo: Moderna, 2ª ed.

FREITAS, Denys Tavares de. *Supremacia dos direitos humanos e soberania estatal no contexto da globalização.* Universidade de Fortaleza: 2012. Programa de Pós-Gradução em Direito.

HERMANN, Breno. *Soberania, não intervenção e não indiferença: reflexões sobre o discurso diplomático brasileiro*, 2011. Brasília: FUNAG. p. 109.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1988.

MARSHALL, Thomas Hamprey A. *Cidadania, classe social e status*. Tradução por: Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos,* 1998. São Paulo: Ed. Max Limonad.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, 2016. São Paulo: Ed. Saraiva, 6ª ed.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade,* 2000. São Paulo: Companhia das Letras.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. *Cidadania e Direitos Humanos*. In: *Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos*. Coord.: Alexandre de Moraes / Richard Pae Kim. São Paulo: Atlas. 2013. ISBN 978-85-224-8182-8.

TRINDADE, A. A. Cançado. *Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los indivíduos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos.* In: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos em el Umbral del Siglo XXI – Memoria del Seminario. 1999. Vol. I, 2ª ed, San José da Costa Rica, CtIADH.

_____. *Os tribunais internacionais contemporâneos*, 2013. Brasília: FUNAG.

ZANON, Pedro Henrique Nascimento. *Os direitos humanos como eixo na soberania estatal contemporânea*. Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Vitória: 2014.

O CARÁTER EMINENTEMENTE POLÍTICO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL COMO OBSTÁCULO PARA SUA INDEPENDÊNCIA

Maria Fernanda Machado Bizzo

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pertence à vertente metodológica jurídico-dogmática, com predominância do raciocínio dialético (GUSTIN, 2010; WITKER, 1985). De acordo com a técnica de análise de conteúdo, trata-se de uma pesquisa teórica, com base na análise de textos doutrinários, normas e demais dados colhidos na pesquisa.

Assim, faz-se uso, como fonte primária, dados extraídos do Estatuto de Roma. Como dados secundários, tem-se o livro de Michel Wencland Reiss, "Tribunal Penal Internacional: construindo o direito internacional penal", ao lado da obra de Valério de Oliveira Mazzuoli "O Tribunal Penal Internacional: Integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional". Ademais, utiliza-se também como fonte secundária o livro de Flávia Piovesan, intitulado "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional".

Pretende-se demonstrar o caráter político presente desde a formação do Tribunal Penal Internacional, além de ressaltar a situação política atual como obstáculo para a efetivação dos direitos humanos no plano fático. Apesar disso, o TPI configura-se como

importante instrumento para evitar a impunidade de crimes lesa-humanidade.

Retrocedendo ao fim da Segunda Guerra Mundial, o TPI surge em um contexto de graves violações aos direitos humanos, tendo sido feito um esforço global para que as práticas brutais de ambos conflitos mundiais não mais se repetissem ou restassem impunes. Criou-se, inicialmente, o Tribunal ad hoc para Nuremberg, de forma a punir os responsáveis pelo nazismo. Posteriormente, são criados também o TPI para a ex-Iugoslávia e para a Ruanda, se tornando evidente, no plano internacional, a efetividade que os Tribunais Penais Internacionais possuem para lidar com crimes sem a dependência de uma jurisdição nacional.

Abrindo mão de parte de sua soberania, os Estados acabam por concordar pela criação de uma Corte Internacional, capaz de julgar os nacionais dos países soberanos e, consequentemente, puni-los. Importante ressaltar, contudo, o fato do TPI se guiar pelo princípio da legalidade, respeitando os crimes previstos em seu Estatuto:

> Os Tribunais ad hoc, criados na década de 90 para julgar os crimes ocorridos na ex-Iugoslávia e em Ruanda, basearam-se em resoluções do Conselho de Segurança da ONU [...] Ao contrário, o Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais. (PIOVESAN, 2010)

Entretanto, apesar de não seguirem o princípio da legalidade, os tribunais ad hoc representaram um avanço para punir os crimes mais graves que necessitavam, de fato, de uma corte internacional independente:

> una evolución que abrió nuevos cauces al Derecho Penal Internacional y la convivencia entre los pueblos, pues esa era la primera vez que la comunidad internacional hizo el intento de

> llevar ante los Tribunales a criminales de guerra y responsables de crímenes contra los Derechos Humanos, y así juzgar a los acusados en un proceso justo, es decir, hacerles acreedores de la protección y la dureza de la justicia, sin abandonarlos en manos de la arbitrariedad de los vencedores, pero tampoco dejarlos impunes, sino exigirles responsabilidad por sus hechos ilícitos. (HERBST, 1996 *apud* MAIA, 2011)

Tornando-se a única Corte Internacional permanente com competência para julgar indivíduos, o TPI é visto como meio eficaz de garantir a justiça e prevenir os crimes contra a humanidade. Esse reconhecimento é dado por várias outras cortes internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que realiza o *cross-fertilization* em várias de suas sentenças, utilizando a opinião jurídica do Tribunal como meio de embasar sua própria decisão. Esse feito é realizado na jurisprudência interamericana em casos como Espinoza Gonzáles vs. Peru (2014, §192) e Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (2016, §256).

O diferencial de julgar indivíduos é que para a justiça ser feita não existe dependência de uma jurisdição nacional. Assim, outros tribunais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, após considerarem certo Estado como responsável por violar dispositivos das respectivas convenções (Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, respectivamente), dependem do judiciário interno do Estado que foi condenado para punir, eventualmente, a pessoa física que foi responsável por perpetrar tais violações.

Essa dependência interna é um fator que muitas vezes impede a efetivação da justiça aos agressores, tendo em vista que o caso acaba por recair sobre a jurisdição de uma corte internacional justamente porque não foi realizada a justiça no plano interno. Assim, ainda que se condene o Estado, a punição dos responsáveis pode não se dar por fatores já intrínsecos ao país condenado ao tempo da agressão. Dessa forma, o TPI exerce sua competência de maneira a punir exatamente essas pessoas físicas que, pela gravidade de seus crimes, devem estar sujeitas à uma jurisdição internacional, *a priori,* livre de interesses estatais.

Inobstante essa vantagem funcional, o Tribunal não é, de forma alguma, livre das pressões políticas que também ocorrem no plano interno de vários Estados. Desde a sua efetivação o TPI vem sofrendo mudanças baseadas nas conjunturas políticas dos países signatários do Estatuto de Roma, como virá a ser tratado nos tópicos seguintes. Ademais, ainda que independente da justiça nacional, é necessária a cooperação do país que terá seu nacional julgado, eis que deve realizar a entrega desse indivíduo, como previsto no artigo 89 do Estatuto de Roma, dependência esta que será tratada em tópico específico.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. Historicamente Dependente: a Escolha Política pelo Common Law

Existem diferentes sistemas jurídicos para a aplicação do Direito, sendo que essa tradição varia de país para país. Para entender a escolha do Tribunal por um desses sistemas, ainda que de forma incompleta, como será explicitado adiante, é necessário diferenciar o sistema do Common Law e do Civil Law, no âmbito penal.

A tradição romano-germânica traz o sistema do Civil Law como algo mais estático, ou seja, depende da fixação, por parte do legislador, de um rol de crimes. Baseando-se nos princípios da tipicidade, anterioridade e legalidade, é inconcebível julgar alguém por um crime que não esteja previsto na lei, e, consequentemente, puni-lo por tal crime. Essas máximas, "nulla crimen sine lege" e "nulla poena sine lege", são responsáveis por traduzir o princípio da legalidade presente nesse sistema.

Por outro lado, o sistema Common Law, presente em países de tradição anglo-saxônica, preza pela jurisprudência, ou seja, decisões de juízes e tribunais, servindo de precedentes para futuras ponderações. Esse sistema é adotado também em outras Cortes, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Todavia, faltando a taxatividade, o conceito de crime no sistema anglo-saxônico é deixado mais aberto, prejudicando, talvez, a segurança jurídica:

> A Inglaterra, por exemplo, não conhece, em razão do *case law* que vige por lá, nem o que nós chamamos de parte geral do Direito Penal, nem mesmo sua sistematização e elaboração dogmática. Consequência disso é a grande falta de clareza sobre conceitos relevantes como o de causalidade, dolo e culpabilidade. (ROXIN, 2010 *apud* REISS, 2017)

Frise-se, contudo, que a crítica aqui não está direcionada a eventuais falhas do Common Law, mas sim o fato de que a escolha por esse sistema não foi feita com base em critérios objetivos, de forma a prezar pela segurança jurídica ou mesmo pelo princípio da legalidade, previsto nos artigos 22 e 23 do Estatuto. A escolha realizada foi, na verdade, considerativa de elementos políticos, que estavam à tona na época da criação do Estatuto.

Faz-se mister ressaltar que o TPI surge em um contexto pós-guerra, ou seja, é criado depois de um conflito de proporções mundiais ter devastado a humanidade. Esse conflito, em sua segunda parte, rememora-se, travou-se de 1939 a 1945, restando vencidos países como a Alemanha e o Japão.

Assim, como o Civil Law é produto de uma tradição romano-germânica, ou seja, utilizado justamente pela Alemanha (o país que acabara de cometer inúmeras atrocidades contra a humanidade) prezou-se pelo Common Law, qual seja, o sistema utilizado pelos países vencedores, como os Estados Unidos e a Inglaterra. Nesse sentido:

> Vislumbrando tais imperfeições, percebe-se que a comunidade internacional ainda não conseguiu se desprender totalmente do contexto histórico da elaboração do Tratado de Versalhes, o de um diploma que tem o seu cerne na punição dos responsáveis por uma série de crimes contra a humanidade, mas que pelo forte interesse político dos países, e pela repressão destes quanto à influência da sociedade civil, restou por criado um Estatuto impotente, que não confere efetividade ao ofício do Tribunal e, por conseguinte, potencializando a impunidade de crimes atentatórios aos direitos humanos. (NETO, 2016)

Evidencia-se, então, como o Tribunal é fruto de considerações políticas desde a constituição de seu Estatuto. Inobstante essa escolha, o Tribunal falha novamente ao sucumbir as pressões políticas feitas pelos Estados Unidos no que tange à tipificação do crime de agressão, como será explicitado adiante.

2.2. O Imbróglio para a Definição do Crime de Agressão

O Estatuto de Roma traz a competência do Tribunal para julgar o crime de agressão, em seu artigo 5º, item 1, alínea D. Contudo, devido às pressões políticas, o crime ainda não havia sido definido:

> Obviamente, a lacuna se deve diretamente à conjuntura de pressões políticas no contexto da Conferência de Roma. Nesse sentido, Gómez afirma que a ausência de definição do crime de agressão ocorreu "não por acaso, dada a hierarquia de poder mundial existentes." (REISS, 2017)

O resultado dessas conjunturas foi, exatamente, o item 2 do referido artigo, tipificado no Estatuto:

> 2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Assim, o Tribunal teve sua competência limitada, pois não poderia julgar o crime de agressão enquanto não fosse tipificado. Ora, já se extrai de antemão o desrespeito ao princípio da legalidade, pois tipifica um crime sem definição. A consequência disso, no plano fático, é a impunidade, pois nesse período que não havia definição, os crimes de agressão não poderiam ser julgados. Ou seja, observa-se o princípio da legalidade enquanto não pode punir um crime sem tipificação, mas, ao

mesmo tempo, renega o referido princípio ao elencar o crime no rol tipificado, deixando-o, contudo, sem definição.

O item 2, de forma clara e explícita, demonstra como a pressão política foi determinante na redação do Estatuto, pois não conseguiu se chegar a um consenso. Foram feitas tentativas em vão para se definir o crime, porém que servem de base para compreender a atual definição exposta adiante. Necessário rememorá-las:

> Surgiram duas propostas. [...] Pela primeira proposta, crimes de agressão seriam aqueles "atos cometidos por um indivíduo que, como líder ou organizado, é envolvido no uso de força armada por um Estado contra a integridade territorial ou independência política de outro Estado ou em outro modo incompatível com a Carta da ONU." A segunda alternativa define agressão como o "crime cometido por alguém que esteja em posição de controle ou seja capaz de dirigir ações políticas ou militares em seu Estado, infringindo a Carta das Nações Unidas, recorrendo à força armada ou violando a soberania Estatal, integridade territorial ou independência política." (GONÇALVES, 2001)

Em 11 de junho de 2010, finalmente, na Conferência de Campala, aprovou-se a emenda ao artigo 8º do Estatuto, que definiu, assim, o crime de agressão:

> Para os fins do presente Estatuto, uma pessoa comete um "crime de agressão" quando, estando em condições de controlar ou dirigir efetivamente a ação política ou militar de um Estado, essa pessoa planeja, prepara, inicia ou realiza um ato de agressão que, por suas características, gravidade e dimensão, venha a constituir violação manifesta da Carta das Nações Unidas.

Foram feitos inúmeros lobbys para obstaculizar a tipificação do crime, por isso a demora para sua ratificação: só se obteve a assinatura de 30 países, que era a exigência mínima para a entrada em vigor da emenda, em 2017. Ainda assim, desprende-se que o crime de agressão só é aplicável aos países signatários, excluindo-se a competência do TPI

quando um nacional de um país que não houver ratificado cometer o crime, restando impune.

Outra exigência formulada na emenda é a necessidade de acusação pelo Conselho de Segurança, não podendo a Promotoria do TPI agir de ofício, a não ser que o referido Conselho não se manifeste no prazo de 6 meses.

Resta evidente, então, a submissão do Tribunal à um órgão extremamente político, qual seja, o Conselho de Segurança da ONU, e também a grande pressão política que visou impedir a tipificação desse crime, eis que é de caráter sensível à vários Estados que não desejam ver suas ações ilícitas julgadas em uma corte internacional.

Dentre esses Estados que obstaram a definição do crime de agressão estão os Estados Unidos que, no momento, não desejam ver seus soldados julgados pelos crimes de guerra. Exemplificado está, mais do que nunca, o porquê da demora para definir um crime tão polêmico quanto o crime de agressão: a busca pela impunidade.

2.3. O Instituto da Entrega: incidentes diplomáticos

Historicamente, o instituto da entrega pode, talvez, ser definido como o mais laborioso para se chegar ao consenso. Importante realizar essa abordagem, pois revela, mais que qualquer outro, a dependência da Corte Internacional Criminal para com a cooperação internacional, eis que o Estado é, efetivamente, o responsável fático por submeter seu nacional à jurisdição da Corte.

A primeira controvérsia se deu a respeito da redação do artigo, que aduzia ao processo nacional de cada Estado, ou seja, realizar a entrega teria que estar de acordo com a legislação interna de cada país. Todavia, esse pensamento foi logo descartado, tendo em vista que Estados como o Brasil não permitem a extradição de seus nacionais (art. 82, I da Lei nº 13445/2017).

Após longos debates, optou-se pelo que está disposto no artigo 89 do Estatuto, fazendo alusão aos "procedimentos previstos nos respectivos direitos internos". Dessa forma, o Tribunal evadiu-se do imbróglio gerado pela legislação interna de países que conflitavam diretamente

com o instituto. Também foi necessário, mais adiante, que se substituísse a terminologia "extradição" por "entrega", tendo em vista que a primeira é proibida na maioria dos Estados. Restou caracterizada a entrega como sendo para a Corte, e a extradição para outros Estados – essa sim sofrendo vedação:

> Era evidente que a oposição de entrega de nacionais inviabilizaria a eficiência da Corte. [...] dois argumentos centrais ajudaram os países a favor de graus de recusa na questão a modificar suas posições: primeiro, foi apontado que, com base no princípio da complementaridade, os Estados poderiam efetivar a persecução aos seus nacionais sem a necessidade de entregá-los à Corte. Segundo, deveria ficar claro que a entrega de nacionais não se confundia com o processo de extradição entre Estados, não apenas quanto à terminologia mas, também, em substância. (KREß, 2000)

Alguns Estados haviam intentado, ainda, uma entrega que fosse condicional ao cumprimento da sentença. Esse procedimento, inicialmente proposto pela Dinamarca, Noruega, Suécia e Suíça, foi recusado ao final, tendo em vista que a Corte não pode admitir limites tais à sua jurisdição que dificultem sua eficácia no plano internacional – aqui tão discutida em virtude de seu caráter eminentemente político:

> Caso fossem admitidas reservas ao Estatuto, países menos desejosos de cumprir os seus termos poderiam pretender excluir (por meio de reserva) a entrega de seus nacionais ao Tribunal, alegando que tal ato violaria a proibição constitucional de extradição de nacionais, não obstante o Estatuto ter distinguido a "entrega" da "extradição" no seu art. 102, alíneas *a* e *b*. O impedimento da ratificação com reservas, portanto, é uma ferramenta eficaz para a perfeita atividade e funcionamento do Tribunal. (MAZZUOLI, 2004)

Resta evidente, então, a necessidade da vontade dos Estados de entregarem seus nacionais pois, ainda que inexistente reservas quanto à

sua obrigatoriedade, os países sopesam inúmeras variáveis politicamente relevantes antes de decidir, efetivamente, se realizarão a entrega de seu nacional. Entretanto, é importante ressaltar que existem múltiplos institutos jurídicos capazes de impor, legalmente, a cooperação dos Estados para com a Corte, realizando a entrega:

> Um exemplo é o da Resolução 3.074 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 3 de dezembro de 1973, que adotou os Princípios de Cooperação Internacional na identificação, detenção, extradição e castigo dos culpados de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. [...] Assim, a cooperação internacional em matéria de processamento penal é imprescindível [...] para seu funcionamento eficaz nas diferentes etapas da investigação e do processo. (MAIA, 2001)

Inobstante a dependência da vontade do Estado de entregar seu nacional ser inerente ao direito internacional, frise-se que o jogo político é capaz de dificultar, demasiadamente, a jurisdição do TPI, como tem ocorrido nesse caso desde a criação do Estatuto.

2.4. A pressão política propriamente dita: situação atual.

Historicamente, o TPI surge de um consenso internacional para que os crimes de grande lesividade não saiam impunes. Todavia, já ressaltamos a tese de que esse consenso internacional foi atingido após inúmeras controvérsias, sendo que o Tribunal necessita até hoje da cooperação dos Estados.

Adentrando mais especificamente o contexto atual, não é novidade que o papel dos Estados Unidos no que tange à cooperação em relações internacionais protetoras de direitos humanos é ínfimo. Além de não ter ratificado convenções amplamente abarcadas pela *opinio juris* global, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, também não reconhece a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, sendo consistente ao seu pobre posicionamento, o país norte-americano é agora responsável por emitir ameaças contra os juí-

zes do Tribunal Penal Internacional e contra o próprio funcionamento dessa egrégia Corte. O conselheiro de Segurança Nacional dos EUA, John Bolton, proferiu as seguintes advertências:

> Vamos impedir esses juízes e procuradores de entrarem nos Estados Unidos. Vamos aplicar sanções contra seus bens no sistema financeiro americano e vamos abrir processos contra eles em nosso sistema judiciário. [...] Faremos o mesmo com qualquer companhia ou Estado que ajude uma investigação do TPI contra os americanos. [...] Os Estados Unidos utilizarão todos os meios necessários para proteger nossos cidadãos e os de nossos aliados de julgamentos injustos por parte desta corte ilegítima. (EXAME, 2019)

Inicialmente, preza-se pelo entendimento quanto às ameaças proferidas. Independentemente de seu conteúdo ameaçador, o desprezo dirigido ao TPI e sua presumida ilegitimidade é feito sem fundamentos. O primeiro apontamento é que a Corte é de fato legítima, tendo em vista que, mesmo após todos os obstáculos e lobbys feitos pelos EUA, especialmente no que tange ao crime de agressão, conseguiu a ratificação do total de 60 países e hoje é abarcada pelo total de 121 Estados.

Ademais, a escolha de iniciar ou não uma ação penal é do Ministério Público, uma função independente, e por isso não se deve deixar levar por ameaças:

> Ressalte-se que o art. 42 da Carta de Roma declara que os membros do Ministério Público não estarão sujeitos a quaisquer instruções externas à Promotoria. Durante os encontros preparatórios para a Conferência de Roma, foram significativos os argumentos em prol da independência do MP e a despolitização da justiça. Para isso, defendia-se a competência *ex officio* do Promotor, o chamado *trigger mechanism*. Esta era a opinião das ONGs e dos grupos que fazem parte da Coalização pelo TPI, o que acabou por influenciar o texto do Estatuto. (GONÇALVES, 2001)

Sendo assim, o MP é criado justamente para se evadir das pressões políticas, como acontece no âmbito interno dos próprios Estados, tendo em vista que os juízes e a Promotoria do Tribunal possuem as mesmas prerrogativas. Um exemplo desse mecanismo para a independência da função é a irredutibilidade do salário, ou seria facilmente arbitrada uma menor compensação monetária aos defensores da justiça quando não agradasse politicamente algum país.

Dessa maneira, faz-se pertinente abordar o fundo monetário do TPI, tendo em vista que os EUA também ameaçam seu financiamento. Felizmente, o Tribunal possui um sistema independente, sendo que seu fundo monetário recebe contribuições dos países signatários e também da ONU, no que tange aos assuntos do Conselho de Segurança.

O Tribunal também pode impor sanções àqueles países que deixem de contribuir com a Corte, como acontece com o Brasil, que perdeu seus direitos no Tribunal. Assim, se os EUA efetivamente aplicassem sanções contra os bens da Corte, o próprio país poderia sofrer sanções. Obviamente, fala-se em um aspecto formal, tendo em vista que o jogo político é bastante emblemático em se tratando de grandes potências como a norte-americana.

De uma perspectiva internacional, é lamentável o que essa postura representa para o Direito Internacional. Inobstante não ser algo inédito, declarações desse país são evidentemente contrárias ao princípio da cooperação internacional e harmonia entre os Estados e a Corte. Como se desprende do afirmado pelo Secretário:

> Não cooperaremos com o TPI. Não daremos assistência ao TPI. Certamente não nos juntaremos ao TPI. Deixaremos que o TPI morra por si mesmo. [...] Se a Corte se opuser a nós, Israel ou qualquer aliado dos Estados Unidos, não vamos ficar sentados. (EXAME, 2019)

Em virtude dessas ameaças, o Tribunal se manteve firme: respondeu que "atua estritamente dentro do marco legal definido pelo Estatuto de Roma" e que está "comprometido com o exercício independente e imparcial de seu mandato" (2018). Todavia, é claro que essas ameaças são capazes de dificultar alguma eventual ação que venha a

surgir contra os EUA, que já estabeleceram como irão se portar nesse caso. Infelizmente, em relação à potência norte-americana, a cooperação internacional está longe de ser respeitada.

3. CONCLUSÃO

É possível concluir que resta comprovado o caráter político do Tribunal Penal Internacional, presente desde sua criação, com o momento histórico dos Tribunais de Nuremberg à Ruanda. Entendeu-se também como a própria escolha pelo sistema jurídico existente foi determinada pelo caráter histórico, qual seja, o fato da Alemanha, apesar de dominar o sistema jurídico que permite menos lacunas e traduz mais segurança jurídica no âmbito penal, ter sido rechaçada devido ao momento político vivido. Claramente aqui não se menospreza, jamais, o papel da Alemanha nas atrocidades mundiais, mas preza-se pela observância de caráter objetivo, que seria optar pelo sistema mais seguro, independentemente de concepções políticas.

Evidente também o imbróglio para a tipificação do crime de agressão, justamente porque os países que obstavam sua definição estavam, na verdade, tentando proteger seus nacionais de serem perseguidos por esse crime, responsável por delinear atuações ilícitas de vários Estados. Outrossim, evidencia-se o numeroso obstáculo presente nos dias atuais, qual seja, as ameaças diretas dos EUA aos juízes do Tribunal, à Promotoria, ao fundo monetário e, ainda, à legitimidade da Corte.

Ora, no âmbito internacionalista em que é tão necessária a cooperação internacional, é lamentável o fato de que países não estão dispostos a abrir mão de parte de sua soberania em virtude de uma harmonia global, harmonia essa capaz de julgar e punir os responsáveis pelos crimes mais graves existentes. A cooperação foi também amplamente abarcada no que tange ao instituto da entrega, capaz de determinar toda a eficácia punitiva do TPI. O que se critica é, na verdade, o aspecto político dessa entrega, haja vista tantos países obstarem, inicialmente, submeter seus nacionais à jurisdição da Corte.

Diante de todo o exposto, não obstante seu caráter eminentemente político, é necessário reconhecer a legitimidade do Tribunal

e sua eficácia no plano prático pois, ainda com todos os obstáculos supramencionados, a Corte é fruto de um esforço internacional pela paz e justiça entre as nações. Não se pode olvidar, jamais, da evolução que representa a punição por crimes gravíssimos, de forma a ultrapassar barreiras nacionais e prezar por uma verdadeira comunidade internacional.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017.** Institui a Lei de Migração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 04 de julho de 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Espinoza González vs. Peru.** 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf>. Acesso em: 04 de julho de 2020.

_____. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil.** 2016. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf>. Acesso em: 04 de julho de 2020.

EUA AMEAÇA JUÍZES DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Revista Exame.** Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/eua-ameaca-juizes-do-tribunal-penal-internacional/>. Acesso em: 06 de junho de 2019.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAZZUOLI, Valério de O. O Tribunal Penal Internacional: Integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. **Revista de Informação Legislativa**, n. 164, out./dez. 2004.

NETO, Cícero Alves de Sousa. O Tribunal Penal Internacional: uma abordagem crítica quanto à sua efetividade na tutela dos direitos humanos. **Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate**, Rio Grande do Norte, v. 4, n. 1, maio/2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

REISS, Michel Wencland. **Tribunal Penal Internacional: construindo o direito internacional penal.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

TPI DIZ QUE CONTINUARÁ "INDEPENDENTE E IMPARCIAL" APÓS CRÍTICAS DOS EUA. **Diário de Notícias.** 10 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.dn.pt/lusa/tpi-diz-que-continuara-independente-e-imparcial-apos-criticas--dos-eua-9828234.html>. Acesso em: 04 de julho de 2020.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 06 de junho de 2019.

WITKER, Jorge. **Como elaborar uma tesis em derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho.** Madrid: Civitas, 1985.

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL NAS VIOLAÇÕES A DIREITOS HUMANOS OCORRIDAS NO HOSPITAL COLÔNIA EM BARBACENA: UM ESTUDO À LUZ DA PRIMEIRA CONDENAÇÃO DO BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Dáfani Pantoja Reategui Santos

INTRODUÇÃO

No ano de 2006, o Brasil sofreu sua primeira condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) em virtude do julgamento do Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Trata-se do primeiro precedente na CorteIDH que tratou sobre violações de direitos humanos de pessoa com transtorno mental.

Muito antes disso, sistemáticas violações a direitos humanos eram praticadas no âmbito do Hospital Colônia, instituição psiquiátrica fundada no ano de 1903 em Barbacena – MG e que foi palco de violações que perduraram por mais de cinquenta anos. Essas violações foram retratadas no documentário e no livro Holocausto Brasileiro de autoria da jornalista Daniela Arbex.

Em que pese haver condenação do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes, assim como condenações nos Tribunais internos em demais casos de violações a direitos dos pacientes no sistema psiquiátrico, as violações ocorridas no Hospital Colônia permanecem até hoje sem responsabilização dos agentes e do Estado brasileiro. A ausência de reparação – jurídica e histórica – motiva o presente estudo a partir de um comparativo do entendimento firmado pela CorteIDH no caso Ximenes Lopes e as violações praticadas em Barbacena.

Para tanto, será necessário analisar o entendimento da CorteIDH quanto à possibilidade de julgamento de violações a direitos contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica – ocorridas antes do reconhecimento pelo Estado da competência contenciosa da Corte. Isso porque o Brasil se tornou parte do Sistema Interamericano em 1992, reconhecendo a competência contenciosa da CorteIDH somente em 10 de dezembro de 1998.

CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL

Conforme se verifica na sentença proferida pela CorteIDH (2006), Damião Ximenes Lopes desenvolveu na juventude uma deficiência mental proveniente de alterações no funcionamento de seu cérebro. Ele vivia com sua mãe e necessitava de cuidados em face de suas dificuldades em decorrência de seu quadro mental.

No ano de 1995, Damião Ximenes Lopes foi internado pela primeira vez na clínica psiquiátrica Casa de Repouso Guararapes, instituição privada conveniada ao Sistema Único de Saúde onde ficou internado pelo período de dois meses. Há relatos na sentença proferida pela CorteIDH (2006) de que durante essa primeira internação teriam ocorrido agressões, uma vez que ao regressar a sua casa "encontrava-se em melhor estado, mas apresentava feridas nos joelhos e nos tornozelos, que justificou declarando que havia sido vítima de violência" (CorteIDH, 2006, Mérito, reparações e custas, §112.3). Contudo, a família da vítima acreditou na versão de um funcionário da clínica de que as feridas teriam sido decorrentes de tentativa de fuga do paciente.

No dia 1º de outubro de 1999, os familiares decidiram novamente internar Damião Ximenes Lopes na Casa de Repouso Guararapes, ocasião na qual foi internado na qualidade de paciente do Sistema Único de Saúde (SUS). Consta na sentença da CorteIDH (2006) que no momento de sua entrada não apresentava sinais de agressividade nem lesões corporais externas.

No dia 3 de outubro de 1999, consta que Damião Ximenes Lopes teve uma crise de agressividade que gerou sua contenção física por funcionários da instituição psiquiátrica. No dia 4 de outubro, por volta das 9h da manhã, sua mãe foi visitá-lo e o encontrou "sangrando, com hematomas, com a roupa rasgada, sujo e cheirando a excremento, com as mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, agonizante e gritando e pedindo socorro à polícia" (CorteIDH, 2006, Mérito, reparações e custas, §112.9).

No mesmo dia, às 11h30, Damião Ximenes Lopes morreu

> em circunstâncias violentas, aproximadamente duas horas depois de haver sido medicado pelo Diretor Clínico do hospital, sem ser assistido por médico algum no momento de sua morte, já que a unidade pública de saúde em que se encontrava internado para receber cuidados psiquiátricos não dispunha de nenhum médico naquele momento (CorteIDH, 2006. Mérito, reparações e custas, §112.9).

Diante da situação, os familiares da vítima buscaram todas as formas de investigação e reparação na seara judicial, mas o Estado "não realizou maiores investigações nem puniu os responsáveis" (PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 312).

Nesse contexto, o caso foi admitido para análise no Sistema Interamericano e a CorteIDH condenou o Estado brasileiro por violação aos direitos à vida e à integridade de Damião Ximenes Lopes – artigos 4.1, 5.1 e 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos); ao direito à integridade pessoal de seus familiares; e aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25.1 da CADH).

Desse modo, a CorteIDH determinou que o Estado brasileiro indenizasse os familiares de Damião Ximenes Lopes pelos danos mate-

riais e imateriais provocados, além de ordenar a investigação e punição dos responsáveis pelas violações de direitos humanos.

Sem adentrar no pagamento da indenização aos familiares de Ximenes Lopes, tampouco na análise se houve a efetiva persecução daqueles responsáveis pela morte violenta do paciente nas dependências da clínica psiquiátrica, verifica-se que a condenação do Brasil foi um marco no Sistema Interamericano.

Trata-se da primeira condenação do Brasil na CorteIDH e o primeiro caso envolvendo violações do direito de pessoa com deficiência mental, "o que levou a Corte a estabelecer deveres do Estado brasileiro a respeito da elaboração de uma política Antimanicomial" (PAIVA; HEEMANN, 2017, p 313).

Torna-se relevante constatar que, embora a Casa de Repouso Guararapes fosse uma instituição psiquiátrica particular, houve a responsabilização do Estado brasileiro sob a seguinte fundamentação:

> A Corte considera que os Estados têm o dever de regulamentar e fiscalizar toda a assistência de saúde prestada às pessoas sob sua jurisdição, como dever especial de proteção à vida e à integridade pessoal, independentemente de ser a entidade que presta esses serviços de caráter público ou privado. (CorteIDH, 2006. Mérito, reparações e custas, §89).

No caso concreto, ademais, a vítima havia sido internada como paciente do Sistema Único de Saúde (SUS), o que corrobora com o dever de responsabilidade estatal.

Após o marco histórico e jurídico da condenação no caso Ximenes Lopes no âmbito do Sistema Interamericano, as sistemáticas violações ocorridas no Hospital Colônia de Barbacena parecem ainda mais carentes de responsabilização do Estado brasileiro no âmbito internacional.

O CHAMADO HOLOCAUSTO BRASILEIRO

A jornalista mineira Daniela Arbex investigou a trajetória de violações a direitos humanos ocorrida no Hospital Colônia de Barbacena. A

investigação deu origem ao Livro e, posteriormente, ao documentário – ambos chamados – Holocausto Brasileiro.

Conforme o prefácio escrito por Eliane Brum (2013), o termo holocausto não deve ser banalizado e, de fato, não o é quando dá título às histórias narradas por Daniela Arbex em sua obra. Ao longo do livro é possível perceber que as razões para o título não são apenas de ordem simbólica, mas também fundadas no real histórico e jurídico. Havia uma linha de trem com vagões destinados exclusivamente àqueles que viriam a se tornar pacientes no Hospital Colônia, o chamado "trem de doido" por Guimarães Rosa e pelos habitantes de Barbacena. No livro há um paralelo entre o "trem de doido" e as linhas que levavam os prisioneiros de Auschwitz.

Antes fosse apenas essa coincidência, as cenas descritas – e documentadas por fotos publicadas em 1961 e 1979, que ilustram o documentário e o livro – remontam aos campos de concentração nazistas ao retratarem pessoas aglomeradas em situações de clara violação a direitos humanos.

O impacto das cenas é tamanho que, diante de sua visita ao Hospital Colônia em 1979, Franco Basaglia proferiu a seguinte declaração: "Estive hoje num campo de concentração nazista. Em lugar nenhum do mundo, presenciei uma tragédia como esta" (ARBEX, 2013, p. 187). Franco Basaglia foi um renomado psiquiatra italiano que ajudou a promover a reforma do sistema psiquiátrico institucional, no Brasil se tornou forte influência no movimento antimanicomial.

Segundo Freijó Costa (2018), o chamado Hospício de Barbacena foi fundado em 1903 e possuía capacidade inicial de 200 (duzentos) leitos. Inicialmente privado, passou à gestão estadual e finalmente à Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais – FHEMIG.

No decorrer dos anos, o Hospital Colônia passou a receber mais e mais "pacientes" que, muitas vezes, sequer possuíam histórico de doença ou deficiência mental. Conforme destaca Arbex (2013), o Colônia "tornou–se destino de desafetos, homossexuais, militantes políticos, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, negros, pobres, pessoas sem documentos e todos os tipos de indesejados".

Arbex (2013) destaca que já em 1930, com a superlotação da unidade, a história de extermínio dos pacientes começou a ser desenhada.

Nessa época já existiam 5 mil (cinco mil) pacientes no local originariamente projetado para 200 (duzentos). "A substituição de camas por capim foi, então, oficialmente sugerida, pelo chefe do Departamento de Assistência Neuropsiquiátrica de Minas Gerais, José Consenso Filho, como alternativa para o excesso de gente" (ARBEX, 2013, p. 24).

A intencionalidade da própria Administração Pública nas práticas de violação aos Direitos Humanos ocorridas na instituição é evidenciada nos relatos publicados ainda nos anos 1960 e reforçados pela obra de Arbex (2013). São relatadas as degradantes situações em que os pacientes sofriam já no início de sua internação. Os pacientes passavam pelo confisco de documentos e de seus pertences pessoais – iniciando-se ali um processo de desumanização que lhes seria imposto a partir daquele momento. Muitos sequer eram chamados pelo nome a partir daquele momento.

Homens tinham os cabelos raspados e eram separados entre aqueles que poderiam trabalhar em obras públicas e, inclusive, na construção de novos pavimentos – sem a devida contraprestação remuneratória. Mulheres eram direcionadas a alas separadas, após serem despidas na frente de funcionários – situação ainda mais degradante em meados do século XX. Com a superlotação do Hospital Colônia, não havia um controle das próprias instalações e da segurança dos pacientes, situação que viabilizou a prática de estupros e gravidezes das mulheres ali internadas. Posteriormente, os filhos eram retirados do convívio materno e – muitos deles – foram adotados pelos próprios funcionários da instituição (ARBEX, 2013, p. 14).

Para tornar a situação mais crítica, os uniformes fornecidos aos pacientes eram fabricados em tecido fino que não lhes auxiliava a lidar com o clima frio da cidade de Barbacena. Ademais, comumente lhes era ofertada apenas uma peça de uniforme que, ao ser levada para a lavanderia, lhes impingia a andarem pelas dependências do Hospital nus, como relata o fotógrafo Luiz Alfredo – que visitou o Hospital Colônia em 1961:

> Nos pavilhões vi muita promiscuidade, pois homens nus, velhos e jovens, alguns ainda meninos, se misturavam sem qualquer critério. Nenhum tratamento, nenhum tipo de ordena-

> mento. Passei por uma cozinha onde carnes eram cortadas no chão e os urubus espreitavam por toda a parte. Íntimos da morte, eles sabiam mais do que nós sobre aquele lugar. (TOLEDO, 2008, p. 27)

Não havia respeito à dignidade humana naquele hospital psiquiátrico. Os relatos são de escassez de comida; de inabilitação dos profissionais de saúde – os empregados do Hospital não possuíam nível técnico em enfermagem e os médicos eram poucos; e de ausência condições mínimas de higiene – o esgoto jorrava nas dependências das alas e não lhes era fornecida água limpa, razão pela qual muitos pacientes bebiam a própria urina e a água vinda do esgoto (ARBEX, 2013, p. 149).

Não havia plano de atendimento aos pacientes que, conforme mencionado, muitas vezes sequer padeciam de doenças mentais. Desse modo, não havia previsão de alta médica ou de finalização de tratamento. Os indivíduos eram esquecidos ali, despidos de qualquer humanidade.

Conforme constata Arbex (2013), a medicação era ministrada de forma completamente dissociada dos protocolos de saúde por meio de funcionários sem qualquer formação na área médica. Os funcionários tinham acesso a dois medicamentos, um comprimido azul e outro rosa (Amplictil e Diazepam). "Quando a intenção era acalmar os ânimos, ela [funcionária] lançava mão de dois rosas, com efeito sedativo. Para reduzir a ansiedade, usava dois azuis" (ARBEX, 2013, p. 37).

O fotógrafo Luiz Alfredo foi testemunha da situação precária dos cuidados à saúde no Hospital Colônia: "Passei uma tarde inteira fotografando aquele hospital em cuja farmácia, alguém nos disse, não havia sequer um comprimido para dor de cabeça" (TOLEDO, 2008, p. 27).

Não fosse o bastante, choques elétricos eram realizados sem o acompanhamento de médicos e sem indicação de tratamento individualizada. Muitas vezes, pontua Arbex (2013), as sessões eram realizadas em pacientes que não se sujeitavam a alguma ordem dada, ou seja, a prática era realizada como método de tortura.

Muitos pacientes morriam em decorrência dos choques, que eram realizados sem qualquer sedação. Outro castigo era comum aos pacientes, o chamado "banho de mergulho na banheira com fezes" (AR-

BEX, 2013, p. 45), o que demonstra o crítico estado de violação a direitos humanos no Hospital Colônia.

As reiteradas violações a direitos humanos não ocorreram somente em face de adultos. Em 1976 houve a transferência de 36 (trinta e seis) crianças que estavam internadas na Fundação Educacional de Assistência Psiquiátrica em Oliveira, cidade a 156 km de Barbacena.

Logo em Oliveira, as violações aos direitos daquelas crianças eram recorrentes – fruto de um modelo institucional psiquiátrico equivocado, de cunho eugenista. Ao serem transferidas para o Hospital Colônia, as violações aos direitos humanos perpetuaram-se.

As crianças eram colocadas em berços e sequer tomavam sol, não havia brincadeiras. "Quando a temperatura aumentava, os berços eram colocados no pátio, e os meninos permaneciam encarcerados dentro deles" (ARBEX, 2013, p. 79). Segundo consta em seu livro:

> [...] as crianças do Colônia recebiam tratamento idêntico ao oferecido aos adultos, permanecendo, inclusive, no meio eles. Aqueles meninos sentiram na pele os maus-tratos das correntes, dos eletrochoques, da camisa de força, do aprisionamento e do abandono. (ARBEX, 2013, p. 79)

Assim como os adultos, as crianças não recebiam visitas. Foram também abandonadas por seus familiares. Esse parece ser um aspecto que contribuiu para o prolongamento das violações a direitos humanos e impunidade das autoridades no caso de Barbacena, não havia familiares cientes e dispostos a alterar a realidade daquelas pessoas.

Há, também, relatos de histórias de filhos separados de suas mães. No documentário (2016) é retratada a história de um homem que não sabia que a mãe havia sido internada no Hospital Colônia pelo próprio pai. Há, ainda, a situação dos filhos das mulheres ali internadas, posteriormente separados de suas mães e colocados em famílias substitutas – muitas vezes de próprios funcionários do Hospital (ARBEX, 2013, p. 103).

Olegario Maya Neto relata a seguinte história a partir do documentário de Daniela Arbex:

> Geralda Siqueira, uma mulher negra que aos catorze anos foi estuprada por seu patrão, um advogado branco, o qual a confinou no manicômio quando soube de sua gravidez. "Assim que eu ganhei o João Bosco, vim para o berçário cuidar das crianças e dele. Cheguei lá no domingo… [e uma Irmã Vicentina disse que] os meninos maiores daqui foram tudo para o Pinheiro Grosso [um orfanato]… Eu disse que não podia ter mandado o menino pra lá sem minha autorização" (Arbex). Depois, a Irmã ordenou que Geralda Siqueira recebesse eletrochoque como punição por sua "desobediência" e a ameaçou. Como resultado, João Bosco cresceu na Febem21 sem saber quem era sua mãe e onde ela se encontrava, tendo apenas a encontrado quarenta anos depois! A história de Geralda nos remete ao conceito de colonialidade de gênero. (MAYA NETO, 2019, p. 167).

As crianças e famílias afetadas como no caso narrado são, também, vítimas dos atos praticados ao longo das sistemáticas violações ocorridas no Hospital Colônia. Cumpre analisar a possibilidade de análise de tais violações pela CorteIDH.

JURISDIÇÃO CONTENCIOSA DA CORTE INTERAMERICA DE DIREITOS HUMANOS

A CorteIDH é um órgão independe do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Sua criação se deu com a base na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (CADH), também conhecia como Pacto de San Jose da Costa Rica, conforme o artigo 33, alínea "b".

O Sistema Interamericano advém de um histórico de desenvolvimento do princípio da solidariedade latino-americana já a partir do ano 1826. Após a Segunda Guerra Mundial, em 1948, foi publicada a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

Há, portanto, dois subsistemas dentre o Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos. O primeiro se restringe ao âmbito da OEA, no qual os membros podem sofrer constrangimento políti-

co, mas não se submetem às interpretações e decisões da CorteIDH, como é o caso dos Estados Unidos da América; o segundo se refere ao cumprimento das disposições previstas na CADH, que possibilita a submissão dos casos às interpretações e à jurisdição contenciosa da CorteIDH.

A CorteIDH é, destarte, um órgão com atribuições consultivas e contenciosas. O aspecto consultivo é obrigatório a todos os países que aderem ao CADH, conforme dispõe o artigo 62.1. A submissão à jurisdição contenciosa, por sua vez, deve ser expressamente declarada pelo Estado-membro, nos termos do artigo 62.3. O Brasil reconheceu a competência contenciosa da CorteIDH em 10 de dezembro de 1998, em que pese sua adesão ao Pacto de San Jose ter ocorrido em 1992.

A submissão dos casos para análise na jurisdição contenciosa da CorteIDH se dá por meio dos Estados-membros ou pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Em regra, é necessário o esgotamento da jurisdição interna antes de se acionar a proteção pelo Sistema Interamericano. Contudo, a demora injustificada da jurisdição interna ou mesmo a ausência de devido processo legal no país de origem podem relativizar esse requisito.

No caso Damião Ximenes Lopes, foi utilizada essa exceção em face da demora injustificada da jurisdição brasileira. Segundo Carvalho Ramos (2017), a CIDH recebeu a petição dos familiares em 1999 e apresentou o caso à CorteIDH em 2004, que julgou o mérito em 2006, sete anos após as violações sofridas pela vítima e sua família.

Por ter aderido às disposições da CADH e à jurisdição da CorteIDH, as normas integrantes do Sistema Interamericano são aplicáveis ao Estado brasileiro, que se sujeita ao controle jurisdicional – como ocorrido no caso Ximenes Lopes. O artigo 68.1 da CADH determina que Estados-partes se comprometem a cumprir a decisão da Corte "em todo caso em que forem partes".

Uma vez ocorrida a aceitação do Estado-membro à jurisdição contenciosa da CorteIDH, há uma espécie de cláusula pétrea que não admite limitações. Somente por meio de denúncia da CADH como um todo – ou seja, sua retirada do Sistema – é que o Estado-membro deixa de se submeter às decisões da Corte. Nos termos do artigo 78 da CADH, essa retirada do Estado-membro "não terá o efeito de desli-

gar o Estado-Parte interessado das obrigações contidas" até se passar o prazo de antecedência mínimo de um ano entre a data da denúncia e o efetivo desligamento. Ou seja, não é possível a retirada de um país do âmbito do Sistema Interamericano para que não seja responsabilizado por um caso que já está sob investigação dos mecanismos de controle previstos na CADH.

Conforme pontua Carvalho Ramos (2017), caso o Estado-parte não cumpra o teor da sentença proferida, a CorteIDH poderá incluir o caso no relatório anual enviado à Assembleia Geral da OEA, nos termos do artigo 65 da CADH. Ademais, a CorteIDH exige que o Estado condenado apresente relatórios periódicos de cumprimento da sentença e poderá convocar o Estado condenado e os representantes das vítimas para uma audiência a fim de supervisionar o adequado cumprimento da decisão proferida. A decisão da CorteIDH é irrecorrível.

PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE E PARÂMETROS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A competência da CorteIDH se refere às violações a direitos humanos ocorridas posteriormente à entrada em vigor da CADH no âmbito interno e da aceitação da competência contenciosa da Corte. Conforme mencionado, o Brasil somente ratificou essa competência em 3 de dezembro de 1998.

No entanto, a jurisprudência da CorteIDH tem admitido exceções ao princípio da irretroatividade quando há violações que persistiram no tempo, ou seja, de caráter permanentes ou contínuas. Nesses casos, a condenação prevista na sentença não é para reparar a violação em si, mas para punir o Estado-membro pela ausência de reparação devida às violações a direitos humanos.

Esse entendimento tem sido adotado em julgados que envolvem violações ocorridas durante períodos ditatoriais, principalmente no que tange ao delito de desaparecimento forçado. O caso Blake vs. Guatemala é um desses precedentes no qual a CorteIDH considerou a natureza contínua e permanente do crime de desaparecimento forçado que, sem a adequada investigação no âmbito interno, prolongou no tempo a violação aos direitos humanos ocorridas no Estado-membro.

Nesse caso, a CorteIDH adotou uma ampliação da noção de vítima para considerar que os familiares do senhor Nicholas Chapman Blake sofreram violações a direitos humanos em face da "ausência de resolução do problema nas instâncias nacionais" (HEEMANN; PAIVA, 2017, p. 89).

É comum, portanto, que os Estados-membros argumentem preliminar de *ratione temporis* nos casos que envolvem violações de direitos iniciadas anteriormente à adesão ao âmbito contencioso da CorteIDH. Foi o que ocorreu no caso Vladimir Herzog vs. Brasil julgado pela CorteIDH em 15 de março de 2018. Nesse julgado, contudo, a CorteIDH afastou a preliminar suscitada ao considerar o seguinte:

> Não obstante, este Tribunal também concluiu que, no transcurso de um processo investigativo ou judicial, podem ocorrer fatos independentes que poderiam configurar violações específicas e autônomas. Por conseguinte, a Corte tem competência para examinar e se pronunciar sobre possíveis violações de direitos humanos a respeito de um processo de investigação ocorrido posteriormente à data de reconhecimento de competência do Tribunal, ainda que esse processo tenha tido início antes do reconhecimento da competência contenciosa. (CorteIDH, 2018. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, §28.)

A relevância de se analisar as decisões proferidas pela CorteIDH, ainda que em casos que não envolvem o Brasil, reside no fato de que a intepretação da Corte serve de parâmetro para o controle de convencionalidade. Controle de convencionalidade é, em síntese, a análise da compatibilidade da norma ou da prática que o Estado-membro pratica internamente com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse viés, não são apenas os tratados de direitos humanos que compõem o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Assim, a coisa julgada firmada pela CorteIDH, conforme entendimento da própria Corte, possui efeito vinculante não apenas ao Estado que foi parte no caso, mas também aos demais Estados-membros. Desse modo, é entendimento da CorteIDH que a intepretação conferida no caso concreto serve, também, de parâmetro para o controle de

convencionalidade, o que obriga as autoridades internas à observância das razões das decisões da Corte em seus julgados.

É o que se verifica no julgamento do caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, julgado em 2006, que inaugurou formalmente a doutrina do controle de convencionalidade no continente americano:

> A Corte está ciente de que os juízes e os tribunais estão sujeitos ao império da lei e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e finalidade, que desde o início carecem de efeito jurídico. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas nacionais aplicáveis aos casos concretos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação dada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (CorteIDH, 2006. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, §124).

Desse modo, as exceções ao princípio da irretroatividade decidas pela CorteIDH servem de parâmetro para o controle de convencionalidade dos demais casos. Resta analisar se as violações de direitos humanos ocorridas no Hospital Colônia se amoldam às exceções ao princípio da irretroatividade conforme interpretação da CorteIDH.

As violações a direitos humanos ocorridas no Hospital Colônia de Barbacena perduraram durante extenso período de tempo sem qualquer apuração pelas autoridades públicas brasileiras. Tantos eram os direitos violados, que é possível adequar a situação sofrida pelos pacientes psiquiátricos a um extenso rol de direitos previstos na CADH, dentre eles o direito à integridade pessoal (artigo 5º); a proibição da escravidão e da servidão (artigo 6º); direito à liberdade pessoal (artigo

7º); proteção da honra e da dignidade (artigo 11); proteção da família (artigo 17); direito ao nome (artigo 18); direitos da criança (artigo 19); direito à propriedade privada (artigo 21); dentre muitos outros previstos, também, nos demais tratados e convenções ratificados pelo Brasil.

São tantas as histórias de violações a direitos que, para fins deste trabalho, serão analisadas duas situações que ensejariam a viabilidade de julgamento pela CorteIDH, por se tratarem de exceções ao princípio da irretroatividade conforme o entendimento da própria Corte.

Na obra de Daniela Arbex (2013), são retratados dois casos de separação de mães e filhos em decorrência dos atos cometidos na instituição psiquiátrica. Há a história de Geralda Siqueira Santiago e seu filho João Bosco, separados no berçário do Colônia, cujo reencontro somente foi possível 45 (quarenta e cinco) anos mais tarde. Bem como a história de Débora Aparecida Soares, nascida dentro do hospital, filha da paciente Sueli Aparecida Rezende.

Débora foi adotada por uma funcionária do hospital e somente anos mais tarde soube quem era sua verdadeira mãe. Arbex (2013), após analisar os prontuários de Sueli Aparecida Rezende, constata que a paciente buscou a filha por todo o resto de sua vida - permaneceu internada na instituição até sua morte, em 2006.

Esses casos ilustram o chamado dano ao projeto de vida, como restou reconhecido no julgamento da CorteIDH no caso Loayza Tamayo vs. Peru. O dano ao projeto de vida seria aquele que, "em razão da sua gravidade para os direitos humanos da vítima, impede esta de executar os projetos de vida que havia pensado para si" (HEEMANN; PAIVA, 2017, p. 85).

Não seria essa uma violação a direitos humanos de aspecto permanente a ensejar exceção ao princípio da irretroatividade? Geralda Siqueira Santiago e seu filho João Bosco não puderam disfrutar da convivência mútua durante o maior tempo de suas vidas. Débora Aparecida Soares sequer teve a oportunidade de se reencontrar com sua mãe. Não puderam sequer traçar projetos de vida em face das violações a direitos humanos cometidas no âmbito do Hospital Colônia.

Há ainda uma interpretação da CorteIDH – que é vinculante, conforme já mencionado – que trata de uma exceção ao princípio da

irretroatividade e se amolda ao caso dos filhos que foram separados de suas mães em face dos atos praticados no Hospital Colônia. Trata-se do julgado no caso Gelman vs. Uruguai, que tratou de uma espécie particular de desaparecimento forçado:

> Ainda no julgamento do Caso Gelman, a CorteIDH ressaltou que a subtração de uma criança recém-nascida e a negação de sua própria identidade (uma vez que foi entregue de forma ilegítima para adoção) constituem uma forma peculiar de desaparecimento forçado [...] (HEEMANN; PAIVA, 2017, p. 461)

Conforme já exposto anteriormente, a CorteIDH possui entendimento de que o crime de desaparecimento forçado seria uma exceção ao princípio da irretroatividade. O caso Gelman vs. Uruguai, por sua vez, estabelece uma forma peculiar de desaparecimento forçado ao tratar de caso similar ao ocorrido nas dependências do Hospital Colônia. Resta, portanto, também por essa via viabilizada a competência da CorteIDH para julgamento das violações ocorridas em Barbacena.

Há, portanto, pelo menos uma via de análise das violações a direitos humanos ocorridas no âmbito do Hospital Colônia. Trata-se da análise dos casos em que houve o desaparecimento forçado de filhos em decorrência dos atos praticados na instituição psiquiátrica, o que ofende o chamado "projeto de vida", além da proteção da família, à dignidade, dentre outros deveres previsto na CADH.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pretendeu esgotar a análise das violações a direitos ocorridas no Hospital Colônia, mas apenas introduzi-las a fim de se pensar a possibilidade de responsabilização internacional do Estado brasileiro no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Para tanto, buscou-se referência na primeira condenação do Brasil na CorteIDH, que se deu justamente com relação a um caso envolvendo violações a pessoa internada em instituição psiquiátrica – Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil julgado em 2006.

As violações a direitos ocorridas no Hospital Colônia de Barbacena foram resumidamente descritas no presente artigo a partir das impressões da jornalista Daniela Arbex, que deram ensejo ao livro e ao documentário Holocausto Brasileiro. É de se saber que a própria apuração realizada pela jornalista carece de relatos de tantas outras histórias de pacientes e de seus familiares.

Foi necessário analisar a submissão do Estado brasileiro ao caráter contencioso da CorteIDH. Para isso, relembrou-se a origem do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e as disposições previstas nas CADH acerca do caráter dúplice da Corte: consultivo e contencioso. Verificou-se que o Brasil somente ratificou sua adesão à jurisdição da CorteIDH em dezembro de 1998.

Foi realizado o estudo acerca da competência da CorteIDH ser, via de regra, somente para apuração das violações a direitos ocorridas após a ratificação do Estado-membro à sua jurisdição contenciosa. Nesse contexto, foram apresentadas as exceções admitidas pela própria CorteIDH, ao se tratar de violações permanentes como nos casos que envolvem o desaparecimento forçado.

Diante disso, foi necessário tecer algumas considerações acerca da natureza vinculante dos julgados proferidos pela CorteIDH. A jurisprudência da Corte é, assim, parâmetro para o controle de convencionalidade.

A partir da leitura de diversas decisões proferidas pela CorteIDH, apurada sua natureza de observância obrigatória pelos Estados-membro do Sistema Interamericano, foi possível concluir que há uma forma específica de desaparecimento forçado quando há a retirada de filhos do âmbito familiar – caso Gelman vs. Uruguai. Ademais, a Corte em reiteradas decisões considera o dano ao projeto de vida como um direito a ser tutelado pelo Sistema Interamericano.

Desse modo, considera-se a possibilidade de responsabilização do Estado brasileiro no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em decorrência das violações ocorridas no Hospital Colônia. Isso porque há indícios de que parte das violações ali praticadas se amoldam às exceções estabelecidas pela CorteIDH ao princípio da irretroatividade. É o que se verificou nos casos que envolvem o desaparecimento forçado de Débora Aparecida Soares, filha de paciente

internada na Instituição, bem como no dano ao projeto de vida de Geralda Siqueira Santiago e seu filho João Bosco, separados quanto este tinha um ano de vida.

REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

_____. **Holocausto Brasileiro**. Tribuna de Minas. Juiz de Fora, 20 nov 2011. Disponível em: https://tribunademinas.com.br/noticias/cidade/20-11-2011/holocausto-brasileiro-50-anos-sem-punicao.html Acesso em: 9 jul. 2020.

CORREIA, L. C. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: o Brasil e o caso Damião Ximenes. **Prim Facie**, v. 4, n. 7, p. 79-94, 11.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid vs. Chile**, de 26 de setembro de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf Acesso em: 9, 10 jul. 2020.

_____. **Caso Blake vs. Guatemala**, de 24 de janeiro de 1998 (Fondo). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf Acesso em: 9, 10 jul. 2020.

_____. **Caso Gelman vs. Uruguai**, de 24 de fevereiro de 2011. (Fondo y reparaciones). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf Acesso em: 9, 10 jul. 2020.

_____. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**, de 17 de setembro de 1997 (Fondo). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf Acesso em: 9, 10 jul. 2020.

_____. **Caso Vladimir Herzog vs. Brasil**, de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Dispo-

nível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_353_por.pdf Acesso em: 9, 10 jul. 2020.

_____. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil**, de 04 de julho de 2005 (Mérito, reparações e custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf Acesso em: 8, 9,10 jul. 2020.

FREIJÓ COSTA, W. Responsabilidade do estado em face de políticas públicas ofensivas aos direitos fundamentais: internação de pacientes com transtorno mental. **Revista da Defensoria Pública Da União**, 1(07), 2018. Disponível em: https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/128 Acesso em: 7,8 jul. 2020.

HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio Cezar. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

MAYA NETO, Olegario da Costa. Necropolítica da colonialidade no Brasil: segregação e desumanização no Hospital Colônia de Barbacena e na Cracolândia, em São Paulo. **MERIDIONAL** Revista Chilena de Estudios Latinoamericanos, 11, octubre 2018-marzo 2019. Disponível em: https://meridional.uchile.cl/index.php/MRD/issue/view/5004

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOLEDO, F. Jairo (organizador). **(Colônia)**: uma tragédia silenciosa / Jairo Furtado fotografias Luiz Alfredo. - Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, 2008.

A SOBRECARGA DE PROCESSOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA COMPARAÇÃO COM TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DE OUTROS PAÍSES

Thiago Costa dos Santos

Introdução

Vive-se um momento peculiar na história do Brasil. O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário da República Federativa do Brasil, vem assumindo um protagonismo incomum no país. Através de fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização da política, bem como das inúmeras competências constitucionais e do número de legitimados para promover ações originárias, a Suprema Corte tem sido constantemente acionada.

Diante da referida situação, é necessário analisar a quantidade dessas demandas recebidas pelo Supremo, se elas têm o condão (ou não) de afetar a qualidade das decisões e se elas ameaçam o futuro do Poder Judiciário pátrio. Sendo um dos pilares da República, zelar pelo bom funcionamento do Judiciário é manter a própria estabilidade institucional da nação.

Com isso, esta pesquisa buscará verificar se há, de fato, uma sobrecarga de ações no Supremo Tribunal Federal. Através de tal verificação, tem-se como objetivo constatar se a Suprema Corte passa por uma grave crise institucional decorrente do excesso de demanda. Parte-se

da hipótese de que o Supremo é um dos tribunais mais sobrecarregados do mundo.

Sendo assim, a primeira seção tratará da origem histórica e da evolução do Supremo Tribunal Federal no decorrer dos anos, analisando as alterações ocorridas desde a sua criação por meio de cada uma das Constituições brasileiras, além de observar o contexto político de cada época. Por meio desta seção será possível compreender a relevância do Supremo para a república e a sua inspiração na Suprema Corte dos Estados Unidos.

No tocante à segunda seção, serão estudadas as competências – originárias, recursais ordinárias e recursais extraordinárias – da Suprema Corte elencadas na Constituição Federal de 1988. Além disso, também serão abordadas as chamadas "competências implícitas", isto é, aquelas não previstas expressamente pela Carta de 1988.

Por fim, na terceira e última seção, será feita uma comparação entre o Supremo Tribunal Federal e tribunais constitucionais de outros países republicanos. Serão comparados números de processos recebidos e julgados, bem como da quantidade de ministros ou juízes que cada um possui em sua composição.

Para tanto, esta pesquisa utilizará das metodologias bibliográfica, histórica e estatística. Serão abordadas doutrinas dos mais renomados autores constitucionalistas a fim de melhor conhecer o Supremo Tribunal Federal. Além disso, serão analisados documentos estatísticos de instituições públicas e veículos de imprensa para analisar os números pertinentes aos objetivos desta pesquisa.

1 A origem e a evolução histórica do Supremo Tribunal Federal

A melhor maneira de iniciar um estudo sobre determinado assunto é, geralmente, pela sua origem. Dessa forma, antes de se adentrar nas atuais competências e aferição da sobrecarga do Supremo Tribunal Federal, esta primeira seção tratará de alguns aspectos históricos a seu respeito.

Logo após a independência do Brasil, mais precisamente em 1828, foi instituído o Supremo Tribunal de Justiça (VASCONCELOS,

2017). Constituído inicialmente por dezessete Ministros, a referida Corte tinha como competências precípuas o "conhecimento dos recursos de revista e julgamento dos conflitos de jurisdição e das ações penais contra os ocupantes de determinados cargos públicos" (MENDES; STRECK, 2018). De acordo com o autor Luiz Guilherme Marinoni (2018), o Supremo Tribunal de Justiça não possuía "qualquer espaço para o controle judicial da constitucionalidade das leis".

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, que inaugurou a república no Brasil, pondo fim à monarquia, previu o agora denominado Supremo Tribunal Federal, tendo sido instalado no dia 28 de fevereiro de 1891. Já no ano anterior, porém, o Decreto nº 848/1890 – com a exposição de motivos do Ministro Campos Sales – externava a grande inspiração da Corte Suprema a ser criada (BULOS, 2010, p. 1227). Estabelecia o art. 386 do referido Decreto:

> Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos EUA, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal.

Sua composição passou a ser de quinze Ministros (MENDES; STRECK, 2018). Quanto às suas competências, estabelecia o artigo 59 da Constituição Republicana:

> Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:
>
> I – processar e julgar originária e privativamente:
>
> a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado no casos do art. 52;
>
> b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade;
>
> c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
>
> d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;

> e) os conflitos dos Juízes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os Estados, assim como os dos Juízes e Tribunais e um Estado com Juízes e Tribunais de outro Estado.
>
> II – julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, §1º, e o art. 60;
>
> III – rever os processos, findos, nos termos do art. 81.
>
> §1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
>
> a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
>
> b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.
>
> §2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

Como se vê, a Carta de 1891 conferiu à Suprema Corte um aumento significativo de suas competências, reconhecendo, inclusive, a possibilidade de analisar, por meio de recurso especial, a constitucionalidade das normas (art. 59, §1º, alíneas *a* e *b*). Posteriormente, a Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926 acrescentou mais duas alíneas ao referido dispositivo:

> Art. 59 [...]
>
> §1º [...]
>
> c) quando dous ou mais tribunaes locaes interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser

> também interposto por qualquer dos tribuanes referidos ou pelo procurador geral da República [sic].
>
> d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.

Com a Revolução de 1930, instalou-se um Governo Provisório chefiado por Getúlio Vargas, que usurpou para si as funções legislativas e executivas. A composição da Suprema Corte diminuiu de quinze para onze Ministros. Tal composição foi mantida pela Constituição de 1934. Além disso, esta Constituição "introduziu significativas alterações a respeito do controle de constitucionalidade" (MENDES; STRECK, 2018).

Pouco tempo depois, todavia, foi outorgada por Getúlio Vargas a Constituição de 1937, conhecida como "Constituição Polaca", que representou um fatídico retrocesso. A Carta de 1937 estabelecia alguns mecanismos que usurpavam do Supremo a competência de dar a última palavra acerca da inconstitucionalidade de normas (MENDES, BRANCO, 2018).

A Constituição de 1946, promulgada no período pós-guerra, iniciou um processo de redemocratização do país. Ela fixou a composição do Supremo Tribunal Federal em onze Ministros, assegurando, porém, a possibilidade de elevar tal número mediante proposta do próprio Tribunal, nos termos do art. 98 da referida Carta. Ademais, ela também "emprestou à ação interventiva uma configuração que ela, basicamente, mantém até hoje" (MENDES; STRECK, 2018).

Com a instauração do regime militar, inúmeras mudanças institucionais foram realizadas. Dentre elas, o Supremo Tribunal Federal passou a compor-se de dezesseis Ministros. A Emenda Constitucional nº 16/65 consagrou, em seu artigo 1º, *k*, o "controle direito de constitucionalidade de lei ou ato estadual em face da Constituição" (MENDES; BRANCO, 2018). A Constituição de 1967, bem como a Emenda nº 1/69 mantiveram a composição do Supremo Tribunal Federal, bem como a sua competência tradicional. O Ato Institucional nº 6/69, todavia, reduziu o número de Ministros do Supremo para onze.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 garantiu a independência do Poder Judiciário. Além disso, manteve a composição de onze

Ministros. Quanto às competências da Suprema Corte estabelecidas pela Carta de 1988, serão elencadas e analisadas na próxima seção.

2 Competências explícitas e implícitas

A Constituição Federal de 1988 consagrou as competências do Supremo Tribunal Federal nos artigos 102 e 103. Não cabe, aqui, transcrevê-los *ipsis litteris* ou fazer uma análise profunda de cada competência. A presente seção buscará elucidar a amplitude de atuação da Suprema Corte, demonstrando suas principais funções institucionais, bem como tratará de determinadas questões imprescindíveis para a compreensão do assunto.

Nos termos do *caput* do art. 101, "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição". Com isso, tem-se que as suas competências "constituem um feixe de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional" (BULOS, 2010, p. 1.281).

Todavia, é necessário esclarecer que, levando em consideração o seu rol de competências, o Supremo Tribunal Federal não é um autêntico Tribunal Constitucional (BULOS, 2010, p. 1.279). O professor André Ramos Tavares (2017) ensina que a Suprema Corte "possui competência originária alheia às questões constitucionais, bem como possui competências recursais, previstas no art. 102 da CF".

Tem-se que, nos termos do art. 102 da Constituição Federal, o Supremo possui competências originárias (inciso I), competências recursais ordinárias (inciso II) e competências recursais extraordinárias (inciso III). Sobre o tema, expõe Alexandre de Moraes (2016):

> O Supremo pode ser acionado diretamente, através das ações que lhe cabe processar e julgar originariamente. Nestes casos, o Tribunal analisará a questão em única instância (competência originária). Porém, igualmente, pode-se chegar ao STF através de recursos: ordinários ou extraordinários. Nestes casos, o Tribunal analisará a questão em última instância (competência recursal).

No tocante à competência originária (art. 102, I, CF), são matérias protocoladas diretamente na Suprema Corte, quais sejam: controle concentrado de constitucionalidade; conflitos entre entes federativos; conflito entre Tribunais Superiores; casos em que os Chefes dos Poderes e outras das mais altas autoridades da República violam os direitos fundamentais dos cidadãos ou tiverem os seus direitos violados; ações criminais contra autoridades que possuem foro privilegiado; além de casos envolvendo outros países (MORAES, 2016).

Quanto à competência recursal ordinária (art. 102, II, CF), tem-se apenas duas hipóteses: a) no caso de *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, desde que a decisão tenha sido denegatória; e b) quando configurar crime político. Sobre as decisões denegatórias, ensina o autor Uadi Lammêgo Bulos que o termo "abrange as decisões de mérito e as decisões que extinguem o processo sem julgamento de mérito (2010, p. 1.290).

Como já mencionado, ainda há a competência recursal extraordinária (art. 102, III, CF). Tal competência visa, basicamente, "a salvaguarda dos comandos emergentes da Constituição da República" (BULOS, 2010, p. 1.291). O Recurso Extraordinário permite que uma decisão incidental acerca da constitucionalidade de determinada norma proferida no caso concreto (controle difuso de constitucionalidade) chegue ao Supremo (SARLET; MARINONI, MITIDIERO, 2018).

Ademais, a admissibilidade do Recurso Extraordinário depende de três requisitos: prequestionamento, ofensa direta à Constituição e repercussão geral. Configura-se o prequestionamento quando "o órgão julgador adota entendimento explícito a respeito da matéria versada no acórdão recorrido" (BULOS, 2010, p. 1.292). Já para a configuração da repercussão geral, ensina Marinoni (2018):

> A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender o interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para a persecução da unidade do direito no Estado Constitucional brasileiro.

Uma vez analisas as competências expressamente previstas no texto constitucional, é imprescindível compreender, também, as chamadas competências implícitas. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, "há muito a jurisprudência do Supremo Tribunal admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte implícita no próprio sistema constitucional" (2018).

Infere-se, então, que, além das inúmeras competências expressamente previstas na Carta de 1988, o Supremo ainda admite inúmeras outras competências implícitas. Há inúmeros exemplos de tais competências, tais como:

> a) Mandado de segurança contra ato de Comissão Parlamentar de inquérito.
>
> b) Habeas corpus contra a Interpol, em face do recebimento de mandado de prisão expedido por magistrado estrangeiro, tendo em vista a competência do STF para processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro (CF, art. 102, I, g).
>
> c) Mandado de segurança contra atos que tenham relação com o pedido de extradição (CF, art. 102, I, g).
>
> d) A competência do STF para julgar mandado de segurança contra atos da Mesa da Câmara dos Deputados (art. 102, I, d, 2ª parte) alcança os atos individuais praticados por parlamentar que profere decisão em nome desta.
>
> e) Habeas corpus contra qualquer decisão do STJ, desde que configurado o constrangimento ilegal (MENDES, 2018).

Percebe-se, com isso, que a criação do Superior Tribunal de Justiça pela *Lex Mater* não atingiu o seu objetivo. Isso porque, apesar de ter recebido inúmeras competências, tantas outras ainda restaram para a Suprema Corte. Isso se deve principalmente ao fato de a Constituição de 1988 tratar de uma grande quantidade de matérias. Em outras palavras:

> A criação do STJ e o encaminhamento de recursos que anteriormente seriam da competência do STF para aquele novo Tribunal pretendia, ademais, amenizar o colapso iminente do STF, assoberbado por uma quantidade imensa de processos. Esse objetivo, contudo, na prática, foi desprezado pela Constituição, que, se de um lado crirou o STJ, aliviando parcialmente a carga de tarefas de incumbência do STF, de outra parte, foi extremamente analítica, tratando de diversos temas e, com isso, aumentando as possibilidades de que qualquer causa possa ascender ao STF, por ventilar matéria constitucional (TAVARES, 2017).

Finalmente, partindo-se para a terceira e última seção, serão analisados os números de processos recebidos e julgados pelo Supremo Tribunal Federal e por Tribunais Constitucionais de outros países republicanos, bem como a quantidade de Ministros que os compõe.

3 Comparação entre o Supremo Tribunal Federal e tribunais constitucionais de outros países republicanos

Uma vez compreendidas as várias competências do Supremo Tribunal Federal, que atua não apenas como um tribunal constitucional, mas também como um tribunal recursal, integrando o Judiciário, analisar-se-á como tem sido a demanda processual da Suprema Corte comparada com a demanda de tribunais constitucionais de outras nações.

Antes de iniciar a análise dos números, cumpre enaltecer a transparência dos dados estatísticos constantes no site da Suprema Corte, onde é possível ter uma visão detalhada da tramitação processual interna, o que inegavelmente contribui bastante para uma melhor avaliação.

Os elogios, todavia, se restringem a esse fator, pois os números oficiais demonstram uma preocupante situação de sobrecarga no Pretório Excelso. O primeiro dado importante é a quantidade de processos recebidos e julgados entre os anos 2008 e 2019. O quadro seguinte mostra os números de forma detalhada:

Quadro 1 – Produtividade do STF

Ano	Processos		Processos Julgados		Acórdãos
	Recebidos	Distribuídos	Monocráticos	Colegiados	Publicados
2019	93.197	87.595	97.908	17.695	17.556
2018	101.497	55.201	112.218	14.535	14.391
2017	103.650	56.257	113.634	12.897	13.142
2016	90.331	57.366	102.940	14.532	13.018
2015	93.476	65.091	98.876	17.752	15.282
2014	79.943	57.799	97.358	17.070	15.649
2013	72.066	44.170	75.907	14.107	13.156
2.012	73.464	46.392	77.975	12.089	11.794
2.011	63.427	38.019	81.687	12.025	14.105
2.010	71.670	41.014	87.815	10.714	10.814
2.009	84.369	42.729	74.313	15.042	17.704
2.008	100.781	66.873	85.608	18.629	19.377

Fonte: Supremo Tribunal Federal (2020)

Os números preocupam, porém destaca-se a impressionante produção dos Ministros. Nos últimos três anos foram recebidos, em média, 100 mil processos por ano, tendo sido proferidas uma média 108 mil decisões monocráticas e 15mil decisões colegiadas. Acrescenta-se, ainda, que até meados de junho deste ano de 2020 já haviam sido proferidas 42,97 mil decisões. Diante de tamanha quantidade de processos analisados, deve-se questionar a qualidade dos serviços jurisdicionais prestados.

Outra análise que precisa ser feita para verificar a sobrecarga do Supremo é do número de processos que ainda não foram julgados. Esses eram os números em junho de 2020:

Quadro 2 – Acervo Atual

Acervo Atual	Eletrônico	Físico	Soma:
Originária	13.148	1.000	**14.148**
Recursal	14.610	435	**15.045**
Soma:	**27.758**	**1.435**	**29.193**

Fonte: Supremo Tribunal Federal (2020)

Conforme já havia sido exposto nesta pesquisa, o Supremo possui não apenas competência originária, mas também recursal. Como se vê no quadro alhures, mais da metade dos 29.193 processos do acervo atual são provenientes de recursos. Isso se deve, como já dito, ao fato de a Constituição Federal de 1988 ser analítica.

Desse total de processos que compõem o acervo atual do Supremo, exatos 13 mil estão conclusos nos gabinetes dos Ministros. Isto é, quase a metade deles encontram-se estagnados aguardando providência dos Ministros para continuar o trâmite.

Outros dados de extrema relevância podem ser extraídos do site oficial da Suprema Corte. Há, atualmente, 106 processos do século passado (XX). Destes, o mais antigo foi autuado no ano de 1969. Isso significa mais de 50 anos de trâmite processual. Ressalta-se, ainda, que, do atual acervo, 4.158 são *habeas corpus*.

Tais números são mais do que suficientes para se constatar que, de fato, o Supremo Tribunal Federal encontra-se sobrecarregado. Para analisar o grau de gravidade da situação, é importante, também, comparar alguns desses números com tribunais constitucionais de outros países. O quadro a seguir (elaborado com base nos dados fornecidos pela Revista Veja) mostra a quantidade de processos julgados por ano e a quantidade de magistrados da Corte de cada um dos países:

Quadro 3 – Tribunais Constitucionais estrangeiros

PAÍS	COMPOSIÇÃO	Nº DE PROCESSOS
EUA	9	82
Alemanha	16	6.133
França	9	156
Israel	15	1.852
Índia	31	82.092
Itália	15	276

Fonte: O autor (2020).

Como se vê, a discrepância entre tais números e os números do Supremo Tribunal Federal é flagrante. Dentre eles, o único Tribunal que se aproxima do Supremo é o da Índia. Porém, a quantidade de magistrados é quase o triplo, razão pela qual eles possuem capacidade de demanda consideravelmente superior.

Pode ser intrigante o fato da Suprema Corte dos Estados Unidos, um país de dimensões continentais e com uma das populações mais numerosas do mundo, julgar apenas 82 processos em um ano. O motivo, porém, é simples: trata-se do chamado *writ of certiorari*. Sobre este instituto, ensinam os professores Mendes e Streck (2018) que é um

peticionamento preliminar "por meio do qual se exerce certo poder discricionário em relação às matérias a serem apreciadas". Com isso, os juízes da Suprema Corte Norte-Americana possuem uma autonomia largamente superior para definir as ações que serão (ou não) julgadas.

O saudoso professor e ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Adhemar Ferreira Maciel (2006, p. 13 e 14) faz essa comparação com alguns outros países:

> A Alemanha, Estado federal como o nosso, com uma população estimada em menos de 83 milhões de habitantes, dispõe de um Tribunal Constitucional Federal ligado ao Poder Judiciário (Die Rechtsprechung), com competência bem menor do que o nosso Supremo Tribunal Federal. Seu papel relevante está no julgamento da Verfassungsbeschwerde (defesa de direitos fundamentais e assemelhados) e no controle da constitucionalidade de normas (Normenkontrolle). Pois bem, mesmo assim, o Bundesverfassungsgericht tem 16 juízes, com mandato (Amtszeit) de 12 anos (Cf. JARASS; PIEROTH, 1992, p. 872). A República Portuguesa, com população menor do que a cidade de São Paulo, conta [com] um Tribunal Constitucional (art. 222º, 1), que não integra o Poder Judiciário, com 13 juízes. A Espanha, com uma população de 39 milhões de habitantes, ou seja, pouco mais do dobro da população de Minas Gerais, dispõe de um Tribunal Constitucional (art. 159) composto de 12 juízes com mandato de 9 anos. O Tribunal Constitucional da Áustria (Verfassungsgerichtshof) é formado de 14 juízes. A população austríaca é menor do que a da cidade de São Paulo. A Itália, com população aproximada de 57 milhões e meio, dispõe de uma Corte Constituzionale formada de 15 juízes (art. 135). Por último, o Conseil Constitucionnel francês, com 9 juízes (art. 9), com mandato de 9 anos, serve a uma população de menos de 58 milhões e meio de habitantes.

Por fim, após todas essas comparações, percebe-se que não é sem razão que a revista britânica *The Economist (*online), em maio de 2009,

considerou a Suprema Corte como o "tribunal mais sobrecarregado do mundo". Mesmo após 11 anos, pode-se dizer que tal afirmação continua sendo válida e legítima. O fato é que, enquanto não houver mudanças, a situação tenderá a ficar ainda pior.

Conclusão

A partir de uma análise histórica do Supremo Tribunal Federal é possível perceber o quanto este órgão é indispensável para a experiência republicana brasileira. Cada Constituição deu um novo tratamento à Suprema Corte, havendo inúmeros erros e acertos. A Constituição de 1988 é produto de mais de cem anos de evolução do órgão de cúpula do Poder Judiciário – inicialmente chamado de Supremo Tribunal de Justiça.

A Suprema Corte não pode ser conceituada como um autêntico tribunal constitucional. Dentre as suas várias competências existem as originárias e as recursais. Dessa forma, O Supremo integra o Judiciário e lida com uma grande quantidade de matérias, principalmente pelo fato da Carta de 1988 ser analítica. Como se não bastasse, há ainda competências que não estão expressamente previstas no texto constitucional, mas que são consideradas pela doutrina e pela própria jurisprudência como implícitas.

O resultado da análise dos dados estatísticos confirmou a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal é um dos mais sobrecarregados do mundo. Os números expressivos de processos recebidos e julgados demonstram uma demanda inexistente em todos os países que foram comparados, quais sejam: Estados Unidos da América, Alemanha, França, Israel, Índia, Itália, Portugal, Espanha e Áustria.

Diante disso, em que pese as inúmeras mudanças já realizadas no Supremo Tribunal Federal durante muitos anos, uma constatação é inevitável: novas alterações precisam ser feitas o quanto antes. Um colapso processual na Suprema Corte parece ser iminente. E, ainda que não haja colapso, é inadmissível que um país como o Brasil sustente esse estigma de ter o órgão de cúpula do Poder Judiciário tão sobrecarregado.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao 24.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /Constituicao91.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL, Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.ht m>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.ht m>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1946). Emenda Constitucional nº 16. Brasília, 1965. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/ emc16-65.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 848**. Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/c civil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.

planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL, Constituição (1967). Emenda Constitucional nº 1. Brasília, 1969. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Const ituicao/Emendas/Emc_anterior1988/ emc01-69.htm>. Acesso em: 17 jun 2020.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estatística. **Acervo Processual**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>. Acesso em: 6 jun. 2020.

Brazil's supreme court: When less is more. ***The Economist***, Londres, 21 mai. 2009. Disponível em: <https://www.economist.com/the-americas/2009/05/21/when-less-is-more>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz, org. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (Série IDP).

HELCIAS, Ricardo Vasques. Supremas diferenças. **Revista Veja**, Editora Abril. Disponível em: <https://complemento.veja.abril.com.br/brasil/supremasdiferencas/#>. Acesso em: 6 jun. 2020.

MACIEL, Adhemar Ferreira**. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil**. Revista de Informação Legislativa, v. 43, n. 170, p. 7-15, abr./jun. 2006. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitst ream/handle/id/92452/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 6 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018 (Série IDP).

MORAES, Alexandre de**. Direito Constitucional**. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIREITO AO ACOMPANHANTE: QUESTÃO CONSTITUCIONAL E VIABILIDADE ARQUITETÔNICA

Bárbara Henriques Mocaiber Cardoso
Hilton Esteves de Berredo

Introdução

A convivência e a relação dos familiares com o paciente internado é um atenuante a seu sofrimento e possibilita melhores condições de recuperação, pois a presença de alguém de confiança, no período do tratamento, auxilia nas atividades que sua reabilitação exige e, mais do que isso, garante apoio no lado emocional e psicológico ao doente, muitas vezes, fragilizado pelo tratamento.

As definições e atribuições dos acompanhantes não são bem definidas e causam dúvidas sobre quais atividades devem exercer e quais causam perturbações nas rotinas da equipe hospitalar. A questão é que os pacientes internados necessitam de atenção e cuidados que a presença de um familiar pode prover, por exemplo, ao auxiliá-los em tarefas que não podem exercer de forma autônoma.

As legislações e diretivas, como a constituição federal, sobre direitos dos pacientes, possibilitam a presença de acompanhantes apenas para idosos, crianças e gestantes por necessitarem de maior apoio e cuidados que, muitas vezes, o hospital não tem condições de proporcionar. No entanto, é comum observar-se que a acomodação proporcionada a esses acompanhantes não é adequada para longos períodos

de internação, tornando-se uma barreira de acessibilidade a esse direito constitucional a ser vencida.

Ademais, no caso de acompanhantes que residem em outras cidades ou em bairros bem distantes, o problema se agrava. O oferecimento de condições de permanência patroa que esses acompanhantes se instalem próximos aos internados, tornaria mais fácil e viável o acompanhamento diário, já que o deslocamento e o custo financeiro da estadia, que muitos não podem arcar, não seriam mais problemas.

O presente artigo procura apresentar argumentos sobre a importância e o significado do acompanhante no ambiente hospitalar, apresentando as legislações pertinentes e explicitar as condições que o ambiente hospitalar deve proporcionar para o efetivo acesso a seu direito. Por fim, indica um caminho para a adequação e a melhoria da humanização do atendimento aos doentes, incluindo aqueles que não dispõem de visitas diárias e da convivência familiar.

1. Importância e papel do acompanhante

O processo de internação do paciente causa a interrupção de suas atividades cotidianas pelo período necessário para sua recuperação, tornando esse indivíduo dependente de cuidados diários, desencadeando uma nova rotina. O ambiente hospitalar torna-se o ambiente onde o paciente internado experiencia essa nova realidade. Os profissionais da saúde e, até mesmo os outros doentes, que ali também estão se recuperando, são pessoas desconhecidas do interno, mas inseridas em uma mesma realidade, o que tende a contribuir com o sentimento de falta de pertencimento do local, o que acaba sendo mais um fator de dificuldade no processo.

O tratamento da doença já é, por si só, doloroso e causa angústia ao paciente. Essa dificuldade se agrava como afastamento dos familiares e entes queridos, acarretando no paciente uma sensação de abandono e impotência. Tarefas que anteriormente seriam realizadas de forma facilitada, agora demandam auxílio. Esses são fatores que podem também agravar a situação do paciente, desencadeando em riscos psicológicos (JURKIEWICZ, 2003 apud HENRIQUES; CABANA, 2013).

Em meio a essa nova realidade, no ambiente hospitalar, o acolhimento dos familiares auxilia na familiarização do paciente com o local, além de auxiliá-lo a enfrentar o tratamento com um melhor apoio emocional. Jurkiewicz (apud HENRIQUES; CABANA, 2013) descreve o acompanhante como o indivíduo remunerado ou não, que permanece junto ao paciente pelo período de tempo necessário, proporcionando suporte, auxílio nas atividades, supervisão, companhia, além de apoio emocional.

O acompanhante é definido por Ferreira (apud LAUTERT; et al, 2016) como a pessoa que faz companhia ou dá suporte e assistência, seja ao doente, idoso ou inválido. O Guia Prático do Cuidador, publicado pelo Ministério da Saúde em 2008, definiu o acompanhante como a pessoa da família ou não que presta cuidados a outra pessoa que esteja necessitando, devido a apresentar limitações físicas, mentais ou a estar acamada, podendo ou não possuir remuneração pelo cuidado (BRASIL, 2008, p. 8).

Essas classificações concordam que o acompanhante é a pessoa que presta companhia ao paciente, e que, além disso, é a pessoa que auxilia em seus cuidados devido ao fato de não apresentarem condições autonomia. O acompanhamento de uma pessoa de confiança do doente possibilita uma melhora também no estado emocional. Os procedimentos hospitalares podem desencadear sentimentos de inseguranças e incertezas, influenciando fatores como ansiedade, tristeza e medo, afetando o estado emocional e psíquico do paciente.

As crianças, especialmente, são pacientes muito afetados pela hospitalização, pois além da insegurança que todo o processo causa, têm as suas rotinas e vínculos de convivência modificados completamente, sem a maturidade para lidar com a situação. A convivência com a família, a escola e a presença dos amigos deixam de fazer parte dos dias e essa perda, que pode ser momentânea ou não, é sentida pela criança. A presença da mãe, principalmente, ou de familiares próximos é um dos fatores que melhor contribuem para o processo de tratamento, possibilitando apoio e amparo (HENRIQUES; CABANA, 2013).

A necessidade de acompanhamento familiar é ainda mais necessária para intermediar a relação médico/paciente, o que auxilia na comu-

nicação e aceitação do tratamento. São as famílias também que ajudam os pacientes a lidar com a dor dos efeitos colaterais apresentados, além de administrar as orientações médicas (MENEZES; et al, 2016).

Além das crianças, os idosos e pessoas com necessidades especiais são indivíduos que demandam uma atenção superior, devendo receber assistência contínua durante todo o seu período de internação hospitalar. Apesar de a equipe de saúde estar presente, caso ocorra uma intercorrência, esses pacientes são mais vulneráveis, por terem dificuldade de locomoção ou de entendimento, dentre outros fatores, e a presença de pessoas de confiança é um fator que auxilia nas tarefas e na execução do tratamento no hospital e, também, nos cuidados em casa, posteriormente.

O acolhimento é um apoio e a assistência às pessoas que estão recebendo tratamento tende a estabelecer um vínculo entre o profissional de saúde e o paciente. Esse apoio é prestado pelo acompanhante com o intuito de melhor contribuir para a humanização do tratamento. No hospital, esse acolhimento é de grande importância devido ocorrer quando o paciente necessita de cuidados, por apresentar vulnerabilidade em seu estado físico e emocional (PROCHNOW; et al, 2009 apud HENRIQUES; CABANA, 2013).

O hospital é o ambiente em que o acolhimento deverá ser prestado. O lugar que carrega consigo a ideia de pertencimento forçado, pois os pacientes e acompanhantes nem sempre têm o poder de escolha sobre estar nesse ambiente. O vínculo lugar-espaço é construído na medida que ali essas pessoas estão inseridas por um período de tempo. O termo "lugar", nesse caso, compreende o sentimento de pertencimento e de partilha emocional, causado não só pelo seu acompanhante, mas também com os demais doentes e acompanhantes ali presentes e, o termo "lugar-espaço" compreende a ambiência e a relação de sentimento de ligação entre as pessoas com o local e com o sentimento de viver em sociedade (PASSOS; et al, 2016).

Nesse "lugar", os acompanhantes apresentam em comum a necessidade de cuidar de seus familiares. Essa realidade estabelece um vínculo e relação de solidariedade do grupo social presente, fundamentado pela razão emocional (PASSOS; et al, 2016). A rede social criada é composta por familiares, assistência social, profissionais de saúde, den-

tre outros, com o objetivo de contribuírem com o melhor bem-estar dos pacientes internados (MENEZES; et al, 2016).

Os membros da família se dividem para prestar apoio e favorecer o cenário da hospitalização. Favorecem a convivência e compartilham os problemas enfrentados. A rede social geralmente é formada por cônjuges, amigos, filhos ou parentes próximos e, de preferência, por pessoa de confiança do doente, mas sendo com maior frequência do sexo feminino e definida pela função que cada pessoa desempenha. Segundo Menezes (2016) são elas:

> Companhia social (realização de atividades conjuntas ou permanecer juntos em situações vitais como doença e morte de alguém); apoio emocional (reações de empatia, estímulo e apoio); guia cognitivo (relações que promovem modelos de papéis, informações pessoais ou sociais e esclarecimento de expectativas); regulação social (relações que favorecem a resolução de conflitos, neutralizam desvios comportamentais e lembram as responsabilidades); ajuda material ou de serviços (ajuda profissional específica, como os serviços de saúde); e acesso a novos contatos (abertura a outras relações que evidenciam potencial de vínculo).

Porém, apesar de muitos fatores justificarem a sua presença, os acompanhantes não apresentam um papel muito bem definido quanto ao que devem desempenhar em relação ao cuidado do paciente. As atividades desenvolvidas no hospital podem ser classificadas como objetivas e subjetivas, variando desde cuidados diários como auxílio nas idas ao banheiro e banho, alimentá-los e os relacionados ao amor, companhia e afeto (PASSOS; et al, 2016).

Estudos realizados no Brasil e no exterior apontam quais medidas devem ser sugeridas para serem adotadas, tanto por parte dos gestores da unidade de saúde, quanto por parte dos acompanhantes para melhor ser prestada a assistência à saúde a esses pacientes. São apontados, por exemplo, a integração que o acompanhante deve potencializar ao internado com o contexto hospitalar; a criação de organização dos padrões de medidas que o acompanhante deve seguir; o reconheci-

mento da singularidade e importância do papel do acompanhante no momento do tratamento; a organização dos grupos de familiares para prestarem apoio entre si e a importância da criação de local e política de apoio dos acompanhantes no ambiente hospitalar (STEYTLER; OLIVEIRA, 2016).

Mas o fato é que a falta de diferenciações conceituais ou de, até mesmo, critérios que estabeleçam de forma coesa as atribuições do acompanhante, induz a dúvidas em relação aos direitos e deveres tanto por parte do gerenciamento das unidades hospitalares, quanto por parte dos próprios acompanhantes. Espera-se, no entanto, que os acompanhantes assumam a função de auxiliar os doentes na recuperação e espera-se da equipe hospitalar que esse auxílio possa ser garantido (STEYTLER; OLIVEIRA, 2016).

É inclusive comum os profissionais do hospital, como alguns enfermeiros, vislumbrarem a presença do acompanhante como um fator negativo. Já se apontou que, para os profissionais da enfermagem, o familiar representa uma ideia de fiscal de qualidade, avaliando o serviço que é prestado ao doente (LAUTERT; et al, 2016). Gurley menciona que o período de visita é considerado perda de tempo e intromissão pela equipe. Porém são notórios todos os fatores positivos que os acompanhantes e cuidadores proporcionam aos pacientes (apud LAUTERT; et al, 2016).

Ter um familiar e alguém que se importe com seu bem-estar, prestando assistência e mantendo contato em um momento delicado é um importante motivador, mas, mais do que isso, é o que, muitas vezes, possibilita o momento de o tratamento ter êxito. Alguns pacientes detêm o direito ao acompanhante estabelecido por leis e normas, mas o que é observado é que o hospital não é preparado para receber e organizar essas pessoas no ambiente. O ambiente, seja nas enfermarias adultas, pediátricas ou neonatais, não proporciona espaço e conforto para que esses indivíduos consigam se instalar no período da internação.

Somado a esse fator, os pacientes que não apresentam direito ao acompanhante por não serem idosos, crianças ou pessoas com necessidades especiais, também poderiam auferir benefícios no tratamento se conseguissem manter contato com seus familiares. A convivência com

eles proporciona auxílio na terapêutica, além de humanizar o momento de dor do doente. Esses pacientes mantém o contato familiar apenas no período destinado à visita em horários definidos pelo hospital, mas o deslocamento diário e o custeio acabam dificultando a presença dos acompanhantes.

2. Legislações e questão constitucional dos acompanhantes

O direito ao acompanhamento hospitalar encontra amparo em instrumentos legais, com o intuito de normatizar e assegurar que pacientes com condições sociais e biológicas vulneráveis possam ter assistência de familiares ou de pessoas de confiança para auxiliarem em suas rotinas de tratamento. O Estatuto do idoso; o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei Federal do Acompanhante e demais legislações do SUS são algumas das legislações sobre essa temática. O tema também é tratado em portarias do Ministério da Saúde e legislações próprias de cada Estado (STEYTLER; OLIVEIRA, 2016).

O SUS, Sistema Único de Saúde, é um complexo sistema de saúde pública e gratuita que atende dos simples aos mais graves casos o que, por garantia constitucional, é direito de todos. O sistema é vinculado aos hospitais públicos, como é o caso do Hospital Servidores do Estado. A legislação do SUS cita normas sobre acompanhantes e, dentre elas, garante que os locais de serviços de atendimento à saúde devem dispor de estrutura e local para os pacientes que têm direito a acompanhantes, a fim de visar a uma assistência à saúde mais humanizada.

A humanização supõe interações de troca de saberes dos profissionais de saúde, dos pacientes e familiares, segundo a Política Nacional de Humanização – HumanizaSUS (BRASIL, 2004, p. 8). Como proposta dessa Política, a visita aberta objetiva "[...] ampliar o acesso dos visitantes às unidades de internação, de forma a garantir o elo entre o paciente, sua rede social e os diversos serviços da rede de saúde, mantendo latente o projeto de vida do paciente" (BRASIL, 2007).

O direito ao acompanhante é garantido pela Constituição Federal ao idoso. Segundo o Estatuto do Idoso, Art. 3 da Constituição Federal, é obrigação não só da família, mas também do poder público, assegu-

rar, dentre outros direitos dos idosos, a convivência familiar. E o Art. 16, parágrafo único, assegura ao idoso internado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para permanência em tempo integral, cabendo aos profissionais da saúde envolvidos concederem as autorizações necessárias e, em caso de impossibilidade por algum motivo, justificá-la. Ainda segundo esse Estatuto, o art. 50, inciso VII, constitui como obrigação das entidades de atendimento oferecer acomodações apropriadas para o recebimento de visitas (BRASIL, 2003).

O idoso é a pessoa com idade superior a 60 (sessenta) anos. Segundo Santos (2011, p. 89), difundiu-se a importância coletiva dos indivíduos assumirem responsabilidade com o social, com a natureza e as pessoas menos favorecidas. E, percebeu-se que era dever do Estado resgatar um cuidado maior com os idosos, que estavam sendo negligenciados, sabendo-se que a população brasileira vinha envelhecendo. Não sendo mais possível ignorar esse fator, tornou-se importante legislar sobre esse segmento da população.

No entanto, apesar de ser obrigação das entidades de atendimento oferecer acomodações aos acompanhantes segundo o Estatuto do Idoso, a legislação do SUS cita a Portaria n º 280, de 7 de abril de 1999 e o Art. 1º , que torna obrigatória, nos hospitais públicos conveniados do SUS, a viabilização de meios que permitam a presença do acompanhante do idoso. Nos incisos 1º e 2º deste artigo, é autorizada a cobrança das despesas previstas com acompanhante, cabendo ao gestor a devida formalização. No valor da diária de acompanhante, estão incluídos a acomodação adequada e o fornecimento das principais refeições.

Santos (2011, p. 85) afirma que o Estatuto da Criança, criado pela lei 8.069 de julho de 1990, assim como o Estatuto do Idoso determina que é obrigação de toda a sociedade garantir os direitos das crianças e adolescentes, sendo consideradas crianças os indivíduos de até 12 (doze) anos de idade incompletos e adolescentes, pessoas dos 12 aos 18 anos.

O Art. 12, do Estatuto da Criança, estabelece que os hospitais de atendimentos médicos proporcionem espaço para um dos pais ou res-

ponsável em tempo integral, enquanto o menor estiver internado. A SBP (Sociedade Brasileira de Pediatria) definiu como diretiva o que foi estabelecido pelo Estatuto da Criança. As mulheres gestantes também têm direito a acompanhamento hospitalar tanto no período do pré-natal quanto durante e no pós-parto imediato, conforme art. 8, parágrafo 7. No Art. 10, do Estatuto da Criança, há a especificação de que os hospitais devem manter alojamento conjunto, possibilitando a permanência da mãe junto ao neonato (BRASIL, 1990).

Privar o direito ao acompanhante no parto ou pós-parto consiste em violação do direito ao parto humanizado, além de configurar em violência obstétrica, o que contribui para que seja violada a autonomia da gestante. A "Lei do Acompanhante" – Lei Federal n. º 11.108, de 07 de abril de 2005, alterou a Lei n. º 8.080, de 19 de setembro de 1990, determinando que os serviços de saúde vinculados ao SUS são obrigados a permitir à gestante o direito à presença de acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto. (CASTRO, 2020).

A Portaria nº 3.522 de 2 de julho de 1985 do Ministério da Previdência e Assistência Social, e a Resolução INAMPS nº 104 de 2 de dezembro de 1985, mencionada na legislação do SUS e citada na Lei Nº 8876 de 2 de setembro de 2002, garantem ainda direito a acompanhantes, além dos citados acima, aos portadores de necessidades especiais, pessoas impossibilitadas de autocuidar-se, pacientes terminais e outros casos plenamente justificáveis.

Porém, para que a permanência do acompanhante se consolide de fato, é necessário não só que a presença dele seja permitida no ambiente hospitalar, mas que as condições necessárias à sua permanência existam. O acompanhamento demanda dias dormindo no hospital, com noites interrompidas, de acordo com a necessidade do paciente, sendo imprescindível um local de descanso confortável. Pacientes que realizam seus procedimentos em cidades distintas da sua residência, muitas vezes, não apresentam condições financeiras de manter seu familiar consigo.

Somadas a essas dificuldades, poucas são as normativas que asseguram tais benefícios. Há um projeto de Lei nº 10.895 que altera a Lei

nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 para instituir ajuda de custo ao paciente do SUS que precisa realizar tratamento de saúde fora de sua cidade e esse benefício incluirá o custeio dos acompanhantes. É o mais próximo que se chega das preocupações do presente trabalho.

Em relação a esse custeio, as determinações da "Lei do Acompanhante", estabelecem que qualquer cobrança para o cumprimento do direito ao acompanhamento no momento do parto ou no pós-parto é indevida, sendo dever dos estabelecimentos de saúde garantir as condições necessárias. Porém, relatos de gestantes são frequentes a respeito de cobrança do acompanhante para esterilização da vestimenta, para permitir que o mesmo possa pernoitar e para as refeições no hospital. Trata-se de cobrança ilícita para garantia de um fator que é direito da gestante (CASTRO, 2020).

Pacientes portadores de doenças não tratáveis pelo SUS, por falta de condições técnicas, terão ajuda de custo e hospedagem ao se deslocar para um outro município ou Estado e, quando houver necessidade, os acompanhantes também terão direito (OBSERVATÓRIO DE ONCOLOGIA, 2016). Tal medida é assegurada pela Portaria nº 55, de 24 de fevereiro de 1999, que no Art. 4º garante que os custos com a pernoite e com as refeições dos pacientes e acompanhantes serão liberados de acordo com a disponibilidade financeira do município. Mas percebe-se que isso se dá só em casos de doenças não tratáveis e se o município aprovar a despesa.

Legislações e diretivas criadas pelo governo, por associações médicas bem como as normas do hospital são estabelecidas para garantir não só ordem no ambiente hospitalar, mas também que os direitos dos pacientes estejam de acordo com os princípios éticos e humanos de forma a assegurar uma recuperação com mais dignidade e respeito em um momento de dor, além de um ambiente mais humano.

As legislações acima mencionadas estabelecem que os órgãos de saúde devem proporcionar condições adequadas de estadia para a permanência durante todo o tratamento do doente, mas o que se observa é que, o que é oferecido aos acompanhantes, no caso do Hospital Servidores do Estado, objeto de estudo de pesquisa que inclui o presente trabalho, é apenas um assento reclinável, o que não atende às necessidades

do acompanhante, especialmente daqueles pacientes que poderão levar meses internados.

3. Viabilização das leis pertinentes

A Política Nacional de Humanização, conforme mencionada, contempla e reconhece o acompanhante ao usuário do serviço de saúde pública e sua importância. Apesar disso, o que é constatado, que as famílias vivenciam realidades sociais duras, sendo, dentre elas, um fator de grande relevância o financeiro, que impossibilita a presença e acompanhamento ao internado. A política de saúde é constantemente precarizada e os espaços só reforçam o modelo clientelistas, em que a responsabilização e custeio é de cunho, muitas vezes, individual (STEYTLER; OLIVEIRA, 2016).

Os pacientes que apresentam direito ao acompanhamento não possuem condições adequadas para destinar aos seus acompanhantes no hospital, durante o período do tratamento e da recuperação que, pode ser longo, podendo durar meses. Em visita técnica, constatou-se que o Hospital Servidores do Estado, na cidade do Rio de Janeiro, proporciona a essas pessoas apenas assentos reclináveis, além da falta de espaço físico para melhor se instalarem.

Os pacientes que não apresentam direito ao acompanhamento no ambiente hospitalar, possuem visitas realizadas nos horários estabelecidos pelo hospital, como mencionado. É um problema comum o familiar desse paciente não conseguir realizar o deslocamento diário pelo fato de falta de recursos financeiros para custear as despesas. Esse hospital recebe doentes de outras cidades e Estados, o que torna ainda mais onerosos o deslocamento e a hospedagem do familiar de doentes nesse caso.

Um ambiente que pudesse hospedar os acompanhantes dos pacientes, sejam os detentores do direito, ou até mesmo dos que não apresentam condições financeiras de mantê-los próximos, facilitaria e melhoraria as condições de conforto e humanização da rede SUS. O Hospital Servidores do Estado é alvo de pesquisa em que se insere o presente trabalho, mas trata-se de problema vivido pelos pacientes em outros ambientes, como mencionado.

Ao procurarmos uma solução para o caso desse hospital, foi observado que, nas proximidades do Hospital Servidores do Estado, encontra-se a antiga maternidade da ProMatre. Tal edificação poderia ser reformada para hospedar esses acompanhantes, em período temporário, proporcional ao tratamento que tiver sendo realizado, proporcionando aos familiares assistir seus doentes de perto.

Além disso, essa edificação apresenta o fator facilitador de que, por já ter sido uma edificação hospitalar, a divisão interna em apartamentos já é estabelecida, o que poderia até gerar uma economia de custo de reforma para adaptá-la. Tal viabilidade e estudo serão tratados, posteriormente, em dissertação de mestrado de forma mais aprofundada.

Considerações Finais

A presença do acompanhante possibilita muitos benefícios aos pacientes. Como mencionado, por mais que exista a legislação que assegure o cumprimento desse direito no ambiente hospitalar, o que ocorre, na prática, é que não existem organização e definição das atividades que eles devem desempenhar. A falta dessas instruções causa falhas por parte da gestão do hospital e dos profissionais de saúde, que acabam não vendo, de forma positiva, esses acompanhantes.

Além disso, o espaço físico do hospital não é condizente com o tempo que essas pessoas estarão ali instaladas. São condições precárias que seriam suficientes para, no máximo, alguns dias, mas para tratamentos que possam durar meses não é adequado e não condiz com o Programa de Humanização que o SUS detém.

A ocupação e destinação da edificação abandonada, nas proximidades do Hospital Servidores do Estado, é uma solução para abrigar essas pessoas e garantir que a legislação cumpra seu papel de garantir o atendimento ao direito, principalmente, dos incapazes e indefesos. Nossa pesquisa trata de desenvolver uma proposta de adequação da edificação atualmente sem uso da antiga ProMatre, que já apresenta estrutura interna adequada, minorando o custo de sua reforma e adequação. Tal proposta será aprofundada em dissertação para obtenção de Título de Mestrado Profissional que, mais do que isso, vislumbra uma possibilidade de melhoria social para esses pacientes e respectivos acompanhantes.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5/10/1988. Disponível em:<http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 8.080 de 1990.** Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm/ >. Acesso em: 03 de nov. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 8.069 de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 06 nov. 2019

BRASIL. **Lei Nº 10.741 de 2003**. Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em 05 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **HumanizaSUS Política Nacional de Humanização:** A Humanização como Eixo Norteador das Práticas de Atenção e Gestão em Todas as Instâncias do SUS**.** Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. Brasília, 2004. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/humanizasus_2004.pdf>. Acesso em: 02 de nov.2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **HumanizaSUS Visita Aberta e Direito ao Acompanhante. 2 ed.** Núcleo Técnico da Política Nacional de Humanização. Brasília, 2007. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/visita_acompanhante_2ed.pdf>. Acesso em: 02 de nov.2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria Nº 55, de 24 de fevereiro de 1999. Disponível em:< http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0055_24_02_1999.html >. Acesso em: 12 nov. 2019

BRASIL. **Programa de Informação e Apoio Técnico às Novas Equipes Gestoras Estaduais do SUS de 2003.** Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/progestores/leg_sus.pdf >. Acesso em: 02 de nov.2019.

BRASIL. **Projeto de Lei Nº 10.895 de 2018.** Disponível em:< https://www.camara.leg.br/noticias/550803-projeto-garante-ajuda-de-custo-a-paciente-do-sus-que-se-trata-em-outra-cidade/ >. Acesso em: 03 de nov. 2019.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Direito ao acompanhante, violência obstétrica e poder familiar. **Pensar,** Fortaleza, v. 25, n. 14, p. 1-12, jan. /mar. 2020. Disponível em: < https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10093>. Acesso em 05 jul. 2020.

HENRIQUES, Renata da Trindade Meira; CABANA, Maria Cristina Fonsêca de Lima. O ACOMPANHANTE NO PROCESSO DE HOSPITALIZAÇÃO. **HUMANAE,** v.7, n. 1, p. 1-11, 2013. Disponível em: < http://humanae.esuda.com.br/index.php/humanae/article/view/69>. Acesso em 07 jul. 2020.

LAUTERT, Liana; et al. O ACOMPANHANTE DO PACIENTE ADULTO HOSPITALIZADO. **Gaúcha Enferm.,** Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 118- 131, jul. 1998. Disponível em: < https://pdfs.semanticscholar.org/971e/225090848d006a36da863fb6f67c249948d3.pdf>. Acesso em 08 jul. 2020.

MENEZES, Marina; et al. As Redes Sociais dos Familiares Acompanhantes durante Internação Hospitalar de Crianças. Ver. Esc. Enferm USP, São Paulo, v. 50, p. 107- 113, jun. 2016. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0080-62342016001100107&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em 06 jul. 2020.

OBSERVATÓRIO DE ONCOLOGIA. Panorama do tratamento fora de domicíliopara pacientes oncológicos. 2016. Disponível em:< https://observatoriodeoncologia.com.br/panorama-do-tratamento-fora-de-domicilio-para-pacientes-oncologicos / >. Acesso em: 12 de nov. 2019.

PASSOS, Silvia da Silva Santos; et al. Quotidiano de familiares acompanhantes nos cenários de cuidado: o emergir das tribos hospitalares. **Ver. Esc. Enferm USP,** São Paulo, v. 50, n. 3, p. 466-

473, mai. 2016. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0080- 62342016000300466&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 06 jul. 2020.

SANTOS, Alexandre. Responsabilidade Civil do Médico. Rio de Janeiro: DOC editora, 2011.

SBP. Sociedade Brasileira de Pediatria. Disponível em: <https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/img/documentos/doc_criancas_hosp.pdf >. Acesso em: 16 set. 2019.

STEYTLER; Solange Júlia Silva; OLIVEIRA, Andréia de. Direito ou responsabilização das famílias no acompanhamento hospitalar. **ARGUMENTUM**, Vitória, v. 8, n. 1, p. 174-190, jan. /abr. 2016. Disponível em: < http://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/11138>. Acesso em 07 jul. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: CASOS QUE ENVOLVERAM O BRASIL NO PERÍODO DE 2009 A 2019

Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos

1 INTRODUÇÃO

Com o término da segunda guerra mundial, a comunidade internacional despertou para a necessidade de criar mecanismos para proteger os indivíduos e lhes garantir os direitos fundamentais de abrangência multilateral. Para isso, em 1945, foi assinada a Carta das Nações Unidas, uma organização internacional que teve como objetivo promover a paz entre as nações. Três anos depois, em 1948, a Assembleia das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ressalte-se, no entanto, que, apesar do surgimento de todo esse sistema global de proteção ao ser humano, integrado, notadamente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e pelos Tratados Internacionais, foi necessário internacionalizar essas garantias fundamentais para ampliar e fortalecer a defesa dos direitos humanos por meio de um sistema com melhores condições e mais facilidade para agir de maneira mais eficaz em um plano regional. Isso resultou na criação de sistemas regionais de proteção aos direitos humanos – o sistema europeu, o interamericano

e o africano - todos com o mesmo objetivo e atuando sempre de forma complementar e em harmonia com as normas internacionais.

Embora a pesquisa tenha sido desenvolvida com o intuito de trazer para discussão os três sistemas regionais, o sistema interamericano foi o cerne do artigo, com ênfase na atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no que diz respeito ao enfrentamento e ao combate às violações dos direitos humanos praticados pelos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, notadamente, o Brasil.

Conforme Torres (2019), o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH) surgiu com a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, ambas aprovadas em 1948, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada em 1969, que entrou em vigor no dia 18 de julho de 1978. Esse tratado, considerado como o principal instrumento normativo do sistema regional interamericano, além de abordar sobre o respeito aos direitos humanos, determina a obrigação dos Estados-membros de promoverem a efetividade dos direitos nela assegurados, em cuja composição destacam-se dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência consultiva e contenciosa para apreciar casos de violações aos direitos humanos e interpretar normas internacionais relacionadas a esses direitos nas legislações internas dos Estados-partes. Neste estudo, só foi considerada sua atuação contenciosa. Convém enfatizar que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada desde 1959, com competência quase jurisdicional, engloba tanto os Estados-parte que aderiram à Convenção Americana quanto os Estados integrantes da Organização dos Estados Americanos. E mesmo depois da vigência da Convenção Americana, continuou a ser o principal órgão da OEA.

Consideramos esta pesquisa importante, porque irá criar subsídios para que possamos entender e esclarecer os fatos submetidos à Corte e devido ao compromisso assumido pelo Brasil, como também assegurar direitos aos que necessitam, em um cenário em que o Estado se torna omisso, evidenciando um problema latente, que Tibiriçá e Farah (2014,

p. 36) afirmam se tratar de uma "problemática relacionada à busca de soluções eficazes e seguras contra as violações de direitos humanos [...]". Nesse sentido, é relevante destacar a Corte Interamericana tendo o Brasil como responsável por ações violadoras dos direitos humanos, mesmo sendo o Estado-parte ratificadora da Convenção Americana de Direitos e os fatores que favorecem esses acontecimentos.

Assim, tendo em vista essas justificativas, o objetivo do artigo foi o de analisar a quantidade de casos submetidos ao julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que o Brasil foi denunciado no período de dez anos, ou seja, de 2009 a 2019. Esse objetivo visa responder às seguintes perguntas: Como é um Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil cumpre o foi o pactuado na adesão ao Tratado? Quais fatores contribuem para que isso aconteça? Isso se justifica porque, em um estudo inicial, foi constatado que o Brasil, mesmo tendo ratificado a Convenção há mais de 20 anos, é denunciado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH), inspirado no modelo europeu, despontou no período de transição entre o regime ditatorial e a consolidação da democracia, que foi marcado por violência, impunidade, exclusão e desigualdades sociais nos países latino-americanos, sobretudo, em países como o Brasil, o Chile e a Argentina, tendo como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é necessário quando ocorre algum tipo de violação dos direitos humanos, no que diz respeito aos Estados do continente americano. Essa verificação da responsabilidade por esses atos acontece no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e é justamente aí que surge o então SIPDH (STALLIVIERE, 2015).

Ainda de acordo com Stalliviere (2015, p. 31),

> o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos envolve dois procedimentos distintos e complementares: o geral, que é mais antigo e aplicável a todos os Estados-membros da OEA, e o estabelecido pela Convenção Americana, aplicável àqueles que são partes dessa Convenção, caso em que o procedimento geral poderia ser aplicado subsidiariamente. A atuação combinada desses procedimentos forma o sistema regional interamericano, que utiliza a atuação da Comissão e da Corte; enquanto aquela atua em ambos os procedimentos, esta atua no procedimento estabelecido pela Convenção.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi elaborada em 1969, durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos. Entretanto, só passou a vigorar em 1978. Suas normas são divididas em três partes: 1 - os deveres dos Estados e dos direitos protegidos, em que constam deveres, direitos civis e políticos, que se referem, de forma genérica, aos direitos econômicos, sociais e culturais; 2 - os meios de proteção aos direitos, que definem as competências, a composição e os procedimentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE IDH); e 3 – e o fato de dispor sobre a assinatura, a ratificação, a reserva, a emenda e a denúncia da Convenção, além das disposições transitórias.

Em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Convenção não individualiza cada um deles outorgando aos Estados-partes a promoção de ações de caráter legislativo ou mediante outras medidas para que sejam efetivadas (PIOVESAN, 2015).

2.1 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH)

Teixeira (2016) refere que a Corte IDH foi criada no final da década de 70, resultante do que podemos chamar do início da vigência da Convenção, e foi adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada no período de 7 a 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, quando lhe foi atribuído

o caráter consultivo e contencioso. Criada pela Convenção em 1979, com sede em San Juan, na Costa Rica, essa Corte tem competência consultiva e contenciosa, e seu objetivo é de aplicar e interpretar as normas estabelecidas na Convenção Americana e reconhecer a responsabilidade internacional do Estado denunciado pela violação aos direitos assegurados tanto na Convenção quanto em outros Tratados de Direitos Humanos integrantes do Sistema Interamericano.

A Corte IDH é composta de sete Juízes, naturais dos Estados-membros da OEA. Porém não é permitida a indicação de mais de um Juiz do mesmo Estado com decisões tomadas por maioria e, em caso de empate, prevalecerá o voto do Presidente. Seus julgados e opiniões consultivas (que não são objetos de análise nesse momento) constituem uma espécie de jurisprudência internacional sobre direitos humanos, porém não detêm competência para analisar a responsabilidade em matéria criminal, razão por que não se pronunciam sobre o aspecto penal da conduta violadora. Segundo Castilo (2018), ela apresenta as seguintes características: só pode ser acionada pelos Estados-partes ou pela Comissão, suas decisões devem ser vinculantes e cumpridas imediatamente e tem o poder de cautela. Contudo, para ser acionada, o Estado ratificante precisa ter reconhecido expressamente sua competência. Assim, o Estado pode ratificar a Convenção Americana e adquirir a condição de Estado-parte, mas não ser submetido ao controle jurisdicional internacional da Corte.

No que se refere ao fato de a própria vítima não poder denunciar a violação sofrida à Corte IDH, Trindade (2001, p 15) ressalta:

> A essas considerações de princípio se agregam outras, de ordem prática, igualmente em favor da representação direta das vítimas ante a Corte, em casos já a ela submetidos pela Comissão. Os avanços neste sentido convêm não só às supostas vítimas, mas a todos: aos Estados demandados, na medida em que contribui a afastar definitivamente as tentações de politização e a consolidar a jurisdicionalização do mecanismo de proteção; à Corte, para ter melhor instruído o processo; e à Comissão, para por fim à ambigüidade de seu papel, atendo-se à sua função própria de guardiã da aplicação correta e justa da Convenção

> (e não mais com a função adicional de "intermediário" entre os indivíduos e a Corte). Os avanços nesta direção, na atual etapa de evolução do sistema interamericano de proteção, são responsabilidade conjunta da Corte e da Comissão.

Apesar de a legitimidade ativa dos Estados ser inquestionável, as denúncias são sempre apresentadas por iniciativa da Comissão Interamericana, devido ao receio das consequências provocadas e ao efeito bumerangue, caso um Estado denuncie outro pela prática de violações aos direitos humanos. Contudo, a legitimidade passiva caberá sempre ao Estado, pois a Corte IDH não é um Tribunal que julga pessoas (RAMOS, 2016).

Depois que o caso é submetido à apreciação da Corte IDH, mesmo que haja uma possível solução, seja por meio de acordo entre as partes ou por causa de desistência da vítima ou do reconhecimento do pedido por parte do Estado Réu, caberá à Corte decidir sobre o acolhimento, estabelecendo os efeitos decorrentes, se for necessário (RAMOS, 2017). Ademais, suas sentenças, além de definitivas, não têm o objetivo de reanalisar ou substituir decisões proferidas nos Tribunais internos.

De acordo com Castilho (2018), o Brasil demorou quase uma década para reconhecer a competência jurisdicional da Corte. E apesar de haver ratificado o Tratado em setembro de 1992, só foi reconhecida por meio do Decreto Legislativo 8.998 de 4 de dezembro de 1998. Em consequência, somente os fatos acontecidos depois dessa data é que podem ser submetidos a análise pela Corte.

2.2 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Mesmo depois que a Convenção Americana entrou em vigor, a Comissão Interamericana continuou a ser o principal órgão da OEA com a peculiaridade de integrar a Convenção. Com sede em Washington, é composta de sete membros, eleitos pela Assembleia Geral da OEA e de inquestionável conduta moral e notável saber na área dos Direitos Humanos, para exercer um mandato de quatro anos. Tem função quase jurisdicional e concentra atos de natureza investigatória,

apreciativa e impositiva, o que evidencia a necessidade de proteger o ser humano e seus direitos essenciais de uma maneira bem mais extensa do que a prevista em outros instrumentos internacionais existentes.

Pode ser provocada pela própria vítima, por seus representantes, Estados e grupos ou entidades não governamentais. Ao receber a comunicação denunciando a violação, a Comissão Interamericana, inicialmente, verifica se há requisitos de admissibilidade: esgotamento dos recursos de direito interno e a inexistência de litispendência. Caso estejam presentes, solicita informações ao governo denunciado para analisar sua pertinência e deliberar o arquivamento ou, se não for o caso, o prosseguimento para fins de uma investigação mais aprofundada.

3 BREVE EXPLANAÇÃO SOBRE OS CASOS OCORRIDOS NO BRASIL

Os casos que são submetidos à Corte IDH provêm de relatórios elaborados pela Comissão Interamericana – CIDH - concluindo por violações às normas da Convenção Americana. Como suas decisões não têm caráter jurisdicional, são enviadas ao órgão competente que, no Sistema Interamericano, é a Corte IDH.

Abaixo, ilustramos todos os casos ocorridos no Brasil submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos desde o ano de 2009 até 2019.

> **Caso 1:** Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil
>
> Trata-se de um caso relacionado à explosão em uma fábrica de fogos artificiais, em 11 de dezembro de 1998, localizada em Santo Antônio de Jesus - BA, que causou a morte de 64 pessoas, das quais 22 eram meninos e meninas. Alega-se que o Estado sabia que atividades industriais perigosas foram realizadas na fábrica e existia, supostamente, uma das piores formas de trabalho infantil e irregularidades graves, com riscos altos e iminentes para a vida, a integridade pessoal e a saúde de todos os trabalhadores. Em tramitação.

Caso 2: Vladimir Herzog e outros vs. Brasil

Trata-se de um caso de tortura e de assassinato do jornalista Vademir Herzog. Sentença em 15 de março de 2018.

Caso 3: Pueblo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil

Trata-se de violações de direitos à propriedade relacionados ao processo de titulação, demarcação e delimitação do território do povo indígena Xucuru e seus membros. Sentença em 5 de fevereiro de 2018.

Caso 4: Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (Favela Nova Brasília) vs. Brasil

O caso envolve tortura, atos de violência sexual e execuções extrajudiciais de 26 pessoas - incluindo seis crianças – na Favela Nova Brasília, praticado por integrantes da Polícia Civil do Rio de Janeiro. Sentença em 5 de fevereiro de 2018.

Caso 5: Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil

Trata-se de um caso de trabalhadores submetidos a trabalho escravo e à servidão por causa de dívidas na Fazenda Verde Brasil, localizada no estado do Pará. Sentença de 22 de agosto de 2017.

Caso 6: Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (Favela Nova Brasília) vs. Brasil

Um caso de tortura, atos de violência sexual e execuções extrajudiciais de 26 pessoas - incluindo seis crianças – na Favela Nova Brasília, praticado por integrantes da Polícia Civil do Rio de Janeiro. Sentença em 5 de fevereiro de 2018.

Caso 7: Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil

Esse caso envolve o desaparecimento forçado de membros da Guerrilha do Araguaia (movimento de resistência ao regime militar), entre 1972 e 1975, e falta de investigação de tais eventos. Sentença em 24 de novembro de 2010.

Caso 8: Escher e outros vs. Brasil

O caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado Brasileiro pela interceptação, pelo monitoramento e pela divulgação de conversas telefônicas pela Polícia Militar do Estado do Paraná entre pessoas relacionadas ao Movimento dos sem Terra - MST. Sentença em 20 de novembro de 2009.

Caso 9: Caso Garibaldi Vs. Brasil

Trata-se do assassinato de Sétimo Garibaldi, ocorrido durante uma operação extrajudicial de despejo na Hacienda São Francisco, localizada na cidade de Querência do Norte, no estado do Paraná, ocupada por cerca de cinquenta famílias. Sentença de 23 de setembro de 2009.

Caso 10: Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil

Possível assassinato de Márcia Barbosa de Souza por um ex-Deputado Estadual. Em tramitação.

4 METODOLOGIA

Com o intuito de contribuir para facilitar a compreensão do funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, analisamos a quantidade de casos submetidos ao julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que o Brasil foi o Estado denunciado em um recorte temporal de 10 anos, ou seja, entre 2009 e 2019.

Para isso, foi necessário fazer uma pesquisa bibliográfica e um levantamento das definições de termos, o que nos possibilitou aprofundar a questão debatida e examinar um tema com um novo enfoque ou abordagem (MARCONE & LAKATOS, 2010), o que nos proporciona um melhor processo investigativo sobre determinados assuntos.

Convém trazer a definição de Prodanov e de Freitas (2013, p. 54), que se preocupam em nos alertar de que, na pesquisa bibliográfica, é necessário "[…] que o pesquisador verifique a veracidade dos dados obtidos, observando as possíveis incoerências ou contradições que as obras possam apresentar".

A pesquisa, que também serve para despertar uma reflexão acerca da situação relatada e possibilitar mudanças, também se caracteriza como qualitativa, por nos compreender informações e ocorrências sobre determinados assuntos que não são evidenciadas de forma que possamos entender bem mais o fenômeno investigado.

Para proceder ao levantamento das informações, foi necessário fazer consultas no site da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que nos possibilitou conhecer as denúncias existentes contra o Brasil, que foram apresentadas de forma individual respeitando a particularidade de cada caso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados da pesquisa indicaram que, apesar de o Brasil assumir o compromisso de defender os direitos humanos, ao adotar a Convenção Americana de Direitos Humanos, continua omisso em relação às atitudes que deve tomar para garantir esses direitos. Além disso, no período compreendido entre 2009 e 2019, nove casos foram submetidos à Corte Interamericana para cumprir e respeitar os direitos violados. Vários fatores contribuem para esse resultado, entre eles, a deficiência de políticas púbicas, falta de capacitação dos agentes púbicos para garantir os direitos fundamentais e a escassez de campanhas publicitárias que visem realçar o quanto é importante respeitar e garantir os direitos humanos.

A necessidade de intervir da Corte IDH denota que, embora o Brasil tenha se comprometido internacionalmente em proteger os direitos humanos e, há mais de 30 anos, por meio da Constituição Federal, venha enfatizando que é preciso protegê-los, há um descompasso na prática.

Urge, portanto, tomar providências para uma atuação com resultados efetivos e eficientes que fortaleçam todo o sistema de proteção e de garantia dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

CASTIHO, R.D. S. **Coleção Sinopses Jurídicas – Direitos Humanos.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus Y otros Vs. Brasil**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/empleados_de_la_fabrica_de_fuegos_en_santo_antonio_de_jesus_y_otros.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbosa de Souza y otros Vs. Brasil.** Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/barbosa_de_souza_y_otros.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Casos en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm. Acesso em: 07 jul. 2020

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Casos archivados por supervisión de cumplimiento de sentencia**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais_archivados.cfm. Acesso em: 07 jul. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/. Acesso em: 09 julh. 2020.

MARCONE, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp. Acesso em: 07 jul. 2020.

PIOVESAN, FLÁVIA. **Direitos humanos e justiça internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar. **Metodologia do Trabalho Científico:** métodos e técnicas da pesquisa

e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Editora Universitária/Universidade FEEVALE, 2013. Disponível em: http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf. Acesso em: 08 jul. 2020.

RAMOS, A. C. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, A. C. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STALLIVIERE, Juliana Magalhães. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros VS. Brasil:** eficácia no quadro das violações dos direitos humanos no Brasil. Orientador: Arno Dal Ri Júnior. 2015. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/157108/Juliana%20Magalhaes%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 jul. 2020.

TEIXEIRA, Marina Raupp. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os desafios da implementação das decisões da Corte no Brasil:** um estudo do caso Damião Ximenes Lopes. Orientador: Fernanda da Silva Lima. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense. Criciúma, 2016. Disponível em: http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/5090/1/MARINA%20RAUPP%20TEIXEIRA.pdf. Acesso em: 08 jul. 2020.

TIBIRIÇA, Sérgio; FARAH, Eva. Sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 2, p. 25-39, mai./ago.2014. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4100390/mod_resource/content/2/TIBIRI%C3%87A%2C%20S%C3%A9rgio%3B%20FARAH%2C%20Eva.%20Sistemas%20regionais%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o%20aos%20direitos%20humanos.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

TORRES, Raissa Brindeiro de Araújo. **Imigrantes e refugiados venezuelanos na Paraíba:** aspectos para o desenvolvimento da política migratória em nível local. Orientador: Fredys Orlando Sorto. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2019. Disponível em: file:///C:/Users /Downloads/RAISSA%20-%20TESE%20DOUTORADO%20-%20CORRIGIDA%20PARA%20DEPO%CC%81SITO%20NA%20BIBLIOTECA.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 2, n. 2, p. 13-39, 2001. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/ibdh/revista_do_ibdh_numero_2.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NOS CRIMES DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS: UMA ANÁLISE SOBRE A ESCRAVIDÃO MODERNA DENTRO DO QUADRO JURÍDICO DO ESTATUTO DE ROMA

Giovana Pereira Pinto
Sanuza Vitória Silva da Costa
Danilo Barbosa Neves

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva discutir acerca da necessidade de atuação do Tribunal Penal Internacional (TPI) no combate ao delito do tráfico internacional de pessoas, partindo do pressuposto que a inércia, bem como a ineficiência estatal na prevenção e, principalmente, na repressão do crime, é um fator preponderante apto a gerar a impunidade dos traficantes de seres humanos. Assim, e com vistas a combater a impunidade em tais casos, o envolvimento do TPI no processamento e julgamento dos indivíduos é fundamental. Com isso, a discussão funda-se em indagações sobre a estrutura e o funcionamento do TPI, principalmente no que tange à sua jurisdição, a escolha dos crimes que lá serão julgados e processados, bem como a capacidade postulatória para requerer a tutela penal internacional.

Assim, como o tráfico humano se enquadra na competência do TPI, embora não esteja previsto de forma expressa no Estatuto de Roma, averiguar o sistema de julgamento desta Corte, por meio de documentos de ordem internacional (Convenções e Protocolos), além de suas prioridades, é o combustível básico desta pesquisa. Ademais, apresenta-se aqui que o TPI é um órgão cuja atuação judicante é recente no cenário internacional, vez que seu ato constitutivo foi firmado em 1998 e o seu início efetivo deu-se apenas em 2002. Nesses termos, destaca-se que apesar de já ter julgado um número razoável de casos relativos ao cometimento de graves crimes humanitários, com 27 apresentados à Corte[40], não se pode deixar de notar, todavia, que a sua atuação é ainda muito restrita no que tange à admissibilidade das denúncias oferecidas ao órgão quanto ao crime de tráfico humano.

Além disso, por ser um órgão internacional com personalidade jurídica própria, o TPI pode alcançar vários países pelo quais a linha do tráfico humano perpassa, bem como fazê-los cooperar entre si para a punição dos responsáveis, com o intuito de reprimir o delito. É de salutar importância mencionar que, por natureza, o crime de tráfico humano, a nível internacional, é praticado por grandes organizações mediante apoio de líderes governamentais, o que evidencia o alto grau de complexidade atinente à investigação e processamento do crime.

Nesse panorama, o estudo aqui apresentado traz como pontos primordiais para a defesa do tema as razões pelas quais o TPI, enquanto órgão jurisdicional internacional, poderia ter maior independência para alcançar tais organizações e líderes governamentais por meio dos mecanismos legais correspondentes, que já se encontram prevista na legislação internacional, em especial no Estatuto de Roma, e na atuação política que o TPI e a ONU, enquanto organização coligada àquele, se prestam no combate a crimes que violam os direitos humanos de forma generalizada e sistêmica.

A discussão é relevante tendo em vista que oportuniza maior visibilidade aos temas: conflito entre a soberania dos Estados e a justiça penal internacional, a efetiva materialização das convenções e protocolos que tratam do combate ao crime de tráfico de pessoas, dentre outros

40 Dados atualizados até março de 2020, colhidos em https://www.icc-cpi.int/about

correlacionados. Os juristas e internacionalistas devem voltar o olhar para a temática em estudo no objetivo de fomentar políticas públicas ao combate a tal crime organizado com a devida concretude dos diplomas legais internacionais que abordam o tema.

Esta pesquisa é de natureza teórico-descritiva, com a utilização dos recursos da pesquisa bibliográfica e de estudos de caso, trazendo para a discussão a análise de casos concretos, além da análise de preceitos normativos e jurisprudenciais para melhor esclarecimento da tese em defesa. A pesquisa bibliográfica baseou-se em publicações científicas e literárias da área jurídica.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: CONCEITO, ESTRUTURA E CARACTERÍSTICAS

Em razão da promoção do vínculo entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, por meio do combate à impunidade de crimes que chocam a comunidade internacional, foi criado na Conferência Intergovernamental de Roma, por meio do Estatuto de Roma, em 1998, o Tribunal Penal Internacional (TPI). No entanto, somente em julho de 2002, com o alcance do número mínimo de 60 ratificações (art. 126 do Estatuto de Roma), o TPI iniciou suas atividades, contando, atualmente, com a colaboração de 124 estados partes no combate a crimes de âmbito internacional.

O TPl tem personalidade jurídica internacional, o que lhe dá a capacidade jurídica para o desempenho de suas funções e seus objetivos, sendo o primordial deles a promoção da justiça no processo e julgamento de indivíduos acusados de cometer crimes contra os direitos humanos. Entretanto, por força do princípio da complementaridade, e em respeito à soberania dos Estados, o TPI só poderá agir de forma subsidiária nos crimes em que lhe couber jurisdição, dessa forma não processará nem julgará o autor do crime nos casos em que o Estado com jurisdição houver iniciado ou terminado a investigação preliminar ou o processo penal, ressalvado os casos em que tal Estado não tiver capacidade ou não se dispor a realizar a justiça.

Além disso, nota-se que a sua estrutura é formada por um complexo sistema de órgãos com funções e atribuições próprias com o intuito

de assegurar o seu adequado funcionamento. Nesse sentido, o art. 34 do Estatuto de Roma (ER) dispõe que o Tribunal é composto pela Presidência, por uma Seção Instrutória, Seção de Primeira Instância e uma Seção de Recursos que formam, especificamente, a própria Corte, além do Gabinete do Procurador, bem como pela Secretaria.

A Presidência, órgão de proeminência na representação do TPI, é formada pelo Presidente e seu dois Vices-presidentes eleitos pela maioria absoluta dos juízes por um período de três anos (art. 38 do ER). A função da Presidência está relacionada, em suma, à administração de todo Tribunal, com exceção do Gabinete do Procurador, em virtude de sua dada autonomia, o que não impede a atuação coordenada entre os órgãos (art. 38.3 do ER).

Por sua vez, as funções propriamente jurisdicionais são exercidas pela Corte que congrega a Seção de Instrução que, dentre outras, é a competente para autorizar o início das investigações, além de decidir acerca da admissibilidade ou não de um caso (art. 57 do ER). A Seção de Primeira Instância, por sua vez, é a responsável por julgar o caso levado à apreciação do Tribunal, atuando, por exemplo, na escolha das provas a serem averiguadas em juízo (art. 64 do ER). Por fim, há a Seção de Recursos, cuja atribuição é a de possibilitar às partes a opção de recorrer das decisões pronunciadas pelas outras Seções.

O Gabinete do Procurador é formado pelo Procurador que conta com o auxílio de mais outros dois Procuradores Adjuntos especializados na divisão de investigação ou de processamento. O órgão é primordial para a dinâmica do TPI, na medida em que é o responsável por receber e apreciar as denúncias de crimes que sejam de competência da Corte, além de realizar investigações e exercer a ação penal (art. 54 do ER). Outrossim, é de competência do Procurador, dentre outras, solicitar a cooperação de um Estado ou organização, por exemplo.

A Secretaria, sob supervisão da Presidência, é a responsável por auxiliá-la nas questões administrativas da Corte, além de ter a incumbência de desenvolver, em conjunto com a Procuradoria, políticas de proteção a testemunhas e, sobremaneira, às vítimas. Acerca deste último ponto, verifica-se que a Secretaria tem atuação destacada, vez que é a garantidora de especial assistência e assessoramento às vítimas para

que estas possam participar adequadamente dos procedimentos desenvolvidos no TPl, bem como para que recebam a reparação necessária pelos danos causados pelos crimes praticados (art. 43 do ER).

Outrossim, o exercício da jurisdição do Tribunal é fixado em três critérios, o primeiro de acordo com a matéria (ratione materiae), o segundo em razão da territorialidade (ratione loci) e o terceiro virtude do tempo (ratione temporis). Quanto a sua competência ratione materiae, atualmente, o TPI abarca os crimes de jus cogens que ofendem valores da comunidade internacional, sendo eles: o crime de genocídio, crimes contra humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão (art. 5°, parágrafo 1, ER).

No que tange a fixação da competência no âmbito espacial, será esta verificada nos termos dos artigos 12 e 13 do Estatuto de Roma ao constatarem que a jurisdição será exercida quando o crime jus cogens for cometido: no território de um Estado Parte, inclusive a bordo de um navio ou aeronave deste; por um nacional do Estado Parte; por meio de declaração de consentimento da atuação do Tribunal do Estado não signatário do Estatuto de Roma, caso o crime ocorrer em seu território ou for cometido por seu nacional; ou mediante resolução vinculante do Conselho de Segurança adjudicando o caso ao Procurador do TPI.

Por fim, a competência ratione temporis será fixada nos termos do artigo 11, do Estatuto de Roma, o qual consta:

> 1. O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto.
>
> 2. Se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto relativamente a esse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração nos termos do parágrafo 3º do artigo 12. (art. 11, Decreto n°4.388/2002).

Tendo em vista sua autonomia enquanto órgão jurisdicional internacional, a dinâmica de funcionamento de seus orgão internos e

a abrangência da sua competência a nível internacional, arguimos ser plenamente razoável o julgamento e processo do crime de tráfico humano no Tribunal Penal Internacional.

AS PRINCIPAIS NORMATIVAS DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS: UMA BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No contexto de evolução histórica da mercancia de pessoas, notadamente em relação à sua conceituação, bem como aos sistemas internacionais destinados à prevenção e repressão, observam-se documentos que foram extremamente relevantes para a compreensão da problemática que permeia o tráfico de pessoas. A História narra que os primeiros relatos acerca da comercialização de pessoas para trabalho escravo surgem ainda na Idade Média (de 476 a 1453), no entanto, é no período das Grandes Navegações (XV a XVII), com a exploração em massa do tráfico negreiro que a questão ganha destaque.

Não obstante tenham sido as maiores vítimas do mercado de seres humanos durante séculos, os negros não foram, em um primeiro momento, objeto de proteção nos tratados internacionais que primevamente discutiram o problema do tráfico humano. Pelo contrário, o repúdio a realização do tráfico de pessoas surge atrelada a ideia de uma necessidade de especial proteção às pessoas brancas, objetivando, de forma particular, salvaguardar as mulheres europeias da prostituição que era operacionalizada pelas redes internacionais de traficantes atuantes nos Estados Unidos e colônias portuguesas.[41]

Nesse contexto, Irwin (1996, p. 05 apud Gallagher, 2010, p. 55) pontua que ao realizar a comparação entre a tomada de escravos negros para o trabalho com a escravidão com o tráfico de mulheres brancas para fins sexuais, atribuía-se a este último uma carga de sofrimento maior, na medida em que elas tinham suas "naturezas puras" afetadas quando obrigadas a realizar "contato sexual particularmente abominável". Assim, é firmado em 1904 o Acordo Internacional para a Repressão do Tráfico de Escravas Brancas, primeiro documento a tratar do tema.

41 PUC-RIO - Certificação Digital n° 0510706/CA. A trajetória histórica de pessoas. p. 27

Complementando o Acordo de 1904, em 1910 elaborou-se a Convenção Internacional relativa à Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, com esforços voltados para punir os traficantes. Segundo Castilho (2007, p. 11), esta definia o tráfico de pessoas como "aliciamento, induzimento ou descaminho, ainda que com o seu consentimento, de mulher casada ou solteira menor [que ainda não havia atingido 20 anos] para a prostituição". Em relação às mulheres casadas, bem como às solteiras maiores, a autora aduz que as condutas só seriam punidas caso fossem praticadas mediante constrangimento.

A Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, por sua vez, firmada em Genebra, no ano de 1921, sob a égide da Liga das Nações, foi a primeira desde 1904 a não mencionar o termo "mulher branca" e a estender a tutela internacional para as crianças de ambos os sexos, além de aumentar a maioridade para 21 anos. De acordo com o art. 2° do referido documento, este deveria ser aplicado "para indivíduos de ambos os sexos com menos de 21 anos, bem como mulheres maiores de 21 anos se tivessem sido constrangidas ou enganadas".

Posteriormente, no ano de 1933, o acordo anterior foi complementado pela Convenção Internacional relativa à Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores que demonstrou grande progresso ao compreender pela configuração do crime mesmo nas hipóteses em que tenha havido o consentimento da vítima. O art. 1°, §1° da referida Convenção trazia em seu bojo a seguinte definição de tráfico:

> Quem quer que, para satisfazer as paixões de outrem, tenha aliciado, atraído ou desencaminhado, ainda que com o seu consentimento, uma mulher ou solteira maior, com fins de libertinagem em outro país, deve ser punido, mesmo quando os vários atos, que são os elementos constitutivos da infração, forem praticados em países diferentes.

Ademais, observa-se que a Convenção de 1933 não manteve o interesse apenas na repressão às práticas de prostituição, mas em relação à outras formas de exploração sexual. No entanto, ainda era suscetível a várias críticas, na medida em que restringia a proteção legal a critérios

etários e sexuais. Em verdade, o cenário normativo apenas será modificado radicalmente nas décadas seguintes.

Nesse sentido, e em resposta às críticas, é organizada em Nova York, em 1949, sob os auspícios das Nações Unidas, a Convenção e Protocolo Final para a Supressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio que inova ao conceber que o tráfico deve ser combatido porque viola a dignidade humana, não mais fazendo ressalvas a questões de gênero ou etária. Assim, o referido pacto internacional compreendia que qualquer pessoa poderia ser vítima de um crime tão abjeto, tornando, ainda, sem validade o consentimento dado. O art. 1° da Convenção de 1949 assim definia o tráfico humano:

> As Partes da presente Convenção concordam em punir qualquer pessoa que, para gratificar as paixões de outra:
>
> (1) adquire, seduz ou leva, para fins de prostituição, **outra pessoa**, mesmo com o consentimento dessa pessoa;
>
> (2) Explora a prostituição de **outra pessoa**, mesmo com o consentimento dessa pessoa.

Apesar do relativo avanço, destaca Gallagher (2010) que a Convenção de 1949 errou por não incluir outras formas de exploração sexual que já eram recorrentes à época, tais como o turismo sexual, por exemplo. Entretanto, o referido diploma ainda insistiu na restrição da tutela internacional às mulheres vítimas de tráfico humano para prostituição. Em verdade, a compreensão da necessidade de combater outras formas de exploração que atentassem contra a dignidade humana demorou três décadas para ser sedimentada.

Nesses termos, a Assembleia Geral da ONU organizou em 1979 a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher com o objetivo de repudiar qualquer tipo de exploração oriunda do tráfico de mulheres, tais como trabalho e casamento forçados, e não apenas a prostituição. Embora fizesse referência apenas ao tráfico de mulheres, não se pode negar o avanço que a Convenção de 1979 trouxe em relação às condutas que deveriam ser criminalizadas e a necessidade de maior repressão a cada uma delas. Em verda-

de, o movimento de universalização do objeto da tutela internacional no enfrentamento ao tráfico humano, iniciado em 1949, se aperfeiçoa no final do século XX com a promulgação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial mulheres e crianças.

Em referência basilar ao assunto, o referido protocolo, que complementa a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo), trata acerca de relevantes aspectos atinentes ao tráfico de pessoas, além da prevenção e o combate ao crime mediante uma atuação conjunta dos países de origem, trânsito e destino, destacando a necessidade de desenvolvimento de medidas eficazes para a prevenção do delito, bem como punição dos traficantes e proteção das vítimas, assegurando-as seus direitos fundamentais. O Protocolo traz a definição do tráfico de pessoas para seus efeitos, como sendo:

> o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. (art. 3°, "a", Decreto n°5.017/2004)

Outrossim, destaca, no mesmo artigo, os elementos mínimos à tipificação da exploração como sendo "a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;" (art. 3°, "a", Decreto n°5.017/2004).

Do ponto de vista histórico, observa-se que a conceituação, bem como os sujeitos tutelados pelos pactos internacionais, sofreram significativas alterações, na medida em que, em virtude de uma construção social excludente, determinada parcela da população mundial não era considerada merecedora do amparo legal. Assim, apenas as mulheres brancas e, posteriormente, as crianças eram objeto de proteção das con-

venções pactuadas, excluindo, pois, os negros, em que pese tenham sido as maiores vítimas desse crime tão abjeto.

Entretanto, e em razão da consolidação do ideal de promoção dos Direitos Humanos, a proteção internacional se estendeu para todas as pessoas, independentemente de idade, cor, gênero ou classe social. Além disso, verifica-se que houve a compreensão de que o tráfico de pessoas pode se manifestar de diversas formas, seja para exploração sexual ou laboral, por exemplo.

O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS COMO CRIME CONTRA HUMANIDADE

Em vista de pertencer ao domínio dos crimes transnacionais, o tráfico humano é, em regra, processado e julgado nos tribunais nacionais, ao contrário da escravidão como crime contra a humanidade (crime jus cogens), sendo de competência dos tribunais nacionais e do Tribunal Penal Internacional. No entanto, tal divisão não é evidente, nem mesmo consolidada, no direito internacional havendo teóricos internacionalistas que defendem a transferência do crime de tráfico humano para a categoria de crimes internacionais sob a égide jurisdicional do Tribunal Penal Internacional.

Dentre esses teóricos destaca-se Tom Obokata (2006) que, partindo do pressuposto da interligação entre direito penal internacional e direitos humanos, aduz que o princípio da responsabilidade criminal individual, dentro dos parâmetros do direito penal internacional, pode ser aplicável ao crime de tráfico humano, como um crime internacional, a fim de impor normas e princípios de direitos humanos de forma indireta à processos criminais similares em nível nacional.

Ademais, o mesmo autor aduz ainda que é possível designar o tráfico humano como crime contra a humanidade, avocando a jurisdição do TPI por meio de uma interpretação extensiva do art. 7° do Estatuto de Roma e análise jurisprudencial de julgamentos em tribunais internacionais.

Quanto a previsão do crime de tráfico humano no Estatuto de Roma interessa à presente pesquisa a análise dos crimes contra a humanidade, dentro do que consta o artigo 7°, do Estatuto de Roma, o qual:

> entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:[...] (art. 7°, Decreto n°4.388/2002).

Para tal análise é necessário verificar os quatro elementos constitutivos do crime contra a humanidade definidos tanto no próprio Estatuto de Roma quanto na jurisprudência de tribunais internacionais, dentre os quais destaca-se o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Em primeiro lugar temos o "ataque contra uma população civil" definido pelo próprio Estatuto de Roma como:

> qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política" (art. 7.2, "a", Decreto n°4.388/2002)

De antemão, a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia entende que o crime contra a humanidade pode ser cometido por comando ou fomento de um Governo ou pela política organizacional, tanto de grupos organizacionais estatais quanto não estatais[42]. Ademais, o mesmo tribunal entende que ataque generalizado refere-se à escala dos atos perpetrados e ao número de vítimas[43], portanto, deve ocorrer mediante acumulação de uma série de atos desumanos em larga escala direcionados a uma multiplicidade de vítimas.

No que tange o crime contra humanidade ser sistematizado, a jurisprudência do referido tribunal entende tal característica se consuma mediante atos desumanos que sigam um plano ou política pré-concebida que tenha como resultado de sua implementação a prática repetida e contínua de tais atos desumanos[44]. Como quarto elemento constitutivo temos o "conhecimento do ataque", é entendido pela jurispru-

42 Prosecutor v Tadic, IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997, para. 655

43 Prosecutor v Blaskic, IT-95-14-T, Trial Judgement, 3 March 2000, para. 206

44 Prosecutor v Tadic, IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 May 1997, para 648

dência do mesmo tribunal como a intenção do acusado de cometer o ataque a população civil ou pelo menos a sua assunção dos riscos de seus atos[45], sendo, no entanto, irrelevante os motivos do acusado para participar do crime contra humanidade, podendo tratar-se tanto de motivos puramente pessoais, com objetivos convergentes ou não aos efeitos do ataque a população civil[46].

Após análise a esses elementos, pode-se constatar que o tráfico de seres humanos pode ser amparado pela jurisdição dos tribunais internacionais como um crime contra a humanidade, tendo em vista o elevado número de pessoas traficadas todos os anos[47], a escala global de atuação do crime e da necessidade de organização e planejamento para sua prática o tráfico pode ser tido como ato generalizado e sistemático. De mesmo modo, a definição de tráfico estabelecida pelo Protocolo adicional à Convenção de Palermo pressupõe que os autores do crime devem ter conhecimento do ataque aos civis.

Ademais, o crime de tráfico humano abrange diversos atos de violação grave aos direitos humanos a serem verificados no rol do artigo 7.1, do Estatuto de Roma. Embora não haja uma previsão expressa do crime em comento no rol do respectivo artigo há de se dar atenção às alíneas em que a prática do crime em comento recai. Primordialmente há de se tratar da relação entre o crime de tráfico humano e a escravidão como crime contra a humanidade. Em análise ao Estatuto de Roma constata-se que o tráfico de pessoas se coaduna a definição de escravidão como uma abrangência desta, estando prevista expressamente como crime contra a humanidade, no artigo 7.1, "c", e 7.2, "c" do ER, definida como:

45 Prosecutor v. Kunarac, IT-96-23, Appeal Judgement, 12 June 2002, para. 102.

46 Prosecutor v. Kunarac, IT-96-23, Appeal Judgement, 12 June 2002, para. 103.

47 UNODC has gathered data on victims of trafficking in persons detected since 2003, the year of entry into force of the United Nations Trafficking in Persons Protocol (supplementing the Convention against Transnational Organized Crime). Over this period, UNODC has collected information on about 225,000 victims of trafficking detected worldwide. In 2016, a peak of more than 24,000 detected victims was recorded. (UNODOC--Global report on trafficking in persons, 2018, p.21)

> Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças (art. 7.2, "c", Decreto n°4.388/2002).

Apesar de interligados, o tráfico humano e a escravidão não se confundem. Como anteriormente abordado no tópico da história do tráfico humano, em razão de possuir várias vertentes, a prática desse crime vai muito além do conceito de escravidão estabelecido nos tratados e convenções internacionais, em especial no Estatuto de Roma, no entanto, tal fato não obstaculiza o tratamento do tráfico humano como um crime contra a humanidade, pelo contrário, abrange a incidência do Estatuto de Roma sobre ele.

A exemplo da incidência do artigo 7° do ER no crime de tráfico humano pode se constatar no seu parágrafo 2°, alínea "d", a definição do crime de transferência a força de uma população, em conjunto com o crime de deportação, como "o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional" (art. 7.2, "d", Decreto n°4.388/2002). A Comissão Preparatória para o Tribunal Penal Internacional acaba por amparar o conceito de tráfico humano presente no Protocolo Adicional à Convenção de Palermo sobre o tráfico de pessoas, anteriormente trabalhado, ao estabelecer o termo "a força" como:

> não se restringe à força física, mas pode incluir ameaça de força ou coerção, como a causada pelo medo de violência, coação, detenção, opressão psicológica ou abuso de poder contra essa pessoa ou pessoas ou outra pessoa, ou tirando proveito de um ambiente coercitivo. (tradução nossa)[48]

48 The term "forcibly" is not restricted to physical force, but may include threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power against such person or persons or another person, or by

Em análise ao dispositivo legal ora comentado o autor Obokata (2006) alega que:

> ao contrário do desaparecimento forçado nos termos do artigo (7) (1) (i), que deve ser cometido com a autorização, apoio ou aquiescência de um Estado ou organização política, não existe tal requisito para a transferência forçada de pessoas. Isso significa que pode ser cometido por atores não estatais, como traficantes. (OBOKATA, 2006, p. 136, tradução nossa)[49].

Compreendendo assim, a incidência do artigo 7.1, "d", de Estatuto de Roma ao crime de tráfico de pessoas. Ademais, no artigo 7.1, "k", exprime que:

> k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental. (art. 7.1, "k", Decreto n°4.388/2002).

O último ato atentatório à humanidade, previsto no art. 7.1, "k", do Estatuto de Roma é uma cláusula aberta que permite a extensão da competência do TPI aos atos desumanos que afetam a integridade física e mental de uma ampla gama de vítimas, a âmbito mundial, de forma generalizada e sistematizada, abarcando assim, o crime de tráfico internacional de pessoas para a jurisdição do Tribunal.

O processamento, bem como o julgamento dos crimes de tráfico humano seriam adequadamente realizados pelo Tribunal Penal Internacional, na medida em que este possui uma estrutura sofisticada de órgãos aptos a lidar melhor com a questão. De início, destaca-se que o

taking advantage of a coercive environment. (Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Part II Finalized draft text of the Elements of Crimes, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, (2000) p. 11).

49 "unlike the enforced disappearance under Article (7)(1)(i), which must be committed with the authorization, support or acquiescence of, a State or a political organization, there is no such requirement for forcible transfer of people. This means that it can be committed by non-State actors such as traffickers." (Obokata, 2006, p. 136).

crime de tráfico internacional de pessoas possui contornos que impossibilitaria ao Estado atuar sozinho na sua prevenção e, notadamente, nos meios de repressão.

No entanto, evidente que se houvesse uma atuação coordenada entre os países de origem, trânsito e destino, principalmente para levantamento de dados acerca do crime, o combate seria mais efetivo. Mesmo assim, a cooperação entre os países ainda não seria suficiente sem a atuação de um órgão jurisdicional de amplitude internacional, vez que o processamento e posterior condenação dos envolvidos nas instâncias nacionais restariam prejudicados por questões externas ao processo, tais como a política e a corrupção. Nesse sentido:

> Governos nacionais e os tribunais são mais vulneráveis a ameaças e corrupção, pois pode ser fácil para os traficantes, como grupos criminosos organizados, influenciá-los a fim de avançar seu negócio no tráfico. No entanto, sendo [o TPI] um [órgão] judicial internacional independente com juízes que não têm interesses pessoais ou oportunidades de ganho, [...] ele é o mais adequado para julgar casos de tráfico (OBOKATA, 2006, p. 139, tradução nossa)[50].

Além disso, em virtude de estarmos diante de uma situação que leva ao conflito de competência entre os Estados nacionais, em decorrência do próprio caráter de internacionalidade do delito, há uma resistência, bem como deficiência na cooperação criminal entre os Estados, exemplificada na dificuldade encontrada no compartilhamento de provas e outros elementos, favorecendo a impunidade dos criminosos, tornando-se, pois, verdadeiro obstáculo a uma investigação e julgamento efetivos dos traficantes de seres humanos.

50 National governments and courts are more vulnerable to threats and corruption, as it may be easy for traffickers, such as organised criminal groups, to influence them in order to advance their trafficking business. However, being an independent international judicial organ with judges who have no personal interests or opportunities for gain, it is arguable that the ICC can be immune from the influence of traffickers and therefore that it is better suited to try cases of trafficking.

Destaca-se, entretanto, que não haveria violação à soberania dos Estados, vez que o TPI atuaria dentro dos limites impostos pelo Estatuto de Roma que aduz que este atuará em caso de inércia ou atuação estatal ineficiente. Nesse contexto, observa-se que a compreensão de ineficiência do Estado é vislumbrada pela doutrina como a ausência de esforços no combate ao tráfico humano. Assim, não só o retardamento indevido das investigações, por exemplo, caracterizaria a impassibilidade estatal, mas também o desinteresse na implementação adequada de disposições legais e políticas públicas voltadas a prevenção e repressão do delito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, não há dúvidas que o delito de tráfico internacional de pessoas, nos moldes hodiernamente praticado, configura genuíno crime contra a humanidade, uma vez que se caracteriza como um delito perpetrado de forma sistematizada e generalizada contra milhões de pessoas ao redor do mundo. Assim, sendo um evidente crime contra a humanidade, deverá ser devidamente processado e julgado no Tribunal Penal Internacional.

Em razão de existir deficiências legislativas nos Estados nacionais, bem como práticas processuais pouco eficientes, que acabam por tornar a cooperação estatal em matéria criminal ineficiente o que, invariavelmente, deixa em evidência um verdadeiro obstáculo a uma investigação e julgamento efetivos dos traficantes de seres humanos. Outrossim, há de se observar que tal cenário gera a impunidade dos autores do crime, uma vez que a insuficiência de provas e de disposições legais ineficientes culminam na absolvição dos acusados, impedindo assim processos criminais em outros Estados em razão do princípio *non bis in idem*.

Além disso, salienta-se que a intervenção do Tribunal Penal Internacional é relevante, na medida em que seus membros estariam menos suscetíveis a influências externas capazes de afetar a devida persecução penal. Conforme exposto no presente artigo, os governos, bem como os tribunais nacionais estariam, em tese, mais vulneráveis às ações dos

traficantes, vez que estes, com o intuito de manter o funcionamento do seu negócio escuso, teriam maiores influências sobre aqueles por meio de ameaças ou mesmo corrompendo-os, o que, evidentemente, seria incompatível com o combate ao delito de tráfico internacional de pessoas.

Portanto, é salutar reconhecer a aplicabilidade do Estatuto de Roma aos crimes de tráfico de pessoas, dando margem ao processo e julgamento do crime de tráfico humano pelo Tribunal Penal Internacional, com a devida observância dos critérios de seleção do crime pela Procuradoria, as condições ao exercício da jurisdição e o princípio da complementaridade, bem como o da subsidiariedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. DECRETO Nº 5.017, DE 12 DE MARÇO DE 2004. **Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**, Brasília,DF, mar 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, Brasília,DF, set 2002. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Tráfico de pessoas: da convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. *In* BRASIL. **Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas** - Decreto n° 5. 948, de 6.10.2006. Ministério da Justiça.

GALLAGHER, Anne T. **The International Law of Human Trafficking.** New York: Cambridge University Press, 2010. (ISBN 978-0-521-19107-4).

ICC. Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Part II Finalized draft text of the Elements of

Crimes, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2. **List of documents of the report of the Preparatory Commission,** 2000. Disponível em: <https://legal.un.org/icc/prepcomm/report/prepreportdocs.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020.

ICTY. **The Prosecutor against Dusko Tadic**, Case No. IT-94-1, Resolution on the Defense Motion for an Interlocutory Challenge to the Jurisdiction, Appeals Chamber, October 2, 1995.

ICTY. **The Prosecutor against. Kunarac, Kovac, and Vokovic**, Case No. IT-96-23 and IT- 96-23 / 1, Judgment of the Appeals Chamber, June 12, 2002.

ICTY, **The Prosecutor against Tihomir Blaskic**, Case No. IT-95-14, Judgment of the Trial Chamber, March 3, 2000.

OBOKATA, Tom. **Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach.** Martinus Nijhoff Publishers, 2006. (ISBN: 978-90-47-41106-2).

PUC-Rio - Certificação Digital n° 0510706/CA. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10177/10177_3.PDF>. Acesso em: 07 de jul. 2020.

TRÁFICO de pessoas: como é feito no Brasil e no mundo?. **Instituto Migrações e Direitos Humanos**, 2019. Disponível em: <https://www.migrante.org.br/trafico-de-pessoas/trafico-de-pessoas-como-e-feito-no-brasil-e-no-mundo/>. Acesso em: 06 de jul. de 2020.

UNODOC. **Global report on trafficking in persons**, 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

O CASO HERZOG: ANÁLISE DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS QUE CONDENOU O BRASIL PELA PRISÃO, TORTURA E ASSASSINATO DO JORNALISTA VLADIMIR HERZOG

Cleber Mesquita dos Santos

INTRODUÇÃO

Em 1º de abril de 1964, um golpe de Estado tirou da Presidência da República um presidente que havia sido eleito democraticamente por maioria popular, mas que não estava sabendo controlar uma crise econômica então sem precedentes na história do Brasil. Como o Presidente João Goulart propôs reformas estruturais na economia e na política contendo itens considerados à época propostas comunistas, como reforma agrária, reforma educacional, reforma fiscal, reforma eleitoral e reforma bancária, até hoje não implementadas devidamente no Brasil por contrariarem muitos interesses, ele foi deposto pelos militares que então usurparam o poder.

Obviamente houve protestos por parte da sociedade civil. Por essa razão, para reprimir quaisquer manifestações contra o regime militar, que nunca se assumiu como ditadura, foi organizada uma eficiente e eficaz máquina repressora, inclusive com autorização jurídico-normativa positiva.

Pessoas eram retiradas de dentro das suas casas ou de seus locais de trabalho. Algumas nunca mais foram vistas, nem seus corpos encontrados. Diz-se que foram "desaparecidas".

Estudantes e professores foram mortos dentro de universidades.

Artistas tiveram peças de teatro, novelas, músicas e livros censurados. Alguns foram enviados para o exílio fora do Brasil, juntamente com políticos rotulados de "comunistas". Outros tantos conseguiram fugir.

Mas os que aqui ficaram para lutar, acabaram por submeter-se a toda sorte de perseguição e de atrocidades. O jornalista Vladimir Herzog foi uma dessas pessoas. Intimado a comparecer a uma unidade do exército para prestar esclarecimentos sobre seu envolvimento com o Partido Comunista Brasileiro, Herzog foi preso, torturado durante dias e assassinado.

Os militares forjaram um suicídio para justificar sua morte dentro de uma de suas unidades. Mas houve tantas evidências de que o suicídio foi amadoristicamente simulado, e tantos testemunhos da tortura, que a mãe e a viúva de Herzog iniciaram uma busca incansável pela verdade. Ao crescerem, os filhos se juntaram a essa luta.

Como não conseguiram no judiciário brasileiro responsabilizar ninguém pelo ocorrido, buscaram a justiça internacional. E encontraram. A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil, em 2018.

Neste artigo vamos contextualizar política e juridicamente esse período histórico. Vamos analisar a sentença quanto ao fato gerador, obrigações internacionais aos quais o Brasil estava sujeito, as ilicitudes incorridas pela inobservâncias dessas obrigações, os danos causados, as reparações impostas pela Corte e se existiam eventuais excludentes de ilícitos internacionais.

Por fim, vamos apresentar as repercussões sociais, políticas e jurídicas da mesma.

Portanto, nosso método consistirá em revisão de literatura, notadamente da sentença em si.

Utilizaremos também vários dados coletados na rede mundial de computadores.

Nosso intento principal é fazer desse artigo um manifesto pela democracia.

1. Contextualização

Vladimir Herzog nasceu em 27 de maio de 1937, na antiga Iugoslávia (atual Croácia), de onde sua família fugiu para a Itália em decorrência da perseguição nazista. Sua vida começou e terminou em meio a perseguições do homem contra o homem, por ser diferente, por pensar diferente.

A chegada ao Brasil se deu em 1946, aos nove anos de idade, junto com os pais, Zigmund e Zora Herzog. Naturalizou-se brasileiro. Iniciou a carreira de jornalista em 1959, no jornal "O Estado de São Paulo", chegando a se tornar mais tarde diretor de telejornalismo da TV Cultura. Também foi professor de jornalismo na Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (USP). Portanto, era um influenciador, um formador de opinião, alguém que podia propagar suas idéias a muitas pessoas, de maneiras diferentes. Talvez por isso tenha sido considerado tão "perigoso" pelo regime militar que governou o Brasil de 1964 a 1985. Por isso, e por ser filiado ao Partido Comunista Brasileiro (PCB). Casou-se com Clarice Ribeiro Chaves pouco antes do golpe de Estado, em 15 de fevereiro de 1964.

A sentença da Corte traz, nos parágrafos 116 e 117, uma breve contextualização histórica daquele período chamado de "anos de chumbo", quando foi criada a Operação Radar, que surgiu como uma ofensiva dos órgãos da repressão para desmantelar o PCB, inclusive com o objetivo de matar seus dirigentes.

A Operação Radar teve início em 1973 e era coordenada pelo Centro de Informação do Exército, em conjunto com o DOI-CODI (Departamento de Operações de Informação, do Centro de Operações de Defesa Interna).

Mas o que nos chama a atenção é a maneira como a sentença se refere ao DOI-CODI e ao Coronel Ustra, o torturador assassino que o atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, insiste em elogiar.

> "117. O DOI do II Exército foi, notoriamente, um dos piores e mais violentos centros de repressão política do regime dita-

> torial, sobretudo no período em que Carlos Alberto Brilhante Ustra esteve no comando, época em que se registrou o maior número de casos reconhecidos de tortura, execução sumária e desaparecimentos de opositores políticos. O DOI do II Exército deteve 2.541 pessoas e recebeu 914 presos enviados por outros órgãos. Foram 54 as vítimas reconhecidas como executadas pelo DOI e 1.348 os presos transferidos ao Departamento Estadual de Ordem Política e Social."

No dia 24 de outubro de 1973, agentes do II Exército convocaram Herzog para prestar depoimento sobre as ligações que ele mantinha com o Partido Comunista Brasileiro, que então atuava na ilegalidade por decisão do governo militar.

No dia seguinte, um sábado, pela manhã, 25 de outubro de 1973, Vladimir Herzog compareceu voluntariamente ao DOI-CODI. Mas logo ao se apresentar foi preso.

Na sentença, há o depoimento do também jornalista Rodolfo Osvaldo Konder, que já se encontrava lá detido. Konder relata ter ouvido nitidamente os gritos de Herzog enquanto era torturado durante dois dias, quase que ininterruptamente.

Herzog foi assassinado. Porém, como era jornalista, e tinha sido formalmente chamado a comparecer ao DOI-CODI, não puderam simplesmente "desaparecer" com ele. E não havia mais como simular um acidente. Por isso, fizeram uma simulação tosca de suicídio. Herzog teria se suicidado de uma altura menor do que a altura dele mesmo, o que era impossível. A foto de como supostamente o teriam encontrado demonstra cabalmente o quão tosca e amadora foi a tentativa de forjar o seu suicídio.

Além disso, o médico que assinou a necrópsia, sempre disse que nunca nem viu o corpo.

2. O AI-5

Durante a ditadura militar que governou o Brasil de 1964 a 1985, através da sucessão de 5 presidentes, todos generais do exército, escolhidos pelos próprios militares, a principal forma de legislar nesse pe-

ríodo era autocrática, pelo Poder Executivo, através de decretos então intitulados Atos Institucionais. Tais atos institucionais não eram, de forma alguma, suscetíveis de revisão pelo Poder Judiciário, conforme previsto neles mesmos.

Dentre estes, o mais terrível foi o Ato Institucional nº 5, o tristemente famoso AI-5. Foi através do AI-5 que o poder legislativo foi fechado em 1968. Foi institucionalizada a censura, autorizada a cassação de direitos políticos e perda de cargo público de quem fosse contrário à ditadura, o toque de recolher e a proibição de reuniões públicas não autorizadas pela polícia.

Mas muito pior do que tudo isso, no antológico ano de 1968, tão emblemático para toda a humanidade, o AI-5 institucionalizou a tortura no Brasil.

Foi por causa do AI-5 que o exército passou a ter poderes para entrar nas residências e nas empresas para de lá retirar quem fosse acusado, ou suspeito, de atividades "subversivas". Quem fosse visto em um ônibus lendo um livro de um autor considerado comunista, como José Saramago, Pablo Neruda ou Mario Vargas Llosa, já se tornava suspeito.

Foi a partir de então que a polícia passou a ter respaldo para prisões arbitrárias como a do jornalista Vladimir Herzog.

O AI-5, assim como todos os outros atos institucionais, foi revogado em 1978, pelo então Presidente Ernesto Geisel, através da Emenda Constitucional nº 11.

3. A Lei de Anistia

Em 1979, ao perceberem que o mundo estava mudando e que ditaduras estavam em declínio na américa latina, o governo militar brasileiro procurou se precaver.

Assim, com o Poder Legislativo já funcionando havia 1 ano, o então Presidente da República, João Batista de Figueiredo, encaminhou ao congresso nacional, que lhe era subserviente, um projeto de lei que anistiava todos os que tiveram seus direitos políticos cassados, todos os que perderam seus cargos públicos, todos os que foram exilados, todos os que tiveram obras censuradas, todos os que foram acusados de cri-

mes políticos, mas anistiava também todos os que prenderam, todos os que torturaram, todos os que mataram.

Assim foram anistiados tanto as vítimas da ditadura, quanto os seus algozes.

E isso se tornou lei. A Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, ainda em vigência no Brasil.

Em 2008 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com uma ação (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153) perante o Supremo Tribunal Federal demandando que este declarasse que a Lei de Anistia não incluía os crimes praticados por agentes da repressão política, como desaparecimentos, tortura, morte, dentre quaisquer outros. Porém, em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, por maioria de 7 a 2. Portanto, disso se depreende que a lei de anistia é constitucional, e anistiou sim tanto as vítimas, quanto os agentes da repressão.

Foi por causa dessa lei que todas as vezes que que se buscou, na Polícia e no Judiciário, a identificação e punição dos responsáveis pela prisão, tortura e assassinato do jornalista Vladimir Herzog, nunca se conseguiu, porque o Judiciário alegava não poder responsabilizar os autores desses atos uma vez que os mesmos estão anistiados pela Lei nº 6.683/79.

Por isso que no parágrafo 277 da sentença, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronuncia sobre a incompatibilidade da lei de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. E no parágrafo 288 assim se manifesta, *in verbis*:

> "são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos".

Mais adiante, no parágrafo 292, prossegue a Corte:

> "é evidente que, desde sua aprovação, a Lei de Anistia brasileira se refere a delitos cometidos fora de um conflito armado não internacional e carece de efeitos jurídicos porque impede a investigação e a punição de graves violações de direitos humanos e representa um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso e a punição dos responsáveis. No presente caso, a Corte considera que essa Lei não pode produzir efeitos jurídicos e ser considerada validamente aplicada pelos tribunais internos."

Portanto, a conclusão natural e lógica da Corte, à fl. 102 da sentença, é no sentido de que:

> "O Estado deve adotar as medidas mais idôneas, conforme suas instituições, para que se reconheça, sem exceção, a imprescritibilidade das ações emergentes de crimes contra a humanidade e internacionais, em atenção à presente Sentença e às normas internacionais na matéria, em conformidade com o disposto na presente Sentença, nos termos do parágrafo 376."

Ante o exposto, aguarda-se o cumprimento legislativo pelo Brasil, da decisão da corte, revogando-se a anistia quanto aos crimes contra os direitos humanos. Da mesma forma aguarda-se o cumprimento judicial, mudando-se o entendimento e o procedimento dos magistrados, passando o judiciário a exercer efetivamente o controle de convencionalidade, formulando juízos que observem também a jurisprudência internacional e as obrigações internacionais do Brasil, em face dos pactos e convenções dos quais o mesmo é signatário, notadamente no que se refere aos direitos humanos.

4. O Caso Herzog - Análise da Condenação do Estado Brasileiro pela CIDH

4.1. Fato Gerador

O fato gerador se encontra no parágrafo 1 da sentença, conforme segue, *in verbis*:

> "o caso se refere à suposta responsabilidade internacional do Estado pela situação de **impunidade** em que se encontram a detenção arbitrária, a tortura e a morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorridas em 25 de outubro de 1975, durante a ditadura militar. Essa impunidade seria causada, entre outros, pela Lei No. 6.683/79 (Lei de Anistia), promulgada durante a ditadura militar brasileira. As supostas vítimas no presente caso são Clarice Herzog, Ivo Herzog, André Herzog e Zora Herzog." (grifo nosso)

Portanto, o fato gerador do processo, e posteriormente da condenação, foi a impunidade em relação à supracitada prisão arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog.

4.2. Obrigação Internacional

As obrigações internacionais do Brasil, nesse caso concreto, encontram-se previstas no parágrafo 168 da sentença, quais sejam:

> "168. A Corte procederá, no presente caso, a analisar a responsabilidade internacional do Estado, com base em suas obrigações internacionais oriundas da Convenção Americana e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a respeito da alegada falta de investigação, julgamento e eventual punição dos responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog. A Corte também analisará o alegado descumprimento do direito de conhecer a verdade, em virtude da divulgação da falsa versão da morte de Herzog, e da recusa por parte do Estado a entregar documentos militares, e da consequente falta de identificação dos responsáveis materiais pela morte do senhor Herzog."

Portanto, as obrigações internacionais do Brasil eram aquelas consignadas na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Na sequência, nos capítulos VII-1, VII-2 e VII-3, são citados os dispositivos dessas convenções que correspondiam, e correspondem às

obrigações internacionais do Brasil, quais sejam: artigos 8 e 25, em relação aos 1.1 e 2 da Convenção Americana, e artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura.

Era também obrigação internacional do Brasil, nos termos do parágrafo 338 da sentença, assegurar o direito das vítimas de conhecer a verdade, apurando as respectivas responsabilidades individuais pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog, por meio da investigação e julgamento desses fatos em conformidade com os já citados artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Também era obrigação internacional do Brasil, nos termos do art. 5.1 da Convenção Americana em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, preservar a integridade psíquica e moral dos seus jurisdicionados. Nesse caso específico, preservar a integridade psíquica e moral da viúva e dos filhos de Herzog, o que não aconteceu em decorrência de mais de 40 anos de luta para apurar a verdade.

Mais adiante, no parágrafo 242, a Corte também qualifica os atos praticados contra Herzog como crimes de lesa humanidade. Portanto, havia ainda para o Brasil a obrigação internacional de observar o Estatuto de Roma, art. 7º, alíneas *a* (homicídio), *e* (prisão em violação das normas fundamentais do direito internacional), *f* (tortura).

No parágrafo 312 a Corte reitera e resume quais eram as obrigações internacionais do Brasil e que não foram cumpridas:

> "... o Brasil violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos **artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana**, **em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento**, e em relação aos **artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**, em detrimento de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog. A Corte conclui também que o Brasil descumpriu a **obrigação de adequar seu direito interno à Convenção, constante do artigo 2**, **em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado, e aos artigos 1, 6 e 8 da CIPST**, em virtude da aplicação da Lei de Anistia No. 6683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo direito internacional em casos de crimes contra a humanidade,

de acordo com os parágrafos 208 a 310 da presente Sentença." (grifos nossos)

4.3. Ilicitude

As ilicitudes concernentes a esse caso específico estão consignadas nos parágrafos 234, 235, 241, 242, 338 e 358 da sentença, além de um detalhamento trágico e triste nos parágrafos 238 e 239.

"234. A Corte constata que não há controvérsia entre as partes em relação a esse tema. O Brasil reconheceu sua responsabilidade pela **detenção arbitrária**, **tortura** e **assassinato** de Vladimir Herzog **por agentes do Estado** no DOI/CODI do II Exército, em 25 de outubro de 1975.

235. Testemunhas dos fatos declararam, em várias ocasiões, que Vladimir **Herzog foi encapuzado**, **submetido a choques elétricos por uma equipe de torturadores** e **sufocado**. O laudo pericial indireto acerca de sua morte determinou que "**Vladimir Herzog foi inicialmente estrangulado**, **provavelmente com a cinta citada pelo perito criminal**, **e, em ato contínuo, foi montada um sistema de forca**, **onde uma das extremidades foi fixada a grade metálica de proteção da janela e**, **a outra**, **envolvida ao redor do pescoço**[…]. **Após**, **o corpo foi colocado em suspensão incompleta para simular um enforcamento**".

(...)

241. Os fatos descritos não deixam dúvidas quanto a que a detenção, tortura e assassinato de Vladimir Herzog foram, efetivamente, cometidos por agentes estatais pertencentes ao DOI/CODI do II Exército de São Paulo, como parte de um **plano de ataque sistemático e generalizado contra a população civil considerada "opositora" à ditadura**, em especial, no que diz respeito ao presente caso, jornalistas e supostos membros do Partido Comunista Brasileiro. **Sua tortura e morte não foi um acidente, mas a consequência de uma máquina de repressão extremamente organizada e estruturada**

para agir dessa forma e eliminar fisicamente qualquer oposição democrática ou partidária ao regime ditatorial, utilizando-se de **práticas e técnicas documentadas**, **aprovadas e monitoradas detalhadamente por altos comandos do Exército e do Poder Executivo**. Concretamente**, sua detenção era parte da Operação Radar**, que havia sido criada para "combater" o PCB. Dezenas de jornalistas e membros do PCB haviam sido detidos e torturados antes de Herzog e também o foram posteriormente, em consequência da ação sistemática da ditadura para desmantelar e eliminar seus supostos opositores. O Estado brasileiro, por intermédio da Comissão Nacional da Verdade, confirmou a conclusão anterior em seu Informe Final, publicado em 2014.

242. A Corte conclui que os fatos registrados contra Vladimir Herzog devem ser considerados **crime contra a humanidade**, conforme a definição do Direito Internacional desde, pelo menos, 1945 (par. 211 a 228 supra). Também de acordo com o afirmado na sentença do Caso Almonacid Arellano, no momento dos fatos relevantes para o caso (25 de outubro de 1975), a proibição de crimes de direito internacional e crimes contra a humanidade já havia alcançado o status de norma imperativa de direito internacional (jus cogens), o que impunha ao Estado do Brasil e, com efeito, a toda a comunidade internacional a obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis por essas condutas, uma vez que constituem uma ameaça à paz e à segurança da comunidade internacional.

(...)

338. Levando em conta o exposto, além do constatado no Capítulo VII-1, e ante as circunstâncias mencionadas supra, a Corte considera que, no presente caso, **o Brasil violou o direito das vítimas de conhecer a verdade**, pois **não esclareceu judicialmente os fatos violatórios do presente caso e não apurou as respectivas responsabilidades individuais em relação à tortura e ao assassinato de Vladimir Herzog**, por meio da investigação e do julgamento desses fatos na

> jurisdição ordinária, em conformidade com os artigos 8 e 25 da Convenção. Esse direito também foi violado por vários anos dentro da competência da Corte, sem que a versão do suicídio do senhor Herzog fosse aceita oficialmente pelo Estado, somada à **recusa do exército de prestar informação e de permitir o acesso aos arquivos militares da época dos fatos**.
>
> 358. ... **o Estado violou o direito à integridade pessoal**, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, **em prejuízo de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog**." *(todos os grifos nossos)*

4.4. Autoria

Quem prendeu? Quem torturou? Quem matou? A resposta a essas três perguntas é uma só: o Exército Brasileiro. Mais especificamente o DOI/CODI do II Exército.

Na verdade, os atos foram praticados por pessoas singulares, membros do DOI/CODI. Porém, apontar quem exatamente dentro do exército fez isso ou aquilo, é o que não se conseguiu ao longo de mais de quatro décadas, justamente porque a busca pela verdade foi obstruída.

A responsabilização direta e objetiva do DOI/CODI do II Exército, e a menção à Operação Radar, é feita em vários trechos da sentença, como nos parágrafos 234 e 241.

Também é responsabilizado o Poder Judiciário Brasileiro, no parágrafo 311:

> "**não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado** que encerraram a investigação em 2008 e 2009. Do mesmo modo, em 2010, a **decisão do Supremo Tribunal Federal** confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, **sem considerar as obrigações internacionais do Brasil, decorrentes do direito internacional**, particularmente as dispostas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e

> 2 do mesmo instrumento. A Corte julga oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo a qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte, e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. **As obrigações convencionais dos Estados Partes vinculam todos os seus poderes e órgãos**, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno." (grifos nossos)

4.5. Dano

O dano foi aos direitos humanos, e às pessoas que deveriam se sentir protegidas pela positivação internacional desses direitos.

Foi violado o direito à vida, à liberdade, à integridade física, psíquica e moral. Foi transgredido o direito ao devido processo legal, às garantias judiciais e à proteção judicial pelo Estado.

Também foi violado o direito à verdade.

Foram esses os direitos que perderam efetividade durante a ditadura militar no Brasil e que, consequentemente, foram negados ao jornalista Vladimir Herzog. Ele não teve esses direitos respeitados. Bem como sua família também não os teve.

4.6. Reparação

Inicialmente cabe destacar que a lógica do Direito Internacional Público e das Cortes Internacionais é de restauração. Não de retaliação. Portanto, a premissa é sempre de reparar danos.

E essa responsabilização somente se dá quando houver uma obrigação prévia, assumida voluntariamente por um Estado, no exercício

da sua soberania, quando se torna signatário de um pacto, convenção ou tratado, e assim se compromete a cumprir, internamente, as disposições elencadas no documento internacional que subscreveu (*pacta sunt servanta*).

A reparação proposta pela Corte no caso Herzog consistiu, basicamente, em:

- Determinar uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos, por meio da jurisdição de direito comum, em conformidade com o devido processo legal, a fim de identificar e punir penalmente os responsáveis pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, e publicar os resultados dessa investigação. Para o cumprimento dessa recomendação, o Estado deverá considerar que os crimes de lesa humanidade são inanistiáveis e imprescritíveis;
- adotar todas as medidas necessárias para garantir que a Lei N° 6.683/79 (Lei de Anistia) e outras disposições do direito penal, como a prescrição, a coisa julgada e os princípios de irretroatividade e de *non bis in idem* não continuem representando um obstáculo para a ação penal contra graves violações de direitos humanos;
- oferecer reparação aos familiares de Vladimir Herzog, que inclua o tratamento físico e psicológico e a realização de atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos crimes cometidos no presente caso, além do reconhecimento da responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, e pela dor de sus familiares; e
- reparar adequadamente as violações de direitos humanos no aspecto tanto material como moral.

Como fundamento, e adendo, do exposto acima, transcrevemos a seguir excertos dos parágrafos da sentença que tratam de reparação às vítimas:

> "359. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana, a Corte destacou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha causado danos compreende o

dever de repará-lo adequadamente, e que essa disposição abriga uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado."

(...)

"372. ... a Corte dispõe que **o Estado deve reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabíveis, pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog, num prazo razoável**. Em especial, o Estado deverá:

a) realizar as investigações pertinentes, levando em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época (par. 238 a 240 supra), com o objetivo de que o processo e as investigações pertinentes sejam conduzidos em consideração à complexidade desses fatos e ao contexto em que ocorreram;

b) determinar os autores materiais e intelectuais da tortura e morte de Vladimir Herzog. Além disso, por se tratar de um crime contra a humanidade, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, assim como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade, para escusar-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 260 a 310 desta Sentença;

c) assegurar-se de que:

i) as autoridades competentes realizem as investigações respectivas *ex officio*, e que, para esse efeito, tenham a seu alcance e utilizem todos os recursos logísticos e científicos necessários para coletar e processar as provas e que, em especial, tenham a faculdade de acessar a documentação e as informações pertinentes para investigar os fatos denunciados e levar a cabo, com presteza, as ações e averiguações essenciais para esclarecer o sucedido à pessoa morta e aos desaparecidos do presente caso;

ii) as pessoas que participem da investigação, entre elas os familiares das vítimas, as testemunhas e os operadores de justiça, contem com as devidas garantias de segurança; e

iii) as autoridades se abstenham de obstruir o processo investigativo.

d) assegurar o pleno acesso e capacidade de agir das vítimas e seus familiares, em todas as etapas dessas investigações, de acordo com a legislação interna e as normas da Convenção Americana; e

e) garantir que as investigações e processos pelos fatos do presente caso se mantenham, em todo momento, sob conhecimento da jurisdição ordinária."

(...)

"380. A Corte julga necessário que **o Estado realize um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos fatos do presente caso, em desagravo à memória de Vladimir Herzog e à falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por sua tortura e morte**. Nesse ato, deverá ser feita referência às violações de direitos humanos declaradas na presente Sentença. Do mesmo modo, deverá ser levado a cabo mediante uma cerimônia pública na presença de altos funcionários do Estado, das Forças Armadas e das vítimas. O Estado e as vítimas e/ou seus representantes deverão acordar a modalidade de cumprimento do ato público de reconhecimento, além das particularidades que sejam necessárias, tais como o lugar e a data de sua realização."

(...)

"392. Quanto ao dano emergente, os representantes não apresentaram provas acerca de despesas realizadas. No entanto, em virtude da busca de justiça, é natural que os familiares do senhor Vladimir Herzog tenham enfrentado despesas decorrentes das numerosas gestões realizadas por eles para o atendimento do caso perante os tribunais nacionais e as instâncias

> internacionais durante 20 anos. Por esse motivo, a Corte julga pertinente fixar, de maneira justa, uma compensação, no montante de **US$20.000,00** (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América), **a título de dano emergente**, os quais deverão ser entregues diretamente à senhora Clarice Herzog, em representação de todas as vítimas do presente caso."
>
> (...)
>
> "397. A Corte considera que as vítimas do presente caso se viram afetadas pela denegação de justiça e verdade, o que se traduziu na vivência de grandes sofrimentos que repercutiram em sua dinâmica familiar. Por conseguinte, a Corte fixa, de maneira justa, a soma de **US$ 40.000,00** (quarenta mil dólares dos Estados Unidos da América) **para cada uma**, **a título de dano imaterial**, em favor de Clarice, André, Ivo e Zora Herzog. A respeito de Zora Herzog, considerando que faleceu em 2006, o montante determinado no presente parágrafo deverá ser pago diretamente a seus sucessores."

Todos os grifos são nossos para destacar as medidas reparatórias impostas pela Corte.

5. As repercussões da condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Caso Herzog

O que a decisão da Corte condenou, efetivamente, foi o crime de prisão arbitrária, o crime de tortura, o crime de homicídio praticados pelo Estado, sob qualquer argumento, bem como a obstrução da busca pela verdade, também perpetrada pelo Estado.

Porém, todos esses atos tristemente ainda se repetem no Brasil, todos os dias, nas delegacias, nos quartéis, nos presídios. Por isso merecem repúdio, merecem sim uma condenação jurídica, uma condenação internacional.

A única diferença entre a prisão, tortura e assassinato do jornalista Wladimir Herzog, para o que acontece hoje, é que as causas não

são mais exclusivamente políticas, mas têm outras motivações, como questões de gênero, de raça, de cor, de opção sexual e de classe social.

Dessa forma, a sentença da Corte não beneficiou apenas a família do jornalista Wladimir Herzog, mas também alcançou todas as outras famílias que têm filhos e maridos presos arbitrariamente só por serem negros, magros, feios e estarem correndo para pegar um ônibus ou reagirem com a um ataque de ódio.

A sentença da corte alcança também famílias de detentos e de presidiários que são torturados por policiais civis e militares.

O que a sentença também condena é o assassinato de todas as pessoas dentro de delegacias, quartéis e presídios. A pena de morte não existe juridicamente no Brasil, por isso não pode ser executada por arbítrio de carcereiros e policiais.

Por fim, o que também a sentença condena, na prática, é o nosso sistema judiciário moroso e tendencioso (tendencioso para os detentores do poder político e econômico), prolixo e excessivamente burocrático e formalista, que, em decorrência dessas características obsta a busca pela verdade, que pode se estender por longos anos até prescrever.

Como a pena precisa ser individualizada, a Corte a individualizou na representação do Estado Brasileiro, até porque não pode, por respeito à soberania desse mesmo Estado, condenar a polícia por ter prendido arbitrariamente, por ter torturado e por ter morto o jornalista Vladimir Herzog, em nome do Estado, em defesa da "democracia". Também não pode condenar, pelo mesmo princípio de respeito à soberania, o legislativo que elaborou e aprovou uma lei que anistiou todos os militares que torturaram e mataram, ou o judiciário, que não responsabilizou ninguém pelo que aconteceu com Herzog por estar adstrito a essa lei de anistia.

Mas a decisão da Corte, que condenou a prisão arbitrária, a tortura, o assassinato e a obstrução da busca pela verdade e por justiça, promovidos pelo Estado, alcança também outros países sujeitos à jurisdição da Corte. Transmite o claro recado de que eles não podem autorizar nem permitir a prática desses atos. E que se os mesmos forem cometidos por seus agentes, devem ser sumariamente punidos e reparados.

Portanto, a condenação foi internacional. Tornou inadmissível, sob qualquer argumento, mesmo o de "manter a ordem" ou "preservar a democracia", a prática de tais atos pelo Estado.

Foi a efetivação dos direitos humanos pelo direito internacional público.

6. Conclusão

Conforme já o dissemos anteriormente, agora é luta. Mais luta. Um instrumento nos foi dado: essa decisão. Mas os direitos humanos, estes não costumam ser dados, precisam ser conquistados. A Corte fez a sua parte. Façamos agora a nossa. E continuemos a luta pela efetivação, cada vez maior, dos direitos humanos, para todos, em todos os lugares, todos os dias. Afinal, o Direito não existe para apenas ser declarado, escrito. Existe para ser concretizado, efetivado. Então vamos em frente.

Sigamos o exemplo de Clarice Herzog e lutemos. Porque só de estarmos lutando __ só por causa disso __ os inimigos da democracia já estão perdendo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Relator Ministro Eros Grau. Inteiro teor do acórdão . Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Consultado em: 07/11/2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herzog e outros vs. Brasil. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf>

MIRANDA, Jorge. Sobre a responsabilidade internacional. Disponível em <http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/20_11.pdf> Consultado em 08/00/2019

PAIVA, Marcelo Rubens. Feliz Ano Velho. 40ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

PAIVA, Marcelo Rubens. Ainda estou aqui. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2015.

8.1 Webgrafia

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_n.º_5>

<https://vladimirherzog.org/casoherzog/>

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_da_Anistia>

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Vladimir_Herzog>

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Rubens_Paiva>

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Zuzu_Angel>

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO NO CASO DAS CHACINAS DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM (COMPAJ) EM MANAUS/AM

Laura Cristina de Oliveira Lopes Munhoz

1 INTRODUÇÃO

A evolução do Direito Internacional Público pode ser observada no próprio instituto da responsabilidade Internacional. A responsabilidade internacional do Estado surge quando um Estado, através de ação ou omissão, viola o comando de uma norma internacional em vigor, seu estudo é de extrema importância na evolução do Direito Internacional, uma vez que o próprio contexto internacional adquiriu novos valores fundamentais em prol da harmonia e paz mundial o que influenciou na imputação de responsabilidade do Estado por atos ilícitos no Direito Internacional.

Não há como falar em evolução do Direito Internacional sem mencionar seu principal motivador que é o Direito Internacional dos Direitos Humanos que se desenvolveu, sobretudo após a II Guerra Mundial, seu sistema normativo originado na Declaração dos Direitos do Homem na ONU hoje se apresenta com diversos tratados de proteção dos direitos humanos, influenciando diretamente na ordem jurídica internacional em geral.

Nesse contexto a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) apresentou projeto de artigos sobre responsabilidade internacional do Estado publicada em 2001 pela Assembleia Geral da ONU.

No direito internacional, a responsabilização do Estado enfrenta grandes desafios, em razão do primado da soberania, do poder político e econômico de certos Estados, da existência das imunidades de jurisdição e execução; bem como os meios de reparação e sanção dos Estados, porém este projeto de artigos tem sido muito utilizado pelos tribunais regionais e pela doutrina no âmbito de direitos humanos, o que não significa que a comunidade internacional não sofra com os inúmeros casos de grave violação de direitos humanos.

A problemática das chacinas ocorridas no Complexo Penitenciário Anísio Jobim em Manaus nos anos de 2017 e 2019, trouxe a discussão da proteção dos direitos humanos e sua relação direta com a sua proteção internacional.

O presente artigo busca analisar as características e elementos da responsabilidade internacional, trazendo a fundamentação para responsabilização do Estado ao caso concreto, elencando os instrumentos essenciais para a elucidação do caso concreto selecionado, bem como elementos e princípios que embasam atribuição da responsabilidade ao Estado Brasileiro a partir da jurisprudência dos tribunais internacionais, em seguida as considerações finais.

2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

2.1 Conceito e Natureza Jurídica da Responsabilidade Internacional

Para Accioly (2012) "A questão da responsabilidade internacional do estado é tida como uma das mais importantes do direito internacional e centro das instituições de qualquer sistema jurídico".

Segundo Portela (2017), a responsabilidade internacional permite que o Estado ou Organismo Internacional violador do Direito das Gentes e causador do dano ou que provoque prejuízos a outrem, ainda

que decorrente de atividades lícitas arque com as *consequências do ato ou do fato, devendo reparar os prejuízos eventualmente causados*.

Em linhas gerais, a responsabilidade internacional pode ser definida como o dever de reparação atribuída a um Estado pelos danos causados ao Estado lesado em razão da violação de norma internacional.

A jurisprudência internacional considera a responsabilidade internacional do Estado como um princípio geral do Direito Internacional, sendo este um dos princípios mais destacados e utilizados pelos Estados e nas decisões judiciais sobre responsabilidade internacional.

Aspecto importante sobre responsabilidade internacional refere-se à igualdade soberana e autodeterminação entre os Estados, uma vez que este somente poderá reivindicar para si uma condição jurídica se a reconhece em outro Estado.

Nesse sentido afirma Machado (2017) que a responsabilidade internacional dos Estados relaciona-se com soberania e capacidade jurídica internacional, e que aumenta o grau de responsabilidade na proporção direta da autonomia e da capacidade volitiva do sujeito que se considere.

Como decorrência do princípio fundamental da justiça e da igualdade soberana entre os Estados, a responsabilidade internacional visa regular às relações entre os sujeitos, obrigando-os a manter os compromissos assumidos, a reparar o prejuízo causado a outrem, bem como a fixação de limites de atuação no cenário internacional, a fim de não prejudicar terceiros e de cooperar em prol de uma nova ordem baseada em determinados valores fundamentais.

Acerca da natureza jurídica da responsabilidade internacional, importante trazer a classificação do autor Portela (2017, p.388), para ele há três teorias acerca da responsabilidade internacional, são elas: subjetivista, objetivista e mista.

A Teoria Subjetivista, também chamada de Teoria da Culpa considera a conduta do Estado ou da Organização Internacional para definir eventual responsabilização. Para esta teoria além da configuração do ilícito, exige também dolo ou culpa na ação ou omissão do sujeito de Direito das Gentes.

A Teoria Objetivista ou Teoria do Risco sustenta que a responsabilidade internacional surge quando existir nexo de causalidade entre o ilícito e o dano causado a outro Estado, não cabendo investigar a culpa,

bastando a infringência de uma norma de direito internacional e o resultado danoso a outro Estado.

Por fim, a Teoria Mista sustenta a existência da culpa na modalidade negligência para os casos de ilícitos internacionais derivados da omissão estatal. Enquanto que a Teoria do Risco seria aplicada nos ilícitos comissivos, desde que presentes o nexo causal entre conduta e o prejuízo.

A jurisprudência internacional aplica predominantemente a teoria da culpa, por ser mais protetiva ao Estado; entretanto, em inúmeras decisões já se adotou a teoria do risco, sobretudo nas questões elencadas acima.

2.2 Do Projeto sobre responsabilidade internacional elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU

Importante ressaltar que não há uma Convenção internacional em vigor sobre responsabilidade do Estado. Há o projeto (2015), elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU e adotado pela Resolução 56/83 da Assembleia Geral das ONU desde 2001. Cabe destacar que o referido projeto não é um tratado, sendo qualificado como ato de organização de caráter não vinculante "soft law".

O projeto é constituído em quatro partes. A primeira parte trata dos princípios e parâmetros relativos aos atos internacionalmente ilícitos, da atribuição dos referidos atos, da violação da obrigação, das hipóteses de responsabilidade do Estado por atos de outros Estados, das circunstâncias excludentes de ilicitude e suas especificidades.

A Segunda parte refere-se ao conteúdo da responsabilidade internacional do Estado, seus princípios e consequências jurídicas da responsabilidade internacional; da garantia de não repetição e da reparação integral do fato ilícito internacional; das formas de reparação do dano, que podem ser as de restituição, de indenização e de satisfação; e das hipóteses de violações graves e sistemáticas de normas do *jus cogens*. (PROJETO...2015)

A terceira parte elenca os meios de efetivação da responsabilidade internacional do Estado, possibilitando ao Estado lesionado invocar

a responsabilidade contra um Estado específico, contra um grupo de Estados-parte ou contra uma comunidade internacional, conforme a particularidade do caso concreto; e ainda as hipóteses da utilização das contramedidas. (PROJETO... 2015)

Por fim a quarta parte do Projeto (2015), apresenta disposições gerais estabelecendo que as regras ali dispostas não se aplicam às normas especiais de direito internacional, e, que as normas de direito internacional geral continuarão regendo questões não tuteladas no projeto.

2.3 Classificação e Características da Responsabilidade Internacional

O instituto da responsabilidade, em linhas gerais, possui finalidade reparatória e natureza civil, uma vez que visa reparar um prejuízo e não a punição do Estado ou dos organismos internacionais, não tendo, portanto um caráter penal. Entretanto, isso não significa que o Direito Internacional não responsabilize o Estado que pratica crimes, como por exemplo, os crimes de guerra e contra a humanidade.

Segundo Mazzuolli (2014), o Estado é responsável por toda ação ou omissão que lhe seja imputável de acordo com as regras de direito internacional público, das quais resulte violação de direito alheio ou violação abstrata de uma norma jurídica internacional por ele anteriormente aceita.

A responsabilidade do Estado causador do dano será **direta** quando o dever de reparar surgir de ato do próprio Governo, de seus órgãos ou de seus agentes que atuam em nome do Estado. Por outro lado, será responsabilidade **indireta** quando o ilícito for praticado por particulares ou por um grupo que o Estado represente internacionalmente.

Em relação ao tipo de ato praticado pelo Estado, a responsabilidade pode ser **comissiva** (por ação), neste caso há a prática de um ato ilícito do Estado ou do Organismo internacional; ou a reponsabilidade **por omissão,** nesta espécie o Estado ou Organismo internacional deixa de cumprir uma obrigação assumida em âmbito internacional.

A responsabilidade convencional resulta do descumprimento de um tratado internacional. Enquanto a responsabilidade delituosa tem origem na violação de uma norma consuetudinária internacional.

Analisadas as espécies de responsabilidades convém discorrer sobre delito internacional e do crime internacional a fim de distingui-los das espécies de responsabilidade mencionadas acima.

Delito internacional pode ser conceituado como todo fato internacionalmente ilícito que não seja considerado crime internacional. Neste caso a relação de responsabilidade se estabelecerá somente com o Estado lesado.

Enquanto que crime internacional é a violação de uma obrigação internacional para salvaguardar interesses fundamentais da comunidade internacional, está relacionado à ideia de *jus cogens*, cite-se como exemplos genocídio, apartheid, agressão, escravidão.

2.4 Elementos da Responsabilidade Internacional

Dois são os elementos da responsabilidade internacional: o fato internacional ilícito e a sua imputabilidade.

2.4.1 Fato ilícito

O artigo 3º do projeto da CDI (2015) sobre responsabilidade internacional estabelece que fato internacionalmente ilícito ocorre quando uma conduta omissiva ou comissiva gera uma violação ao direito internacional (elemento objetivo); sendo necessário que esse fato (essa conduta) seja imputado ao Estado ou Organismo Internacional (elemento subjetivo).

Para Accioly (2012, p. 503) ato ilícito é o que viola os deveres ou as obrigações internacionais do Estado, quer se trate de comissivo ou omissivo, resultantes de tratados ou convenções, bem com do costume ou dos princípios gerais do direito.

Cabe ainda mencionar que, ainda que ato ilícito internacional esteja em conformidade com o Direito interno, não haverá exclusão da responsabilidade do Estado infrator, consoante dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969.

Excepcionalmente, porém um ato lícito poderá ensejar a responsabilidade internacional do Estado. Nesse sentido bem explica Portela (2017, p. 392). Trata-se de um tipo de responsabilidade internacio-

nal objetiva, a partir da qual os Estados devem indenizar os prejuízos eventualmente causados por suas ações e omissões, ainda que para tais danos não tenham concorrido.

A responsabilidade de um sujeito de Direito Internacional Público pelos fatos praticados por seus órgãos de qualquer natureza ou nível hierárquico. O Estado pode responder pelo ilícito decorrente do exercício de competências administrativas, legislativas ou judiciárias, sendo esta objetiva, prescindindo de averiguação de culpa por parte do Estado. (PORTELA, 2017, p. 687)

A Responsabilidade do Estado por ato de Particular é possível desde que, no contexto da conduta, tenha violado os seus deveres de prevenção e repressão. Em outras palavras, tal responsabilidade pode emergir se restar comprovado que o ente estatal deixou de cumprir seus deveres elementares de prevenir o ilícito e de reprimi-lo adequadamente como, por exemplo, em atentados praticados por indivíduos contra chefes de Estado estrangeiros ou contra seus representantes diplomáticos, insultos à bandeira ou aos símbolos nacionais de determinados Estados.

Outro ponto a ser tratado refere-se à responsabilidade internacional por abuso de direito. Trata-se de questão com divergência doutrinária, sendo admitida apenas por parte da doutrina. A jurisprudência internacional admite possibilidade de responsabilidade por abuso de direito, porém não é entendimento unânime.

2.4.2 Imputabilidade

A imputabilidade é o nexo que liga o ilícito a quem é responsável pela conduta. Não se confunde com a autoria, uma vez que nem sempre o autor do ilícito é responsável por este perante a ordem internacional. O agente imputável é sempre o Estado, de modo que o ato ilícito praticado por seus funcionários ou agentes gera responsabilidade internacional para Estado e não estes, salvo em crimes internacionais, os quais são imputáveis aos indivíduos, sem prejuízo da responsabilidade internacional do Estado, nos termos do artigo 6º. (PROJETO...2015).

Importante mencionar que o ato praticado por agente incompetente pode acarretar responsabilidade ao Estado, consoante se extrai do artigo 6º do referido projeto (2015).

Desse modo, a imputabilidade exige um vínculo entre a violação da norma e seu responsável, direta ou indiretamente, podendo ser praticada por pessoa natural ou jurídica vinculada ao Estado ou com um ente federado.

3 MECANISMOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

De início faz-se necessário distinguir obrigações *erga omnes* e normas internacionais de *jus cogens*.

De acordo com Mazzuoli (2014, p.33) "*erga omnes* as obrigações a *todos* impostas, independentemente de *aceitação* e, por consequência, sem que seja possível *objetá-las*. Trata-se de normas cuja aplicação atinge todos os sujeitos do direito internacional público, sem exceção".

Enquanto que as normas internacionais de jus cogens, que são hierarquicamente superiores a todas as demais normas no plano internacional de caráter imperativa e inderrogáveis, sendo, portanto mais ampla que as obrigações erga omnes, estabelecendo entre elas uma relação de continência, em que as obrigações *erga omnes* estão contidas nas normas de *jus cogens*.

Em vista disso, conclui-se que o Estado será responsabilizado internacionalmente tanto pela violação de uma como de outra.

Após a II Guerra Mundial a proteção dos direitos humanos ganhou notoriedade na comunidade internacional, o que cominou na Declaração Universal dos direitos humanos de 1948. A Declaração exerce influência tanto na ordem jurídica internacional quanto no direito interno dos Estados.

No âmbito do Direito Internacional a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem importante papel como fonte jurídica e de modelo para tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, tanto no sistema global quanto nos sistemas regionais.

No que tange aos direitos do preso a declaração determina que eles não serão submetidos a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, nos termos do artigo 5º, regra repetida pelo pacto dos Direitos Civis e Políticos no seu artigo 7º e regulada mais

detidamente pela Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumano ou degradantes.

Além dessas normas, a ONU adotou uma resolução referente às "Regras Mínimas para o tratamento de presos", também chamada de Regras Nelson Mandela, proferida em 1955, atualizada em 1957 e 1977, e revisada em 2015. Tais de regras têm natureza de *sof law*, normas não vinculantes.

As referidas regras tratam de diversos direitos dos presos, previstos em tratados, como, por exemplo, o direito à integridade física e psíquica, igualdade, liberdade de religião, direito à saúde, entre outros. Essa interação das "Regras" com normas de direitos humanos foi atestada nos "considerandos" da Resolução de 2015, pois se reconheceu a influência do Comentário Geral n. 21 do Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Assim, por consequência, a violação das regras mínimas pode concretizar a infração de dispositivos previstos em tratados de direitos humanos. Nesse sentido, as Regras Mínimas foram expressamente mencionadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Tibi *vs*. Equador, como forma de esclarecer o alcance e o sentido do direito à integridade dos presos. No caso, a Corte IDH constatou o desrespeito, pelo Equador, nos termos do artigo 24 das Regras (direito a tratamento médico).

No âmbito do sistema regional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, influenciou a criação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que fundamenta o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos órgão judicial internacional.

O Brasil é signatário de vários tratados internacionais sobre proteção dos direitos humanos, dentre eles a Convenção Americana e Direitos Humanos, sendo incorporado ao ordenamento jurídico interno por meio do Decreto 678/1992 e, após a publicação do Decreto Legislativo 89/1998, o Estado brasileiro passou a reconhecer a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em 1993, foi recomendado aos Estados à elaboração de Programas Na-

cionais de Direitos Humanos, com o fim de promoção do respeito universal e da observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, em conformidade com a Carta das Nações Unidas bem como para que criem "condições favoráveis nos níveis nacional, regional e internacional para garantir o pleno e efetivo exercício dos direitos humanos" (§§ 1.º e 13.º da Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993).

No âmbito do direito interno brasileiro a Declaração de 1948 serviu de paradigma para a Constituição Federal de 1988, que literalmente reproduziu vários dos seus dispositivos, o que demonstra que o direito constitucional brasileiro atual está em perfeita consonância com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

No Brasil há três versões do Programa Nacional de Direitos Humanos publicadas, tendo sido as duas primeiras elaboradas no governo Fernando Henrique Cardoso (1996 e 2002), e a última durante o governo Lula (2009). Trata-se, porém, apenas de *propostas* para temas de debate nacional em matéria de direitos humanos, que não têm força normativa.

Para a problemática aqui abordada, interessa o 3.º Programa Nacional de Direitos Humanos, que tem como um de seus eixos orientadores, expressos no artigo 2º do Decreto n. 7.037/2009, o da Segurança Pública, Acesso a Justiça e Combate à violência.

3.1 A Problemática das Chacinas Ocorridas no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj) em Manaus-AM

A Superlotação, execuções sumárias, tortura e péssimas condições de detenção ocupam com frequência os noticiários brasileiros.

As violações ocorridas nos presídios brasileiros, como o de Pedrinhas, no Maranhão, com presos decapitados e desmembrados, no Carandiru/SP, em Urso Branco/RO, repetem-se e somam-se a tantas outras ocorridas no Brasil adentro.

Neste cenário, fica evidente o descompasso entre o que está estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro e nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e o que se tem na prática,

evidenciando uma incapacidade das instituições incumbidas diretamente pela gestão prisional, como as polícias, as secretarias de estado e governo estaduais, mas também àquelas ligadas ao sistema de justiça e, dentre elas, o Judiciário.

Tudo isso reconhecido pelas autoridades estatais, inclusive com a célebre frase do Ministro da Justiça José Eduardo Cardoso que disse preferir morrer a ser preso no Brasil. (BULLA, 2019).

Dados mais recentes divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça indicam que, em Junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90. (BRASIL, 2016).

O Relatório traz ainda que em relação ao número de vagas há um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país, cenário também agravado em relação ao último levantamento disponível em dezembro de 2014.

No Estado do Amazonas onde, em menos de 2 anos, ocorreram rebeliões que ocasionaram em verdadeiras chacinas de presos, a situação prisional reflete a falência do sistema, bem ainda a sistemática e endêmica violação dos direitos humanos.

Segundo relatório o Estado, em 2016, apresenta uma população prisional de 11.390, com taxa de aprisionamento de 284,6%, com 2.354 vagas no sistema prisional, taxa de ocupação de 483,9%, tendo 7.337 do total de presos sem condenação, o que representa um total de 64,4%. (BRASIL, 2016).

A primeira rebelião no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), ocorreu em janeiro de 2017, foram pelo menos 56 mortos. A segunda rebelião ocorreu em maio de 2019, com mais 54 mortos, o que mostra a ineficiência do Brasil no melhoramento do sistema prisional e no combate à violação dos direitos humanos.

Em entrevista a Rádio Brasil Atual (MASSACRE... 2017), em São Paulo, no dia 3 de Janeiro de 2017, Guaracy Mingardi, analista criminal e membro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, comentou sobre a 1ª rebelião em Manaus e situação dos presídios. Ele falou sobre a situação de descontrole que ocorre no sistema penitenciário no

Brasil e afirmou que a rebelião em Manaus voltará a se repetir enquanto não houver uma reforma no sistema prisional do país, como de fato ocorreu em 2019.

As chacinas ocorridas em Compaj configuram ilícito internacional por grave violação de direitos humanos, ante a insustentável situação do sistema prisional brasileiro, que é, sem dúvida, a maior violação dos Direitos Humanos desde a escravidão, em especial, nesse Complexo penitenciário, que ocasionou a morte de mais de 100 presos.

4 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL NO CASO DAS CHACINAS NO COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM (COMPAJ) EM MANAUS/AM

O artigo 4°, inciso II, da Constituição Federal de 1988, (BRASIL, 2016) consagra, dentre os princípios que devem orientar o Brasil nas relações internacionais, o da primazia dos direitos humanos. A inclusão dessa norma no texto constitucional decorre da afirmação da dignidade humana como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

O art. 5º, inciso XLIX da Constituição Federal (BRASIL, 2016) dispõe que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Dessa forma, a carta magna expressamente limita o *jus puniendi* do Estado garantindo um tratamento punitivo que respeite as condições da pessoa humana.

Além disso, de acordo com o art. 5º, § 2º, o Brasil deve respeito às regras internacionais de proteção aos direitos dos reclusos.

Seguindo a disposição Constitucional e os Tratados Internacionais em direitos humanos e em especial aos direitos do preso, a legislação infraconstitucional trata dos direitos mínimos.

O Código Penal Brasileiro prevê o respeito à integridade física e moral do preso, conforme artigo 38. Na mesma linha, o artigo 48 da Lei de Execução Penal que tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do apenado.

Ademais, a Lei de Execuções Penais descreve inúmeros direitos dos presos tais como: alimentação suficiente e vestuário; proporcionalida-

de na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos; chamamento nominal; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação e entre outros.

Em que pese à existência de um arcabouço normativo garantista referente ao direito das pessoas privadas de liberdade, o sistema prisional brasileiro é palco de profundas e sistemáticas violações a direitos humanos.

Nesse sentido Ramos (2017) assim o define:

> "A caótica situação do sistema prisional brasileiro é notória e já gerou vários casos contra o Brasil no sistema interamericano de direitos humanos, como se vê nas diversas medidas provisórias adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos exigindo que o Estado cumpra os direitos básicos do preso, como direito à vida, integridade pessoal, segurança, saúde, entre outros.".

Diante desse contexto foi ajuizada uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347) para que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarasse que a situação atual dos presídios brasileiros viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos, Na ação, foi pedido também que o STF reconhecesse o "Estado de Coisas Inconstitucional", que ordenasse a adoção de várias medidas para tentar solucionar a caótica situação. Em decisão o Supremo declarou que diversos dispositivos: constitucionais, normas internacionais e normas infraconstitucionais estão sendo desrespeitados, e reconheceu que no sistema prisional realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos.

Na problemática apresentada é evidente a conduta internacionalmente ilícita do Estado brasileiro em razão de grave violação dos direitos humanos, nos termos dos artigos 1º e 2ª do projeto da CDI (2015) sobre responsabilidade internacional.

A conduta ilícita apontada se caracteriza pela forma omissiva e comissiva, dentre elas pode-se destacar a omissão quanto à apuração dos fatos ocorridos desde a primeira chacina, ocorrida em 2017; o descumprimento das garantias dos direitos dos presos previsto no ordenamento interno brasileiro e também em tratados internacionais sobre direitos humanos assumidos pelo Brasil; a violação do direito à vida e a integridade física e pessoal dos presos e garantias judiciais; e, o descumprimento do dever de fiscalização da empresa Umanizzare responsável pela administração do complexo penitenciário, desde 2014, anterior à primeira chacina.

Importante anotar que, no caso em estudo, tratando-se de obrigação convencional de proteção dos direitos humanos, princípio fundamental da responsabilidade internacional do Estado, não compete o argumento da separação de poderes, cabendo ao Brasil à imputação de responsabilidade internacional, bem como da obrigação de reparar o dano, nos termos do artigo 4º do projeto do CDI (2015).

A violação da obrigação internacional pelo Brasil em diversos tratados de proteção aos direitos humanos se caracteriza, no caso concreto, pela restrição demasiada dos diretos individuais no tratamento dado aos presidiários, pois o próprio Estado retira a capacidade desses indivíduos quando ignora os direitos subjetivos da pessoa humana, violando assim os direitos da personalidade, que são direitos humanos e fundamentais, consoante dispõe o artigo 12 do projeto da CDI (2015).

A Chacina de Compaj causou aos detentos e seus familiares prejuízo de natureza material e moral, devendo o Brasil, ante sua responsabilidade internacional, reparar tais prejuízos, nos termos dos artigos 31, 34 e seguintes do projeto da CDI (2015) sobre direitos humanos.

Importante destacar que o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que compilou em um único caso a análise de quatro demanda, sobre as precárias situações dos Complexos Penitenciários de Curado, em Pernambuco, e Pedrinhas, no Maranhão; do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro; e da Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), no Espírito Santo, e ainda sim, vem descumprindo sistematicamente o enunciado nos artigos 29 e 30 do projeto da CDI (2015) sobre direitos humanos.

Os referidos artigos tratam da continuidade do dever de cumprir a obrigação e a cessação ou não repetição do ato internacionalmente ilícito e de oferecer segurança e garantias apropriadas.

Vale lembrar, o caso "urso branco", apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2002, que analisou as violações à vida e à integridade física dos presos da Casa de Detenção José Mário Alves, em Rondônia. Na ocasião, a Corte publicou a Resolução de 21 de setembro de 2005 e determinou gestão das medidas de proteção e mantivesse a Corte informada sobre o avanço de sua execução. Todavia, é o Brasil não cumpriu as determinações, o que culminou em mais um massacre no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, ora estudado.

Diante do exposto está evidente a Responsabilidade Internacional do Brasil nos casos das Chacinas no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj) perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos ante a grave violação de direitos humanos e o desprezo do país em conferir eficácia jurídica às decisões anteriores da Corte.

5 CONCLUSÃO

Embora arcabouço normativo garantista referente ao direito das pessoas privadas de liberdade, oriundos dos documentos firmados no âmbito da ONU, do sistema Regional, como o Pacto de San José devidamente internalizado em 1992, e o ordenamento jurídico interno, é contínuo e sistemático a violação de tais regras.

Para a estudo da responsabilidade internacional do Brasil na problemática escolhida adotou-se como parâmetro as decisões contra o Brasil proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em quatro demandas sobre as precárias situações dos Complexos Penitenciários de Curado, em Pernambuco, e Pedrinhas, no Maranhão; do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro; e da Unidade de Internação Socioeducativa (UNIS), no Espírito Santo.

A situação narrada no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), no Amazonas demonstra o descaso do Estado para com os direitos daqueles que se encontram aprisionados, extrapolando em muito os limites da pena e atingindo diretamente a dignidade humana

– um valor universal que deveria ser respeitado por todos os países que compõe a comunidade internacional.

No caso das chacinas no Compaj foram suscitadas inúmeras violações aos direitos humanos dos cidadãos que cumprem pena restritiva de liberdade, dentre elas as agressões à vida e à integridade física dos presos, sendo possível compreender o descaso das autoridades em solucionar o problema.

Nesse sentido patente a responsabilidade internacional do Estado brasileiro, ante a sua reincidência em graves infrações por violação de direitos humanos, por ineficiência no âmbito interno para resolver a situação dos presídios e a efetiva garantia dos direitos humanos dos presos.

O Estado brasileiro continua a cometer agressões aos direitos do homem recluso. Isso, pois, como visto em todos os casos o Brasil não conseguiu reverter de forma satisfatória às transgressões cometidas, as quais se tornam a repetir corriqueiramente.

Diante da situação caótica narrada neste trabalho, se faz necessária uma resposta da comunidade internacional no que tange a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos de grave violação aos diretos humanos nos presídios brasileiros, com a responsabilização do Estado brasileiro por meio de medidas provisórias e punição exemplar a fim de que casos como o da chacina no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj) não se torne recorrente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15589-3.

BRASIL. Ministério de Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: INFOPEN atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério de Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65 p. ISBN: 978-85-5506-063-2

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da república, 2016.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

BULLA, Beatriz. Ministro da Justiça diz que prefere morrer a ir para cadeia. *Estadão*. Disponível em<https://www.brasildefato.com.br/2017/01/03/analista-criminal-comenta-rebeliao-em-manaus-e-situacao-dos-presidios/> Acesso em: 19 jun. 2019.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional:* do paradigma clássico ao pós 11 de setembro. 4ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra. ISBN 978-972-32-2181-7.

MASSACRE: analista criminal comenta rebelião em Manaus e situação dos presídios "O Estado no Brasil nunca teve o controle sobre o sistema prisional". São Paulo: Rádio Brasil Atual, 2017. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2017/01/03/analista-criminal-comenta-rebeliao-em-manaus-e-situacao-dos-presidios/. Acesso: 19 jun. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. ISBN 978-85-309-5748-3.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado:* Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 9ª ed.rev.atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2017. ISBN 978-85-442-1079-6.

PROJETO da CDI sobre a Responsabilidade internacional dos Estados. Tradução: Aziz Tyffi Salida. Disponível em: http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2015/09/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf. Acesso em 11 jun. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 9788547216313.

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL E A LEI MARIA DA PENHA

Larissa Águida Vilela Pereira de Arruda

1. INTRODUÇÃO

Após a eclosão da Segunda Guerra Mundial em 1945, que culminou com a explosão de duas grandes bombas atômicas, foi promulgada a Convenção Americana de Direitos Humanos com o fim especial de pôr a paz no mundo, e visando o desenvolvimento dos países.

Esse cenário de pós guerra fez com que os direitos humanos tivessem mais espaço, como resposta às atrocidades cometidas durante referido período e o nazismo, sendo relevante mencionar a Declaração Universal de 1948, que foi reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, e deu início ao movimento de internacionalização dos direitos humanos e humanização do Direito Internacional contemporâneo.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos começou a se desenvolver a partir da Declaração de 1948, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. Sob este prisma, a ética dos direitos humanos é a que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena, sendo orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento humano.

Os instrumentos de proteção do direito internacional deram origem a obrigação dos Estados compatibilizar a legislação interna com

os preceitos das convenções internacionais, visando a efetiva garantia e proteção em conformidade com os compromissos assumidos internacionalmente, sob pena de sua responsabilização internacional.

Nos casos de incompatibilidade da legislação interna com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, surge a possibilidade de questionamento por meio do controle de convencionalidade, e em caso de procedência emerge a prerrogativa de determinar a adequação das normas aos parâmetros internacionais.

No caso Maria da Penha, que ensejou a condenação do Estado Brasileiro, a ausência de regulamentação interna da Convenção de Belém do Pará levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a recomendar ao Brasil que promulgasse uma Lei de proteção específica às mulheres em consonância com a referida Convenção. Destarte, reconhecida a responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos, foi promulgada a Lei 11.340, em agosto de 2006, que veio a corrigir a omissão legislativa do Estado Brasileiro.

Com base nas considerações apontadas, a seguir discorreremos sobre o conceito de direitos humanos, a responsabilidade internacional do Estado, esclarecendo as fases dessa responsabilidade, até o estudo do caso Maria da Penha, através do qual o Estado Brasileiro foi condenado internacionalmente pela omissão legislativa, e que culminou com a publicação da Lei 11.340/2006.

2. CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são direitos correspondentes à dignidade dos seres humanos, e inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.

São direitos que possuímos não porque o Estado assim decidiu, através de suas leis, ou porque nós mesmos assim o fizemos, por intermédio dos nossos acordos. Direitos humanos, por mais pleonástico que isso possa parecer, são direitos que possuímos pelo simples fato de que somos humanos. (RABENHORST, 2016)

André de Carvalho Ramos (2017) conceitua os direitos humanos como sendo um conjunto de direitos considerado indispensável para

uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade: são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.

Os direitos humanos incluem o direito à vida, liberdade de opinião e de expressão, direito ao trabalho e à educação, entre muitos outros. Todos merecem estes direitos, sem discriminação.

Não há umrol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. As necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental em seu artigo 1º, e no artigo 4º destacou que o Estado Brasileiro se rege nas suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos.

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial: a razão de ser do Estado não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana. São vários os valores constitucionais que decorrem diretamente da ideia de dignidade humana, tais como, dentre outros, o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem. (PAULO, 2017)

Assim, o indivíduo goza de proteção não somente em relação ao Estado, mas também frente aos demais indivíduos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos por sua vez estabelece as obrigações dos governos de agirem de determinadas maneiras ou de se absterem de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades de grupos ou indivíduos.

A expressão formal dos direitos humanos inerentes se dá através das normas internacionais de direitos humanos. Uma série de tratados internacionais e outros instrumentos surgiram a partir de 1945, conferindo uma forma legal aos direitos humanos inerentes.

E a partir da inclusão da pessoa humana como sujeito de direito internacional, surgiram vários instrumentos tutelando os direitos huma-

nos da mulher, dentre eles a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará – 1994). E, como marco histórico pelo reconhecimento dos direitos humanos da mulher, menciona-se brevemente a Convenção de Viena (1993).

Também conhecida pela sigla de sua denominação em inglês, CEDAW, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, tendo em vista a persistente manutenção das discriminações contra a mulher.

O artigo 1º da CEDAW preceitua que discriminação contra as mulheres é "toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e mulheres, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, nos campos políticos, econômicos, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo."

A Convenção de Belém do Pará foi ratificada pelo Brasil em 27/11/1995, promulgada em 1996, e demonstrou a preocupação da violência contra a mulher.

Os artigos 1º e 2º da referida convenção definiram o conceito de violência como sendo qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado, incluindo a violência física, sexual e psicológica.

A Convenção ainda enuncia que toda mulher tem direito ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção de todos os direitos humanos e às liberdades consagradas pelos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos, os quais compreendem os direitos: a que se respeite sua vida e sua integridade física, psíquica e moral; liberdade e segurança pessoais; o direito a não ser submetida a torturas; a que se respeite a dignidade inerente a sua pessoa e que se proteja sua família; à igualdade de proteção perante a lei e da lei; o direito a um recurso simples e rápido diante dos tribunais competentes, que a ampare con-

tra atos que violem seus direitos; liberdade de associação; liberdade de professar a religião e as próprias crenças, de acordo com a lei; e de ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, incluindo a tomada de decisões (art. 4º).

A partir da promulgação de referidos instrumentos a violência contra a mulher passou a ser tutelada, sendo reconhecida como violação aos direitos humanos a sua violação, sendo sua proteção universalizada.

O Estado brasileiro elevou a categoria de norma constitucional os tratados de direitos humanos que fossem aprovados com quórum especial, demonstrando a importância com que trata o tema dos direitos humanos, ao preceituar no artigo 5º, parágrafo 3º que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, evidencia-se a preocupação do Brasil na tutela dos direitos humanos.

3. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

A responsabilidade civil tem sua origem no direito civil, e consubstancia-se na obrigação de indenizar um dano patrimonial, moral ou estético causado ou possibilitado por um fato humano. E no direito privado, para que surja o dever de indenizar é necessária a atuação lesiva culposa ou dolosa do agente, a ocorrencia de um dano patrimonial, moral ou estético, e o nexo causal entre o dano e a conduta. (ALEXANDRINO, 2017).

Segundo Accioly (1959), a responsabilidade internacional do Estado é o instituto jurídico que visa responsabilizar determinado Estado pela prática de um ato atentatório (ilícito) ao Direito Internacional perpetrado contra os direitos ou a dignidade de outro Estado, prevendo certa reparação a este último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu.

Durante a Antiguidade e a Idade Moderna vigorava a teoria da irresponsabilidade internacional do Estado, em decorrencia da premissa

de que "*the king can do no wrong*" ou seja, baseava-se na premissa de que não era possível ao Estado, na figura do rei, lesar seus súditos, ou seja, o Rei não podia errar.

Com a advento da Revolução Francesa, a teoria da irresponsabilidade começou a ser combatida, sendo que o marco de ruptura inicial se deu quando o erário frances, visando proteger-se de diversas demandas judiciais, instituiu no plano interno a distinção entre atos de império e atos de gestão, de modo que somente estes últimos poderiam resultar no dever de indenizar pelo Estado.

Entretanto, apenas após a Segunda Guerra Mundial é que a teoria da irresponsailidade foi substituida pela teoria da responsabilidade baseada na culpa, momento que houve a tentativa de codificação dos costumes internacionais relacionados à responsabilidade dos Estados.

A teoria da culpa comum mencionava que para que o Estado pudesse indenizar, seus agentes deveriam atuar com culpa ou dolo, cabendo ao particular o ônus de demonstrar a presença do elemento subjetivo na conduta deles.

Já a teoria da culpa administrativa mencionava que para que existisse o dever do Estado indenizar necessitava a comprovação da ocorrencia de uma falha na prestação do serviço publico. Essa culpa da administração poderia decorrer da inexistência do serviço, mau funcionamento ou retardamento do serviço.

Segundo a teoria do risco administrativo, qualquer atuação do Estado que cause dano a terceiros faz nascer para a administração pública a obrigação de indenizar, independente da existencia de falta do serviço ou culpa de determinado agente publico. Ela ainda admite excludentes, tais como a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior.

Na teoria do risco integral o Estado, por sua vez, responde independente de prova de culpa na sua atuação, bastando a existencia do dano e do nexo causal para que surja o dever de indenizar.

O Brasil adotou a teoria do risco administrativo, admitindo-se em determinadas hipóteses a teoria do risco integral com relação aos danos nucleares e ambientais.

Tem-se verificado na doutrina internacional, que dentre os requisitos para a responsabilidade internacional do Estado, estão a viola-

ção de uma regra jurídica de caráter internacional, a existencia de um dano, e que este seja imputável ao Estado, sendo adotado os requisitos da teoria do risco Administrativo.

Quando nos referimos a violação de uma regra, este deve decorrer da inobservancia de um dever internacional do Estado.

Ao aderir a um tratado internacional de direitos humanos, são previstos "mecanismos de supervisão e controle do respeito, pelo Estado, desses mesmos direitos protegidos" (CARVALHO RAMOS, 2004). Isto significa dizer que o Estado se compromete a proteger e respeitar os direitos humanos, tornando-se garante dessas obrigações.

Segundo Ian Brownlie (1997):

> "Nas relações internacionais, como em outras relações sociais, a invasão da esfera jurídica de um sujeito de Direito por outra pessoa jurídica gera responsabilidade que reveste várias formas definidas por um sistema jurídico particular. A responsabilidade internacional é normalmente considerada a propósito dos Estados como sujeitos comuns de Direito."

Ou ainda segundo Celso Albuquerque de Mello (2004):

> "a responsabilidade internacional apresenta características próprias em relação à responsabilidade no direito interno: a) ela é sempre uma responsabilidade com a finalidade de reparar o prejuízo; o DI praticamente não conhece a responsabilidade penal (castigo etc.);2 b) a responsabilidade é de Estado a Estado, mesmo quando é um simples particular a vítima ou o autor do ilícito; é necessário, no plano internacional, que haja o endosso da reclamação do Estado nacional da vítima, ou ainda, o Estado cujo particular cometeu o ilícito é que virá a ser responsabilizado."

Podemos encontrar circunstancias que excluem a ilicitude do ato violador de Direito Internacional Público, dentre elas a legítima defesa, a prescrição liberatória e a renúncia do indíviduo prejudicado em recorrer à proteção diplomática de seu Estado.

Como já mencionado, a Constituição brasileira estabelece como princípio fundamental a soberania, cidadania, e dignidade da pessoa humana, sendo esta última direito fundamental do cidadão, e em complemento a defesa dos direitos humanos, o artigo 226, § 8º ressaltou que o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência do âmbito de suas relações.

Assim temos como princípio constitucional de nossa nação a defesa da paz, e prevalência dos direitos humanos, de forma que o Brasil aderiu e ratificou a Declaração Universal de 1948, que foi reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, fazendo parte da Organização das Nações Unidas.

Com a ratificação pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 1992, através do Decreto 678, de 6/11/1992, conforme o disposto no artigo 1.12, o Brasil está obrigado a não só respeitar os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção, como também a garantir o livre e pleno exercício desses direitos: as obrigações de respeito e obrigações de garantia. Ou seja, o Estado não pode praticar quaisquer atos que possam violar os direitos humanos garantidos e ainda deve criar todos os meios necessários para "prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, dos direitos fundamentais da pessoa humana, mostrando a faceta objetiva desses mesmos direitos"(CARVALHO RAMOS, 2004)

Ademais, no plano interno, conforme já mencionado, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Caso o tratado sobre direitos humanos seja incorporado pelo rito ordinário, tem o *status supralegal,* ocupando uma posição hierárquica abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação interna.

Importante destacar ainda, que no Estado brasileiro as normas de Direitos Humanos gozam do status de aplicabilidade imediata, integral e direta, *self-executing*, desnecessitando de regulamentação para imediata aplicação.

Os Estados, enquanto sujeitos do Direito Internacional, atuam gozando dos direitos e deveres reconhecidos pelo Direito Internacional,

sendo que referidos direitos e deveres evoluem no decorrer do tempo, dentre eles o direito à liberdade, à igualdade e ao desenvolvimento.

Assim, os tratados de direitos humanos impõem deveres aos Estados que aderiram, devendo os mesmos compatibilizaram a legislação interna com as normas de direito internacional.

3.1. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO NO CASO 12.051/OEA

Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica cearense, em maio de 1983 dormia em sua casa quando teria sido atingida por um tiro nas costas pelo seu esposo Marco Antonio Herredia Viveros, o que a deixou paraplégica.

Marco era na época seu marido e pai de suas três filhas, sendo que esta foi a primeira tentativa de homicídio que sofrera em meio a mais de vinte anos de violência doméstica praticada pelo seu esposo.

Após mais de quatro meses internada, ao retornar ao seu lar, foi submetida a mais abusos, sendo que seu esposo a manteve em regime de isolamento completo, e em pouco tempo, atentou novamente contra a sua vida, tentando eletrocutá-la durante o banho.

Maria da Penha ingressou na Justiça e saiu de casa com suas filhas, denunciando seu esposo pelos abusos sofridos, sendo que ele foi submetido a júri duas vezes: na primeira vez seus advogados conseguiram a anulação do júri, e na segunda, foi condenado a dez anos e seis meses.

Em 1998 foi protocolada denuncia conjunta pelo Centro de Justiça e pelo Direito Internacional, pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para Defesa dos Direitos da Mulher, e pela vítima à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, sendo que tal feito foi considerado um marco, por ser a primeira vez que a OEA acolhia uma denuncia de violência doméstica.

No âmbito internacional, para que o Estado possa intervir em favor do seu nacional prejudicado pela conduta de outro ente, é necessário que este endosse a reclamação daquela pessoa física (ou jurídica), de modo a lhe outorgar a proteção diplomática. (MELLO, 1992)

Referida proteção diplomática é discricionária, sendo concedida apenas se o Estado quiser, desde que atendidos os requisitos de nacio-

nalidade do autor da reclamação e esgotamento dos recursos internos, ou seja, a vítima deve ter ingressado com todos os recursos cabíveis até a última instância judicial existente. A doutrina e jurisprudência tem entendido ser considerada extemporânea qualquer reclamação diplomática realizada antes de terem sido esgotados todos os recursos ou instâncias no direito interno pelo Estado onde sofreu o dano.

Nesse sentido, o artigo 46 da Convenção Americana disciplinou que

> "Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição."

Apenas não incide o disposto no artigo 46, nos casos em que a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

A aludida denúncia, deu origem ao Caso 12.051 que tramitou perante a OEA, alegava a omissão do Estado Brasileiro com a violência perpetrada pelo esposo de Maria da Penha, com violação a Convenção Americana, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e Convenção de Belém do Pará, tendo concluído que o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial assegurada pela Convenção Americana, em concordância com a obrigação de res-

peitar e garantir os direitos, além da ineficácia da ação judicial por parte do Brasil.

Para Rezek, o ato ilícito tem como base o Direito Internacional, isto é, o ato cometido não pode ser entendido como um ilícito meramente nacional. Nesse caso, o Estado não pode se valer de sua ordem interna para descumprir suas obrigações assumidas perante a comunidade internacional. Nesse sentido, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados estabelece que o Estado não pode "invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

Referido julgamento foi realizado pelo sistema regional interamericano, tendo em vista que as Nações Unidas não dispõem de estrutura para exame e julgamento do descumprimento de suas normas. A Convenção estabelece no artigo 33 que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são órgãos competentes para o acompanhamento e julgamento de eventual reclamação por descumprimento dos direitos ali assegurados.

Mais adiante, o artigo 44 da CADH preceitua que "qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte."

O Estado Brasileiro foi omisso no caso, por não ter respondido a denúncia perante a Comissão, sendo responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação a violência doméstica contra as mulheres. A decisão destacou que "o Estado não tomou medidas eficazes de prevenção e punição legal da violência doméstica no Brasil, apesar de sua obrigação internacional de preveni-la ou puni-la. Também apontam a situação de que os dados de homicídio e violência sexual contra mulheres são perpetrados, na maioria dos casos, por seus companheiros ou conhecidos."

Referida decisão ressaltou ainda o direito à Justiça previsto no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o direito à igualdade perante a lei (artigo 24 da Convenção), além da violação à Convenção do Belém do Pará que tutela a violência contra a mulher.

Ao final, concluiu em seu relatório que o Brasil havia sido responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica.

Destacou que o Estado brasileiro teria tomado algumas medidas destinadas a reduzir o alcance da violência doméstica e a tolerância estatal da mesma, embora essas medidas não tenham conseguido reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial, com respeito à violência contra a mulher, asseverando que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da autora, bem como em conexão com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o artigo 1(1) da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida.

Ao final, determinou ao Estado brasileiro que: 1) finalizasse rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio; 2) procedesse a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes, 3) que adotasse, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para assegurar à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.

Determinou ainda o prosseguimento do processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil, recomendando a realização de: a) medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) simplificação dos procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo

processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera; d) a multiplicação do número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais; e e) a inclusão em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

Determinou por fim ao Estado Brasileiro que apresentasse à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no prazo de 60 dias um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana.

O caso foi o primeiro em que foi aplicada a Convenção de Belém do Pará, sendo que a utilização da Corte Internacional foi importante para auxiliar a conclusão do processo em tramite perante o Judiciário, mormente devido a morosidade que assola a efetividade desse poder no país.

O julgamento do caso representou um marco muito importante na tutela da violência doméstica e familiar contra as mulheres, demonstrando a força das organizações internacionais na tutela dos direitos humanos.

E a própria Constituição Federal declara em seu texto que os direitos e garantias expressos nela não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que seja parte, conforme previsto no parágrafo 2º do artigo 5º.

Apenas a pressão da sociedade internacional fez o País colocar em prática as medidas de proteção à mulher. Muito embora o Brasil tenha uma das Constituições mais democráticas existentes, e tendo ratificado Tratados e Convenções sobre a matéria, foi omisso na implementação de medidas para efetivamente defender os direitos humanos.

Assim, em decorrência do caso acima o Estado brasileiro além de pagar indenização à vítima no importe de R$ 60.000,00 (sessenta mil

reais), foi obrigado internacionalmente a criar um novo dispositivo legal visando a maior eficácia na prevenção e punição da violência doméstica no Brasil, o que culminou com a promulgação e publicação da Lei 11.340/2006, conforme será abaixo comentado, e evidencia o avanço na proteção da mulher vítima de violência familiar e domestica.

3. DA LEI Nº 11.340 (LEI MARIA DA PENHA)

Em decorrencia do julgamento do caso Maria da Penha foi promulgada e publicada a Lei 11.340, em 07 de Agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, visando coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, regulamentando o disposto no artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, e demais tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

A violencia doméstica sempre foi escondida pelas mulheres, fato constatado nacional e mundialmente, já que muitas tem vergonha ou mesmo se sentem ameaçadas em fazer denúncias contra o agressor.

Desde a sua publicação, a Lei 11.340/2006 é considerada pela Organização das Nações Unidas como uma das três melhores legislações do mundo no combate à violência contra as mulheres, e segundo dados divulgados em 2015, contribuiu para uma redução de cerca de 10% (dez por cento) na taxa de homicídios contra mulheres praticados dentro das residências das vítimas.

No âmbito interno, referida Lei alterou o Código Penal ao possibilitar com a inclusão do parágrafo 9º ao artigo 129, que os agressores de mulheres no âmbito doméstico ou familiar sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada.

Isso porque a violência abrange condutas que vão muito além da agressão física. O artigo 5º da Lei definiu violência doméstica e familiar contra a mulher como sendo "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial."

Assim, a violência é uma espécie de coação, ou forma de constrangimento, posto em prática para vencer a capacidade de resistência do outrem, ou a levar a executá-lo algo, mesmo contra a sua vontade.

Importante destacar que a violência doméstica e familiar é somente uma das formas de violência contra a mulher: a violência não se enquadra apenas nas agressões realizadas dentro da residência da vítima, mas em qualquer local, contanto que tenha sido ocasionada por uma relação de convivência familiar ou afeto entre o agressor e a vítima. Nessas circunstâncias, referida Lei classifica os tipos de violência contra a mulher nas seguintes categorias: violência patrimonial, violência sexual, violência física, violência moral e violência psicológica.

A violência patrimonial é entendida como qualquer comportamento que configure controle forçado, destruição ou subtração de bens materiais, documentos e instrumentos de trabalho, e a sexual engloba os atos que forcem ou constranjam a mulher a presenciar, continuar ou participar de relações sexuais não desejadas, com intervenção de força física ou ameaça.

A violência física é compreendida por maneiras de agir que violam os preceitos a integridade ou a saúde da mulher, e a moral é entendida como qualquer conduta que represente calúnia, difamação e/ou injúria.

Por fim, a violência psicológica é entendida como qualquer comportamento que cause à mulher um dano emocional, diminuindo sua auto-estima, causando constrangimentos, ofensas, humilhações, através da difamação e calúnia.

Importante mencionar que referida lei pode ser aplicada para todas as pessoas que identificam com o sexo feminino, podendo ser heterossexuais e homossexuais.

Cada dia mais as organizações internacionais adquirem força e importância no cenário internacional, inclusive tendo influência sobre a legislação interna, como ocorreu no caso em tela, que deu ensejo a edição da Lei 11.340/2006, de modo a tutelar a mulher da violência doméstica e familiar.

4. CONCLUSÃO

Cada dia mais as organizações internacionais adquirem força e importância no cenário internacional, com os objetivos de manter a paz mundial e o desenvolvimento dos países, além da proteção aos direitos humanos.

O Brasil por outro lado sempre pautou em sua política externa brasileira pela garantia de um mundo estável e pacífico, visando o favorecimento do desenvolvimento, sempre garantindo e tutelando os direitos humanos, que são tidos como direitos fundamentais da pessoa humana.

Tem-se aí fundamento expresso a admitir ações afirmativas para promover a igualdade de direitos entre homens e mulheres, como se adotou no Brasil, por exemplo, com a cota eleitoral de sexo, prevista no art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504/97 (conhecida como "Lei das Eleições").

Em decorrência da crescente tutela da pessoa humana, referidos direitos passaram a serem tutelados tanto nacionalmente, quanto internacionalmente, passando o Estado a responder por violação direita ou indireta dos direitos humanos em caso de ação ou omissão de comportamento que não esteja em conformidade com a norma internacional vigente por meio de convenções, tratados e acordos internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence, in Recueil des Cours, vol. 96 (1959-I).

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado.* 25 ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2017.

BROWNLIE, Ian. ***Princípios de Direito Internacional Público***. Tradução: Maria Manuela Farrajota *et al*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade Internacional por violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 14/07/2020

_____. **Decreto nº 4.377/2002.***Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm Acesso em 14/07/2020

_____. Lei 11.340/2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm Acesso em 14/07/2020

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana Acesso em 14/07/2020

MADEIRA, João Bruno Farias. *A Teoria da Responsabilidade Internacional do Estado: Definição, Desenvolvimento Histórico e Elementos Constitutivos de uma Efetiva Responsabilização do Estado na Esfera Internacional***.** Disponível em http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-da-responsabilidade-internacional-do-estado-definicao-desenvolvimento-historico-e-elementos-constitut,48538.html Acesso em 14/07/2020

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. Valério de Oliveira Mazzuoli. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELLO, Celso Albuquerque de. *Direito internacional Público.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16ª ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

PIOVESAN, Flavia; PIMENTEL, Sivia. *A Lei Maria da Penha na Perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil.* Disponível em http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_6_responsabilidade-internacional.pdf Acesso em 14/07/2020

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RABENHORST, Eduardo R. *O que são direitos humanos?* Educando em Direitos Humanos. Volume I. Editora da UFPB. 2016. Disponível em http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2017/04/EducandoEmDireitosHumanosV1.pdf Acesso em 14/07/2020

RELATÓRIO N° 54/01. CASO 12.051, MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES, BRASIL, 4 de abril de 2001. Disponível em https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em 14/07/2020

ARTIGOS – SOLUÇÃO DE CONFLITOS

CLÍNICA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA DA AMAZÔNIA: EM BUSCA DA PACIFICAÇÃO ESCOLAR NO MUNICÍPIO DE SANTARÉM/PA

Mônica Milly Nunes Melo

1 INTRODUÇÃO

O conflito e a violência são umas das principais ansiedades da sociedade brasileira, presentes na quase totalidade das esferas da vida e em especial nas escolas. Os mesmos sempre foram solucionados através do sistema punitivo, porém, essas abordagens não têm funcionado como deveriam. Em virtude da ineficácia desse sistema emergiu uma nova abordagem, um novo modelo de justiça para prevenir a violência e restaurar o que foi quebrado pelo conflito: a Justiça Restaurativa.

A Justiça Restaurativa inaugura um novo paradigma de processamento de conflitos, que guarda especial atenção às pessoas concretamente abrangidas por uma situação conflitiva, com vistas a resguardar sua dignidade (SILVA, 2009), correntemente lesada pelo ato de violência, que costuma transmitir um sentimento de insegurança e de ausência de controle sobre os acontecimentos (e desapontamentos) da vida, afetando as interações sociais dos envolvidos, sobretudo das vítimas diretas e indiretas (ZEHR, 2008).

Dessa forma, o modelo restaurativo entende a justiça, portanto, como a reparação da lesão e a cura dos males causados a todos os envolvidos no conflito, entre os quais, em certos casos, podemos inclusive

inserir os autores das ofensas processadas, os familiares e os comunitários que não sofreram diretamente os efeitos da ação ofensiva, mas se ressentiram de suas consequências secundárias, como a desestabilização familiar e a instauração do sentimento de medo e insegurança na comunidade. Deste modo, a realização da justiça perpassa muito mais pela restauração da dignidade de pessoas reais, de sua qualidade de vida, saúde física, psicoemocional e ambiental, de sua segurança e esperança em um futuro confiável, do que por quaisquer outras razões, tão discutidas academicamente para se entender a justiça.

O método restaurativo, no âmbito internacional, encontra respaldo na Resolução n. 2002/12 da Organização das Nações Unidas (ONU), a qual estabelece os Princípios Básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal; enquanto no Brasil está prevista na Lei n. 12.594/2012, instituidora do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), bem como é estimulada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), que, no ano de 2015, lançou campanha para ampliar a pacificação de conflitos e difundir a Justiça Restaurativa no sistema judiciário brasileiro.

Ademais, em 2016, a instituição da Justiça Restaurativa tornou-se uma das metas do CNJ para os tribunais de justiça estaduais, o que acentuou um emergente paradigma de atuação judicial dialógica (já presente na política judiciária relacionada aos serviços de mediação judicial e aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CJUSC), apresentando aos tribunais desafios dada a necessidade de constituição de novéis estruturas e serviços públicos, diversos dos que tradicionalmente caracterizam o Poder Judiciário brasileiro. Em decorrência destes recentes marcos político-judiciários, as práticas restaurativas vêm convertendo-se em uma abordagem que ingressara, quiçá definitivamente, na administração da justiça no Brasil, ao menos em alguns setores, como é o caso da justiça juvenil e das escolas (SILVA NETO; MEDEIROS, 2016).

Nas escolas as práticas restaurativas compreendem comportamentos, procedimentos e práticas proativas que procuram ampliar as boas relações nos ambientes escolares. Essas práticas colaboram para o acréscimo de valores essenciais na vida das crianças e jovens, tais como o respeito, a empatia, a responsabilidade social e a autodisciplina.

O ambiente escolar e comunitário infanto-juvenil é marcado por conflitos e violências decorrentes do encontro das diversas necessidades, condições socioeconômicas, estruturas psicoemocionais, trajetórias de vida e ambientes sociais, culturais, afetivos e familiares singulares dos membros das escolas. Assim, a implementação de práticas restaurativas nos ambientes escolares de Santarém, vêm para observar todos esses aspectos na resolução de conflitos e dessa forma ir além de meras práticas punitivas e contextualizar os figurantes dos conflitos em seu processamento e na busca por soluções, abarcando todo o sistema que leva a recorrência elevada de conflitos e violências nas escolas locais.

Dessa forma, é importante que as experiências de justiça restaurativa se estendam para além dos muros do judiciário e se institucionalizem em ambientes escolares por meio de políticas públicas voltadas para a proteção de crianças e adolescentes dentro do ambiente escolar e, por consequência, ambiente comunitário. Por salientar que crianças e adolescentes devem estar protegidos, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais e aproveitando da função social para aprendizado de valores estruturantes para a convivência social que as escolas possuem para os jovens e crianças, os modelos restaurativos de resolução de conflitos propiciam nas escolas a criação de uma cultura de diálogo, respeito mútuo e de paz, com, para Nunes (2016, p. 7), seguintes contribuições: *a)* ajuda aos jovens no descobrimento de suas autoestimas e do valor que eles têm para si mesmos, para as suas famílias e para o mundo ao redor; *b)* excelente papel para que os jovens assumam a responsabilidade individual por seus comportamentos e por suas vidas; *c)* desenvolvimento no jovem do pensamento crítico, das habilidades para solucionar problemas, da assertividade e a empatia pelos outros; *d)* melhora das relações do ambiente escolar e as relações aluno e professor, aluno e sua família; *e)* melhora do ambiente em sala de aula pela diminuição das tensões; *f)* desenvolvimento de um ambiente cooperativo e do senso de comunidade na escola; *g)* resolução de problemas que interferem no clima da escola e nos processos de educação, ao contrário dos métodos punitivos que pouco fazem para reduzir a reincidência ou os comportamentos negativos nas escolas; *h)* permissão de mais tempo ao professor para cuidar de seus afazeres para os quais foi formado.

Ante o exposto, esta pesquisa visa uma atividade extensionista da Justiça Restaurativa, com a sua implementação, por meio da metodologia dos círculos de construção de paz, no âmbito escolar, através de um estudo desenvolvido e aplicado pela Clínica de Justiça Restaurativa da Amazônia, da Universidade Federal do Oeste do Pará - UFOPA. Esta Clínica desenvolve ações com vistas à instauração das práticas restaurativas na administração de conflitos em escolas do município de Santarém, utilizando de uma orientação metodológica voltada à melhoria do relacionamento escola-família-comunidade.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo uma análise dos beneficies oriundos da aplicação efetiva de práticas restaurativas pela Clínica de Justiça Restaurativa da Amazônia nas escolas de Santarém, cultivando medidas preventivas, protetivas e socioeducativas que venham colaborar para a criação de um ambiente mais inclusivo e empático. A metodologia utilizada são os círculos de construção de paz, o qual se caracteriza por uma reunião com as partes conflitantes, sendo dividido em três fases: o pré-círculo, o círculo e o pós-círculo.

2 METODOLOGIA

O estudo das práticas restaurativas, em Santarém/PA, é realizado através da metodologia dos círculos de construção de paz, a qual foi desenvolvida por Kay Pranis e é adotada por diversos programas que visam instituir e institucionalizar a Justiça Restaurativa, tanto brasileiros quanto estrangeiros, em decorrência da facilidade de sua assimilação e da flexibilidade do uso dos processos circulares, que podem destinar-se ao tratamento de conflitos, assim como à promoção de diálogos, ocasiões de aprendizagem, celebrações, acolhimentos, construção de comunidade, tomadas de decisões, apoio e restabelecimento de vítimas, entre outros desideratos.

Dessa forma, a Clínica de Justiça Restaurativa usa a metodologia dos Círculos de Construção de Paz para orientar suas atividades de pacificação nas escolas de Santarém. É esta metodologia também utilizada para as formações de facilitadores e multiplicados, que são os profissionais capacitados para a realização dos círculos de construção de paz.

De início, incube salientar que para a real efetivação de um sistema de práticas restaurativas nas escolas do município de Santarém é necessário o envolvimento do poder público local, das secretarias (SEDUC e SEMED), dos gestores da rede escolar e os demais integrantes da comunidade, além de um processo de divulgação e popularização da metodologia proposta, de maneira que sensibilize e informe os cidadãos sobre os possíveis processos a serem instaurados nas escolas.

Diante disso, é indispensável a formação de facilitadores de Justiça Restaurativa na rede escolar, isto é, a realização de um processo de formação, com a edificação do conhecimento sobre o que é a construção de paz, suas diretrizes, conceitos e desafios. No município de Santarém-PA, o trabalho de formação de facilitadores e multiplicadores é desenvolvido pela Clínica de Justiça Restaurativa da Amazônia, cujo pessoal é proveniente de quatro instituições distintas, a saber: Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA); Tribunal de Justiça do estado do Pará (TJPA), através da Vara da Infância e Juventude; Centro de Referência da Assistência Social (CREAS); Fundação de Atendimento Sócio Educativo do Pará (FASEPA) que juntos somam em dez multiplicadores (profissionais devidamente certificados e aptos ao trabalho de formação de facilitadores).

O círculo de construção de paz, como bem recorda Howard Zehr (2007), é apenas um entre os vários existentes na atualidade, embora consista em uma metodologia grandemente respeitada entre os praticantes e defensores da justiça restaurativa e sua utilização seja não apenas pertinente, como também sobremaneira adequada aos campos de atuação da Clínica, pois se vale de elementos simbólicos e rituais, de fácil assimilação, que ajudam a construir espaços sagrados, extracotidianos, permitindo a escuta atenta, a contação de histórias de vida, a revelação de emoções e da intimidade, o conhecimento mútuo e o aprofundamento das relações. Com a estruturação cuidadosa dos círculos de paz, observando um conjunto de recomendações, princípios e diretrizes, elabora-se não somente um espaço, mas uma ocasião sobejamente favorável à dramatização dos conflitos e à abertura dos envolvidos a sentimentos de respeito mútuo, empatia, alteridade, compreensão e perdão, capazes de propiciar o entendimento do outro, a consideração de suas

razões, o acolhimento de suas emoções e a percepção da humanidade dos participantes da ocasião restaurativa, inclusive do ofensor, posto que todos são vistos na sua falibilidade e imperfeição, assim como no que possuem de boniteza e de valor, que lhes singularizam enquanto pessoas reais, concretas, ao invés de ideais e abstratas, como se tende a tratar os indivíduos nas iniciativas tradicionais de resolução de conflitos. Nas palavras de Pranis e Boyes-Watson (2011, p. 16):

> O círculo de construção de paz é, acima de tudo, um lugar para criar relacionamentos. É um espaço em que os participantes podem se conectar uns com os outros. Essa conectividade inclui não só a ligação com o facilitador ou a pessoa que trabalha com o jovem (professor, conselheiro, etc.), mas também com os outros participantes. O círculo pode ajudar a fortalecer a família, dando a seus membros a chance de reconhecer seus próprios recursos. Também pode ajudar a redirecionar uma cultura de jovens para uma direção positiva, criando oportunidade dos jovens serem uma fonte de apoio e sabedoria um para com o outro. O círculo de construção de paz é um lugar para se adquirir habilidades e hábitos para formar relacionamentos saudáveis, não só dentro do círculo, mas também fora dele.

Os círculos de construção de paz dividem-se em três momentos, a saber: pré-círculo, círculo e pós-círculo (PRANIS, 2010). Nesse sentido, vale a pena explicar cada uma dessas fases: o primeiro momento é o pré-círculo, que é a preparação para a reunião com os participantes. Nesta etapa o facilitador faz um encontro separadamente com cada uma das partes envolvidas e escuta, de maneira empática, essas pessoas. O facilitador explana como funciona o círculo restaurativo, delibera as questões a ser abordada no Círculo, os passos do procedimento oferecido, a sua meta, o acordo e a sua avaliação pós-círculo. Havendo o consentimento das partes envolvidas, elas indicarão os outros participantes que desejam ver participando do encontro, tais como familiares, colegas, outras pessoas afetadas, vizinhos, funcionários da escola, etc. É importante observar que a participação deve ocorrer de maneira voluntária.

Já a segunda fase é o círculo propriamente dito, isto é, o encontro entre o ofensor, a vítima, o facilitador e as demais pessoas da comunidade. O diálogo é o ponto de partida para que as partes, de forma colaborativa, busquem um acordo. Através da comunicação não violenta busca-se a compreensão mútua, pela qual se faz uma análise do ocorrido e como as partes se encontram no momento. Depois as pessoas fazem um retrospecto do ato e identificam a suas necessidades, buscando-se, em seguida, o acordo. Com ele há a restauração da situação, com responsabilidades e prazos definidos para eventuais obrigações a serem cumpridas.

O facilitador conduzirá os trabalhos, buscando um acordo, não pode ocorrer abuso de poder, já que todos devem ter voz ativa, participam e devem ser compreendidos. O facilitador deverá estimular a segurança, a confiança das partes e o tratamento digno entre os participantes. Por fim, há um pós-círculo, que é um novo encontro, com os participantes do círculo, para analisar o grau com o acordo proposto, principalmente em relação à vítima, e analisar também o grau de restauratividade e o cumprimento do acordo feito no círculo. Nessa conversa podem surgir novas propostas de ação.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Com base no respeito e no diálogo, a Justiça Restaurativa e a construção de uma Cultura de Paz, não é apenas uma revisão de valores e estratégias, mas sim uma verdadeira mudança cultural, reconhecendo que todos os seres são interligados e cada forma de vida tem seu valor, independente da concepção de cada ser humano.

A implementação de práticas restaurativas nos ambientes escolares de Santarém vem para observar todos esses aspectos na resolução de conflitos, para, dessa forma, ir além de meras práticas punitivas, a fim de contextualizar os figurantes dos conflitos em seu processamento e na busca por soluções, abarcando todo o sistema que leva a recorrência elevada de conflitos e violências nas escolas locais.

Pretende-se, então, instalar esta metodologia nas escolas visando contribuir para diminuir índices de violência, instaurar uma cultura de

paz e um diálogo empático, haja vista que esses ambientes são propícios a uma rotina de problemas envolvendo conflitos internos e externos que se manifestam de formas variadas, logo surge a necessidade de haver pessoas capacitadas e disponíveis para lidar com essas situações.

Assim, o primeiro passo para se alcançar a efetivação destas práticas nas escolas é a disseminação do conhecimento desta metodologia e a ampla formação de facilitadores na região. Atualmente, é evidente que há uma expansão e disseminação das práticas restaurativas no município santareno, o que pode ser percebido por meio do crescimento das atividades de formação e divulgação do método.

A Clínica de Justiça Restaurativa da Amazônia vem ofertando cursos de formação de facilitadores e multiplicadores, sendo que somente no ano de 2016 foi realizada 01 (uma) formação de facilitadores e 01 (uma) de multiplicadores, com um total de 30 participantes em cada. Já no ano de 2017 houve 05 (cinco) formações de facilitadores, contando com 30 pessoas em cada uma delas. Frise-se que tais formações foram compostas por diversos profissionais de diferentes áreas, dentre eles funcionários da Vara da Infância e Juventude, da Fundação de Atendimento Socioeducativo do Pará (FASEPA), do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), da Rede de Educação Pública, entre outras.

Trata-se de um curso intensivo/extensivo com carga horária de 60h/atividade (40h/teoria e 20h/prática) voltado aos profissionais da educação que atuam na rede pública de Santarém, especialmente as equipes pedagógicas escolares, bem como a formação de equipes multidisciplinares (a saber: psicólogos, pedagogos e assistentes sociais) para atuarem na Secretaria Municipal e Estadual de Educação. Nestas ocasiões, os participantes têm contato com manuais de Justiça Restaurativa e processos circulares, assim como com referenciais teórico-bibliográficos subsidiários que auxiliam na fundamentação e orientação dos processos restaurativos.

Igualmente, ainda em paralelo, a Clínica de Justiça Restaurativa também oferta correntemente oficinas, workshops e minicursos vivenciais, com vistas a sensibilizar toda a comunidade escolar e divulgar o modelo restaurativo para públicos específicos (escola, família e co-

munidade) que demandem espontaneamente o compartilhamento de noções introdutórias sobre a temática.

Neste ínterim, há também, desde 2014, a formação com discentes do Curso de Direito da UFOPA, a qual corresponde a um dos Estágios Obrigatórios do referido curso. Assim, em todos os semestres letivos, há uma turma composta por 15 (quinze) discentes que estudam a Justiça Restaurativa por meio da própria metodologia dos círculos de construção de paz, o que favorece a divulgação da metodologia circular.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência escolar consiste em um problema complexo, de difícil enfrentamento, porquanto espelha a dinâmica das famílias modernas, o modo de vida da sociedade e os valores sociais e éticos cultivados no mundo atual.

De acordo com Abramovay (2003), o fenômeno da violência na escola não é recente, mas, com o passar dos tempos, tomou formas mais graves, tornando-se um preocupante problema social, até porque, neste contexto, a instituição escolar acabou perdendo seu vínculo com a comunidade e sendo incorporada à violência cotidiana do espaço urbano.

Neste contexto, a escola não pode ser vista apenas como um local onde os alunos adquirem conhecimentos científicos, mas acima de tudo como um local de formação de cidadãos, de fomento aos valores éticos de vida em sociedade, em um estado democrático de direitos, no qual princípios como a fraternidade e solidariedade devem primar as relações sociais.

Destarte, a aplicação da justiça restaurativa nas escolas, utilizando a metodologia dos círculos de construção de paz, se faz eficiente, pois, segundo Amstutz e Mullet (2012), a mera punição traz efeitos negativos, não estimula a autodisciplina nem a responsabilização dos alunos, sendo a introdução da disciplina restaurativa a melhor forma de instigá-los a formarem uma consciência ética. Para tais autoras, através da abordagem restaurativa, há a compreensão do dano causado, a responsabilização, sua reparação e o maior apoio à pessoa prejudicada com o processo de encontro cooperativo.

Diante disso, apreende-se que a Clínica de Justiça Restaurativa da Amazônia possibilita a instauração das práticas restaurativas para a gestão dos conflitos nas escolas de Santarém, por meio ao respeito da cultura da paz, do diálogo e da comunicação não violenta, assegurando às crianças e adolescentes o respeito aos seus direitos fundamentais e efetivando os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como incentivam a formação de adultos conscientes e solidários.

Contudo, ainda há grandes barreiras e resistência nas próprias equipes escolares, frente ao desconhecimento do método circular e de seus benefícios. Vale ressaltar que o primeiro passo para a implementação desta metodologia já foi feito, qual seja, a formação de equipes capacitadas e a divulgação acerca do método para a comunidade santarena como um todo; agora, o principal objetivo é conquistar a atenção dos gestores locais para a implantação da Justiça Restaurativa como uma política pública municipal, o que, com todo certa, trará grande impulso para a sua aplicação nas escolas.

Frise-se que crianças e adolescentes devem estar protegidos, sendo que tal proteção é dever não só da família, como também do Estado e da Sociedade. Por esse motivo, é de suma importância que as experiências de justiça restaurativa se estendam para além dos muros do judiciário e se institucionalizem em ambientes escolares através de políticas públicas voltadas para a proteção de crianças e adolescentes dentro do ambiente escolar e, por consequência, ambiente comunitário.

5 REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, M. **O bê-á-bá da intolerância e da discriminação**, 2003. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_02.pdf>. Acesso em: 30 fev. de 2018.

AMSTUTZ, L. S.; MULLET, J. H. **Disciplina restaurativa para as escolas: responsabilidade e ambientes de contato mútuo**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

NUNES, A. O. **Como restaurar a paz nas escolas: um guia para educadores**. São Paulo: Contexto, 2016.

PRANIS, K. **Processos Circulares**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

____ & BOYES-WATSON, C. **No coração da esperança: guia de práticas circulares**. Trad. Fátima De Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.

SILVA, M. C. N. d. **Justiça de proximidade (restaurative justice): instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA NETO, N. M.; MEDEIROS, J. G. P. **AMAPAZ – Rede amazônia da Paz: Os Caminhos da Justiça Restaurativa no Oeste do Pará**. Brasília: Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça, 2016. Disponível em: < http://www.indexlaw.org/index.php/ revista politiciajudiciaria/article/view/471/469>. Acesso em: 30 fev. de 2018.

ZEHR, H. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

____. **El pequeño libro de la justicia restaurativa**. Espanha: Good Books, 2007.

DISPUTE BOARDS DANS LES CONTRATS D'INGÉNIERIE AU BRÉSIL: PRATIQUE, PRÉVISIONS NORMATIVES ET INSTITUTIONS

Fernanda Bragança
Laurinda Fátima F. P. G. Bragança

INTRODUCTION

Cet article vise a étudier le panorama général de *dispute board – DB* au Brésil à partir de trois perspectives: les cas pratiques, l'évolution normative et les institutions qui appliquent ce mode de prévention et de résolution des conflits. La compilation de ces informations pour consolider le contexte est importante pour un débat plus approfondi et une meilleure vérification comparative de l'institut au niveau international.

Le *dispute board* est un moyen de prévention et de règlement des litiges qui fonctionne d'une manière transdisciplinaire, notamment entre ingénieurs et avocats et a une insertion déjà consolidée dans les grandes entreprises impliquant des acteurs publics et privés.

La méthodologie de recherche a consisté en une revue de littérature sur ce sujet, notamment en Amérique du Nord en ce qui concerne la conceptualisation et la délimitation de *dispute board*; et au Brésil pour les études de cas dans le pays et les institutions qui les prévoient dans leurs réglementations.

I. DISPUTE BOARD

La traduction littérale de l'anglais anticipe déjà la notion principale derrière le concept de *dispute board*, qui sont des comités ou des conseils de règlement des différends. Ils sont composés de spécialistes de l'objet du contrat et formés, en général, au début de la relation contractuelle, avec leurs membres choisis par les contractants eux-mêmes (OWEN; TOTTERDILL, 2008, p. 6).

La fonction principale de ces comités est de contrôler l'exécution du contrat. Le comportement des parties est suivi dans le but de donner une plus grande transparence à l'exécution des obligations de chacun. Le conseil peut également émettre des avis, des recommandations et clarifier les doutes des entrepreneurs.

Le Comité peut agir à la fois de manière préventive et résolue, mais en tout cas, il cherche à éviter le litige et que l'objet du contrat soit paralysé. Cette proposition présente deux avantages plus importants: les professionnels, en plus d'être bien informés sur le sujet, connaissent la relation contractuelle depuis le début de celle-ci, ce qui permet de résoudre rapidement le conflit; et la décision lie toutes les parties, sauf quelques exceptions.

En raison de ce profil, les *dispute boards* sont souvent utilisées pour les contrats d'exécution continue, ce qui est une caractéristique de nombreux contrats d'ingénierie (OLIVEIRA; SANTORO, 2017). Le fait qu'il s'agisse de relations qui se prolongent dans le temps signifie que les impasses ou les conflits entre entrepreneurs sont fréquents.

Les contrats d'ingénierie ont une caractéristique de nombreuses clauses ouvertes et, comme tout ajustement à long terme, ne sont pas en mesure d'anticiper la totalité des circonstances qui imprègneront la relation juridique. Et pour y faire face, la loi prévoit un ensemble d'instituts pour la révision contractuelle[51]. Cependant, le mouvement observé ces dernières années était l'anticipation de ce moment pour promouvoir la prévention des différends (RIBEIRO; ALMEIDA, 2013, p. 226).

51 Dans le domaine de l'ingénierie, l'élaboration de clauses ouvertes est vraiment une nécessité. Cependant, plus les relations juridiques sont complexes et durables, plus la probabilité d'établir une situation de divergence est grande (TALPIS, 2011).

Cet institut est consolidé depuis longtemps aux États-Unis. Les *dispute boards* ont évolué dans le pays depuis les années 1960 dans les processus liés à la construction civile. La doctrine semble converger sur le fait que l'utilisation inaugurale des comités de règlement des différends a eu lieu dans les années 1960, dans le projet *Boundary Dam,* à Washington (CHERN, 2015).

De 1972 à 1974, le *National Comittee on Tunneling Technology* a mené l'étude «*Better Contracting for Underground Construction*» aux États-Unis pour améliorer les pratiques contractuelles dans ce secteur. L'une des conséquences de cette recherche a été la création d'un comité de règlement des différends pour la construction du tunnel d'Eisenhower au Colorado (CHERN, 2015).

En 1975, le premier forage du tunnel d'Eisenhower était assez problématique en ce sens qu'il dépassait de loin son délai d'achèvement et les ressources financières prévues; ce qui, par conséquent, a généré plusieurs problèmes chez les contractants (UCEM, 2012).

Compte tenu de cette expérience antérieure négative, le calendrier du deuxième forage dans ce même tunnel prévoyait la création d'un conseil de règlement des différends. Bien que certaines controverses soient apparues, elles ont été traitées rapidement et efficacement et ont empêché l'émergence de nouveaux litiges découlant de ce contrat.

Pour cette deuxième étape du tunnel d'Eisenhower, les comités de règlement des différends étaient prévus dans la modalité de la commission de révision et leurs décisions avaient la nature de recommandations, c'est-à-dire qu'elles n'avaient pas de force obligatoire. Si le conflit n'était pas résolu, il passerait à un niveau supérieur dont la décision devrait être obligatoirement acceptée (UCEM, ob cit.).

Au niveau international, le point remarquable a commencé dans les années 80, dans une affaire impliquant le Conseil de l'électricité du Honduras et le projet de barrage et d'hydroélectricité d'El Cajon. La Banque mondiale a fourni des fonds pour l'entreprise et a fait pression pour la nomination d'un comité de règlement des différends. Le succès de la prévention et du traitement des conflits dans ce contrat a conduit l'institution à accompagner les contentieux dans d'autres projets qu'elle a financés.

Depuis 1995, la norme contractuelle de la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils - Fidic prévoit la création d'une commission de règlement des différends (BRAINE, 2016). La même année, la Banque mondiale a publié une édition de son document *Procurement of Works*, dans lequel elle remplaçait le rôle de l'ingénieur en tant que gestionnaire de conflits, selon l'ancien modèle FIDIC et guidée par la constitution de *dispute boards*.

En 2004, la Chambre de Commerce Internationale - ICC a commencé à prévoir le *DB* dans son règlement. L'Institution britannique de génie civil a également publié un règlement pour l'adoption de *dispute board* - «*the dispute resolution board procedure*», qui est basé sur les règles de la FIDIC.

La doctrine indique les modèles suivants de comité de règlement des différends: conseils de plusieurs ou avec un seul membre; permanents ou ad hoc; révision, adjudication ou combinaison. La taille du contrat a tendance à influencer directement le nombre de membres du comité de règlement des différends: plus la l'entreprise est grande, plus les professionnels de la prévention des litiges sont nécessaires pour faire face aux demandes. En revanche, dans les petits projets, surtout s'ils ne sont pas internationaux, le conseil unitaire est généralement préféré; ce qui offre des avantages en termes de coût et de gestion.

Une proportion considérable des *dispute boards* soutiennent qu'un conseil de règlement des différends permanent présente des avantages substantiels par rapport au modèle *ad hoc*. La raison principale serait la plus grande connaissance que les membres acquièrent au cours du projet. Cependant, il convient de noter que les parties hésitent à supporter le coût de la rétention de trois professionnels pendant peut-être plusieurs années. Le conseil *ad hoc* a un rôle ponctuel limité à une situation ou un conflit particulier.

À l'origine, les *dispute boards* ont émergé aux États-Unis en tant que comités de révision des différends, avec des décisions à caractère de recommandations, c'est-à-dire non contraignantes. Les individus peuvent même choisir d'ignorer les recommandations. Néanmoins, ces décisions peuvent être soumises a un tribunal de l'État ou arbitrale en cas de non-respect par l'une des parties. Enfin, il existe le modèle hybride qui peut à la fois recommander et décider des conflits.

La prévision de *dispute board* se fait au moyen d'une clause - la formule la plus courante - ou dans un contrat spécifique qui peut être signé conjointement ou plus tard. Les parties peuvent détailler la procédure à suivre ou désigner une institution spécialisée pour gérer les litiges. Il convient que, à un stade précoce, les contractants prévoient également la composition du comité.

Dans le cas des entreprises d'ingénierie, il est courant que le comité de règlement des différends, constitué de façon permanente, visite fréquemment le site et tienne des réunions périodiques avec les parties (KEATING CHAMBERS, 2011) pour surveiller l'exécution des obligations, mais aussi pour vérifier les éventuels problèmes imminents.

Le travail du comité s'est généralement terminé avec l'achèvement des travaux. Cependant, récemment, une pratique devenue plus courante est le maintien de le *DB* pour des situations spécifiques futures, qui peuvent survenir pendant une certaine période (MARCONDES, 2011).

II. DISPUTE BOARDS DANS L'EXPÉRIENCE BRÉSILIENNE

Cet institut s'est répandu au Brésil au fur et à mesure que les modes amiables de résolution des différends étaient mieux connus (CÂMARA; GUIMARÃES, 2018). Dans le système juridique brésilien, depuis 2005, la loi sur les concessions (loi n ° 8.987/1995) autorise expressément le recours à des mécanismes privés pour résoudre les litiges découlant des contrats régis par cette législation. Dans le même sens, la loi des partenariats public-privé (article 11, III de la loi n ° 11.079 / 2004) contient la même disposition.

Les premiers travaux au Brésil avec la présence de commissions de règlement des différends a été la ligne 4 du métro de São Paulo. Le financement de la Banque Internationale pour la reconstruction et le développement - la BIRD a imposé comme exigence, la prévision d'arbitrage et aussi la formation d'une commission dans le modèle *DB* américain (JOBIM; RICARDINO; CAMARGO, 2016). Le paragraphe 5 de l'article 42 de la loi nº. 8666/93, qui traite des appels

d'offres et des contrats relevant de la compétence de l'administration publique, autorise ce type d'exigence des agences de financement.

Le travail a été divisé en trois lots, à savoir: « Paulista », « Pinheiros » et « Vila Sônia Yard »[52] et le Comité a agi dès la première étape. Le comité de révision de litige a été créé en 2004, dix mois après la signature du contrat, pour suivre l'exécution, analyser les documents et proposer des solutions aux éventuels conflits qui pourraient survenir au cours de cette relation juridique. Ce comité était composé de trois membres: un choisi par le Metrô, un autre par les consortiums et le troisième nommé par ces deux pour être le président du Conseil. Ces trois professionnels étaient des ingénieurs civils et leur objectif principal était d'éviter l'arrêt de travaux. (REVISTA DE ENGENHARIA, 2014, p. 37).

Au cours de la phase un, qui s'est déroulée de 2004 à 2015, la Commission a analysé onze différends. La séquence des travaux s'est déroulée selon les étapes suivantes: vérification de la documentation, c'est-à-dire des conditions générales et particulières du contrat. Ensuite, la Commission a enquêté sur la configuration du conflit entre les parties et si elles avaient tenté de résoudre le problème à l'amiable.

Postérieurement, les parties ont été invitées à présenter les faits et leurs arguments par écrit, ainsi que la documentation supplémentaire relative à cette circonstance (FERNANDES, ob. Cit., P. 133). Une fois ces informations communiquées, le comité a engagé une procédure d'audience de conciliation et a appelé les contractants à participer.

Dans ce contexte, le Conseil, à sa discrétion, pourrait demander l'avis d'experts indépendants pour l'aider à formuler des recommandations sur un sujet. La décision n'a été prise qu'après l'analyse de tous les documents et circonstances qui impliquaient la question et devrait être fondée sur les dispositions contractuelles. Si l'une des parties n'était pas

52 Contrat pour la construction complète des travaux n ° 4130121201 - Réalisation complète de la ligne 4 jaune du métro de São Paulo - Lot 1 - Paulista; Contrat pour la construction complète de l'ouvrage n ° 4130121202 - Réalisation complète de la ligne 4 jaune du métro de São Paulo - Lot 2 - Pinheiros; Contrat pour la construction complète des travaux n ° 4130121203 - Achèvement de la mise en œuvre de la ligne 4 jaune du métro de São Paulo - lot 3 - cour Vila Sônia (FERNANDES, 2019, p. 125).

d'accord avec la recommandation du Conseil, elle devrait en informer afin de pouvoir faire appel à l'arbitrage.

La première intervention de la Commission a eu lieu en 2006, en raison de retards dans le calendrier du projet. En 2009, elle a été appelée à commenter un problème lié au fonctionnement des systèmes et l'année suivante a eu un conflit concernant les délais de réalisation du projet. En 2011, le Comité a émis des recommandations dans deux autres cas. En 2012, le Conseil a reçu six demandes d'intervention: deux sur le sujet des taxes fédérales et les autres sur l'investissement financier dans la construction (Ibid., p. 135).

Plus récemment, des comités de règlement des différends étaient prévus dans trente-cinq contrats internationaux liés aux Jeux olympiques et paralympiques qui ont eu lieu à Rio de Janeiro en 2016 (MIERS, 2015). Mais ce n'est qu'en 2018 que le Brésil a commencé à avoir une réglementation sur le sujet par la législation municipale. La Loi nº. 16.873 de la municipalité de São Paulo a permis aux comités de prévention et de règlement des différends de régler les conflits liés aux droits patrimoniaux dans les contrats de l'administration.

Les commissions peuvent avoir un caractère de révision (recommandations non contraignantes), une nature juridictionnelle (décisions contractuelles contraignantes) ou hybride. Il appartient au demandeur d'établir sa compétence en matière de révision ou de décision, conformément au contrat administratif.

La loi prévoit également que la composition de comité sera effectuée par trois professionnels, de préférence deux ingénieurs et un avocat. Le législateur a également fixé une limite légale pour l'installation de ces comités, qui sera de trente jours après la conclusion du contrat. Les membres de ce conseil doivent respecter les principes d'impartialité, d'indépendance, de compétence et de diligence dans leur performance.

La municipalité de São Paulo a innové une fois de plus en instituant une Politique de Judiciarisation dans le cadre de l'Administration Publique Municipale avec la Loi nº. 17.324/2020. La législation prévoit des critères de transaction plus définis et consensuels au sein du gouvernement municipal; ce qui donne une plus grande sécurité

juridique à tous les agents qui participent à la rédaction de ces accords.

L'administration de la ville de São Paulo dispose des instruments suivants pour le règlement des différends: médiation, arbitrage et transactions. Le Pouvoir Exécutif municipal est également autorisé à créer une chambre de prévention et de solution des conflits.

III. *INSTITUTIONS BRÉSILIENNES DES DISPUTES BOARDS*

Certains centres de médiation et d'arbitrage du Brésil ont prévu le *dispute board* dans leurs règlements, tels que la *Câmara do Instituto de Engenharia de São Paulo* et la *Câmara de Mediação de Arbitragem do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia de Minas Gerais* – CREA-MG.

L'*Instituto de Engenharia*, dont le siège est à São Paulo, a une tradition de promotion des modes amiables de résolution des conflits, après avoir créé sa Chambre de médiation et d'arbitrage en 1999. L'Institution promeut également des cours et des conférences sur ce sujet.

Le règlement de L'*Instituto de Engenharia* prévoit trois types de comités de règlement des litiges: réviseur; exécutif et mixte (article 1.2). Le premier émet des recommandations sur les différends qui lui sont soumis. Le conflit peut être définitivement réglé par l'arbitrage, si les parties en conviennent, ou, en l'absence de convention, par le pouvoir judiciaire si: (i) l'un des contractants notifie par écrit son désaccord ; (ii) la recommandation ne sort pas dans les délais; ou (iii) le comité de révision est dissous, aux termes du règlement, avant d'émettre sa recommandation. Il convient de mentionner que si la décision judiciaire n'est pas rendue, le respect de la recommandation n'est qu'une faculté.

Le comité exécutif rend des décisions sur les litiges qui lui sont soumis. Les parties peuvent faire appel à l'arbitrage ou au pouvoir judiciaire, mais elles doivent se conformer à la décision jusqu'à ce que le tribunal arbitral ou le pouvoir judiciaire en décide autrement.

Le comité mixte est chargé d'émettre des recommandations sur les controverses qui lui sont soumises, ainsi que de rendre des décisions, à la demande des contractants. En cas d'opposition d'une des parties à la prise de décision, ce conseil décidera de la nécessité d'une décision

basée sur les critères suivants (article 5.2.1): urgence de la situation et autres considérations pertinentes, afin de éviter une perte matérielle ou une blessure à l'une des parties; éviter l'interruption de l'exécution du contrat; et pour la conservation des preuves.

Le comité sera formé obligatoirement par deux ingénieurs et un avocat qui, en règle, occupera le poste de président de celui-ci (article 6.1). Le réglementation prévoit également la possibilité de corriger ou de clarifier la recommandation ou la décision par le comité lui-même ou à l'initiative d'une des parties.

Certains conseils régionaux d'ingénierie et d'agronomie – *Conselhos Regionais de Engenharia e Agronomia* - ont créé leur propre chambre de médiation et d'arbitrage. En ce sens, le CREA de Minas Gerais dispose également d'un règlement spécifique pour les *dispute boards*, et le profil est très similaire à celui de *l'Instituto de Engenharia*.

CONCLUSIONS

L'expansion des commissions de règlement des différends au Brésil, ces dernières années, rend nécessaire la consolidation et le suivi de ce mode de résolution amiable des conflits. L'institut, encore peu connu au Brésil, a fait la différence dans des projets d'envergure, comme sur la ligne 4 du métro de São Paulo et dans le cadre des Jeux Olympiques de 2016 à Rio de Janeiro, grâce à un effort collectif entre avocats et ingénieurs.

Il convient de souligner que tant le pouvoir public et le secteur privé partagent le rôle de premier plan dans la diffusion des *dispute boards* dans le pays. L'attente est que de plus en plus d'entités investissent dans ce mode, en particulier en ce moment de pandémie, lorsque la crise économique a tendance à avoir un impact sur une série de contrats en cours.

RÉFÉRENCES

BRAINE, Andy. The Use of Dispute Boards in Construction. Faithful Gould, 8 novembre 2016. Disponible en < https://www.fgould.com/uk-europe/articles/use-dispute-boards-construction/> consulté le 15 juin 2020.

CMA-IE. Histórico. Histórico. Conheça nossa história. Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia-CMA-IE. Disponible en < https://www.cma-ie.org.br/1/sobre> consulté le 23 juin 2020.

CÂMARA, Flávia; GUIMARÃES, Leonardo. Dispute board: o método de solução de conflitos que vem ganhando espaço no Brasil. Os dispute boards foram inseridos no âmbito brasileiro, em grande parte, como consequência de imposições do Banco Interamericano de desenvolvimento e do Banco Mundial, que exigem essa prerrogativa para financiamentos de obras de infraestrutura. Portal Migalhas, 24 août 2018. Disponible en < https://www.migalhas.com.br/depeso/286212/dispute-board-o-metodo-de-solucao-de-conflitos-que-vem-ganhando-espaco-no-brasil> consulté le 13 juin 2020.

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. Lei nº. 16.873 de 22 de fevereiro de 2018. Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. Disponible en < http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf> consulté le 27 juin 2020.

CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. Lei nº. 17.324 de 18 de março de 2020. Institui a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta. Disponible en < https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2020/1733/17324/lei-ordinaria-n-17324-2020-institui-a-politica-de-desjudicializacao-no-ambito-da-administracao-publica-municipal-direta-e-indireta> consulté le 27 juin 2020.

CMA/CREA-MG. Regulamento Comitê de Resolução de Disputas. Disponible en < http://cma.crea-mg.org.br/wp-content/uploads/2019/09/CMA-Regulamento-Comitê-de-Resolução-de-Disputas-CRD-1.pdf> consulté le 28 juin 2020.

CHERN, Chern. **Chern On Dispute Boards: Practice and Procedure**. 3ed. Abingdon: Informa Law, 2015**.**

DISPUTE boards, uma nova opção para conflitos na construção. Revista de Engenharia, 2014, p. 37. Disponible en <http://www.brasilengenharia.com/portal/images/stories/revistas/edicao_621/621_div_04.pdf> consulté le 21 juin 2020.

DRBS. Regulamento do Comitê de Solução de Controvérsias. Comitê de Solução de Controvérsias (CSC) ou Dispute Resolution Boards (DRBs). Disponible en < https://www.cma-ie.org.br/18/regulamento-de-csc> consulté le 28 juin 2020.

FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil. Dissertação (Mestrado) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil. São Paulo, 2019, 328p.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Dispute Boards Rules. The current ICC Dispute Board Rules are in force as of 1 October 2015 and the Appendices in force as from 1 October 2018. Disponible en < https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/> consulté le 16 juin 2020.

JOBIM, J. P.; RICARDINO, R.; CAMARGO, R. A. A Experiência Brasileira em CRD: O Caso de Metrô de São Paulo. In: CRD - Comitê de Resolução de Disputas nos Contratos de Construção e Infraestrutura. São Paulo: PINI, 2016. pp. 169–191.

KEATING CHAMBERS. **Construction Dispute Resolution Handbook**. 2ed. London: ICE, 2011.

MARCONDES, Antonio Fernando Mello. **Os Dispute Boards e os Contratos de Construção**. In: Construção CIVIL E DIREITO. 1. ed. São Paulo/Porto Alegre: Lex Magister, 2011. p. 123–148.

MIERS, Christopher. Real Time Dispute Resolution in Rio de Janeiro…Since you Cannot Delay the Olympic Games. Kluwer Arbitration Blog, 25 mars 2015. Disponible en < http://

arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/25/real-time-dispute-resolution-in-rio-de-janeiro-since-you-cannot-delay-the-olympic-games/?doing_wp_cron=1593310083.2432529926300048828125> consulté le 27 mars 2020.

OLIVEIRA, Lucas Sávio; SANTORO, Carolina. Os dispute boards e os contratos de construção e infraestrutura. Consultor Jurídico, opinião, 3 juin 2017. Disponible en < https://www.conjur.com.br/2017-jun-03/opiniao-dispute-boards-contratos-construcao-infraestrutura#_ftn4> consulté le 27 mars 2020.

OWEN, Gwyn; TOTTERDILL, Brian. **Dispute Boards: procedures and practice**. London: Thomas Telford Publishing, 2008.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponible en < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> consulté le 27 mars 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Carolina Sampaio de. Análise Crítica das cláusulas dispute board: eficiência e casos práticos. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 18 - n. 2 - pp. 224-239 / mai - aôut 2013.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os dispute boards no direito brasileiro. Revista Direito Mackenzie, v. 9, n. 2, pp. 129-159, 2015.

SANTOS, Carolina Mallmann Tallamini dos. Dispute boards: maximização da eficiência no procedimento pré-arbitral em contratos de construção. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 56, pp. 243 – 261, Jan - Mar 2018.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute boards: meio de prevenção de controvérsias**. São Paulo: Arraes, 2016.

TALPIS, Jeffrey A. Prevenção de disputas decorrentes de contratos internacionais. Tradução de Giovani Ribeiro Rodrigues Alves e

Caroline Sampaio de Almeida. Revisão de Marcia Carla Pereira Ribeiro. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (Coord.). **Direito e desenvolvimento: Biomedicina, Tecnologia e Sociedade Globalizada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

University College of Estate Management (UCEM). Dispute Resolution Boards. Designing Buildings Wiki, 30 octobre 2019. Disponible en <https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Dispute_resolution_boards> consulté le 13 juin 2020.

O USO DA FORÇA COMO AUTODEFESA NA "GUERRA AO TERROR"

Camilla Alves Trotta

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a viabilidade do uso da força como forma de autodefesa no âmbito da Guerra ao Terror, à luz dos dispositivos 2 (4), 51 e Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

O escrito tem como bases doutrinárias bibliografias especializadas que serão oportunamente citadas.

Dotado de muitas controvérsias, o assunto rompe com os limites da Guerra ao Terror, sendo uma discussão relevante para todo o desenho do Direito Internacional contemporâneo.

Ressalte-se que a abordagem de enfrentamento aos conflitos recebe especiais contornos com os adventos provenientes do processo de globalização. É nesse sentido que a Organização das Nações Unidas produz seu documento máximo, atentando ao esforço pela estabilidade das relações internacionais, de modo a evitar ameaças aos Estados — membros. É o que rege no item 4 do art. 2.

O tema lida com curvas sinuosas frente ao cenário hodierno de exponencial disseminação das ações terroristas, em especial após o atentado de 11 de setembro de 2001 ao World Trade Center, provocando discussões sobre divergências doutrinárias quanto ao limite da

autodefesa, o que surge com base no disposto pelo artigo 51 do supracitado dispositivo.

Sob essa perspectiva, a doutrina Bush, ao defender a proposta do amplo direito à autodefesa, traz para a discussão ao palco das relações internacionais. Tendo em vista a evolução bélica desde a redação da Carta, seria o artigo 51 meramente exemplificativo ao citar a expressão "ataque armado"? Em caso positivo, como tal situação influenciaria o contexto do uso da força frente ao terrorismo? Quais seriam os limites para estabelecimento de situação de risco iminente? São respostas que buscam ser respondidas pelo presente estudo.

DESENVOLVIMENTO

1. Lei e uso da força

Christine Grey abre sua obra "International Law and the use of force" abordando a política de de Guerra ao Terror que se instaura por meio de conflitos no Iraque e Afeganistão no pós onze de setembro de 2001, o fatídico dia do ataque ao World Trade Center e ao Pentágono. A guerra ao terror é tida como a guerra do novo século; questões relativas ao como tal nomenclatura atua como legitimação de repressão doméstica, gastos militares, criação de bases pelo mundo e imposição de pressão em alguns estados, por exemplo, são problemáticas que merecem especial aprofundamento, para além do que trago no presente estudo [1].

O Presidente Americano George W. Bush enunciou que a Guerra ao Terror é um empreendimento Global de duração incerta, se em tradução literal. Temos que o termo guerra ao terror não é técnico do ponto de vista jurídico, posto que glorificaria os criminosos e exageraria na ameaça que eles significam e, mais ainda, distorceria a imagem do conflito, tal qual ocorrera durante a Guerra Fria (GREY - 2008).

Alguns líderes citam a guerra ao terror como frente a um único inimigo. Nesse momento temos a questão do uso da força como um advento útil, ou não, no combate ao terrorismo. Há de se notar que em casos como o do Afeganistão e Iraque não sugerem efetividade no uso da força. Os Estados Unidos da América iniciaram a "Operation

Enduring Freedom" no Afeganistão, que continua até o momento que a autora, Chistine GREY, produz o livro, 2008. O Presidente dos Estados Unidos da América à época, Bush, aborda o "eixo do mal", que seria Iran, Iraque e Coreia do Norte como ameaça ao seu país, ao passo que produziriam armas químicas, biológicas ou nucleares para atacar os Estados Unidos da América ou para fornecer aos terroristas que os atacariam.

Os Estados Unidos da América em 2002 instituem a "National Security Strategy", que incluía a doutrina da autodefesa preventiva, em 2006 o mesmo foi reafirmado pelo comportamento dos Estados Unidos. Frente a liberdade duradoura da ação, em tradução literal de operation enduring freedom, e sua aceitação pelos Estados, o direito de agir militarmente contra o Iraque foi largamente contestado. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas falara contra o uso de força enquanto o Conselho de Segurança estava dividido. Mesma forma, os Estados não possuíam opinião pacífica, dessa forma alguns eram a favor outros contra.

Em 2002 Bush discursa para a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas com um desafio. Diz que o regime iraquiano é uma ameaça a autoridade da Organização das Nações Unidas e à paz. O Secretário Geral, após a invasão no Iraque citou uma bifurcação na estrada ao dizer que o momento é não menos importante que a criação da Organização das Nações Unidas em 1945. Entendeu-se que quando os Estados ficam além da autodefesa decidem pelo uso da força em ameaças à margem daquele conceito (de autodefesa) eles precisam de legitimação dada pela Organização das Nações Unidas, esse entendimento não é mais possível tendo em vista as armas de destruição em massa. Transcrevo aqui trecho relevante.

> 'According to this argument, States are not obliged to wait until there is agreement in the Security Council. Instead they reserve the right to act unilaterally, or in ad hoc coalitions. This logic represents a fundamental challenge to the principles on which, however imperfectly, world peace and stability have rested for the last fifty-eight years.

O Secretário Geral publicou diversos documentos, entre eles o relatório "A more secure World" (2004), "In larger freedom" (2005) e outro em preparação para a cúpula mundial de 2005. Como resultado aos documentos teve que não fora necessária nenhuma mudança nos termos da Carta da Organização das Nações Unidas quanto ao uso da força. O art. 2(4) e o art 51o (direito de legítima defesa) e o Capítulo VII (ação coletiva contra novas ameaças). Autores como FRANCK (1970) sentem pelo fim do art. 2(4) enquanto outros comemoram o fim desse, bem como as mudanças na lei da autodefesa, intervenção e mudança regimental, como WEDGWOOD (2003-2004). Entra uma questão quanto aos Estados Unidos da América como ameaça contestando o sistema da Organização das Nações Unidas e norma jurídica existente ou se está dentro do sistema, de forma a manipular as regras para o seu fim. Estariam os Estados Unidos da América, portanto, agindo de forma multilateral para o interesse da comunidade internacional ou reivindicando direitos especiais exclusivos a superpotência por ele exercida?

2. Proibição do uso da força

Quanto a disposição legal que temos proibindo o uso da força, aponto o artigo 2 (4) da Carta da Organização das Nações Unidas, in verbis:

> "Artigo 2.4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas." [3]

A Carta da Organização das Nações Unidas afasta o Direito Internacional Consuetudinário quanto ao uso da força. O modelo da Carta diverge do da Liga das Nações e fornece nos arts. 2 (4) e 51 nova forma de expressão de regulamentos basilares.

> "Artigo 51: Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer

> um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais."

As disposições dos supracitados arts. 2(4) e 51 são respostas diretas ao ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial. A partir dos artigos acima, a doutrina se partiu entre se a proibição ao uso da força incluiria outros casos como o direito da autodefesa, por exemplo. A bifurcação doutrinária ocorrera no contexto da Guerra Fria e do processo de descolonização. Temos firmado o conflito entre divergências sobre o entendimento da Carta como permitindo o uso da força para promover ou restaurar democracia e promover respostas a ataques terroristas, por exemplo, e quanto a atribuição do Conselho de Segurança sobre o exercício do controle sobre o uso da força.

É central analisar a possibilidade estatal de interpretar a Carta. A questão central é entender-se que a Carta é passível de interpretação com base na prática dos Estados e quanto ao alcance da proibição do art. 2(4).

3. Autodefesa

Autodefesa, ou legítima defesa, ganha especiais contornos com a "doutrina Bush", relativamente recente. Tal doutrina impusera a autodefesa preventiva. Mais ainda, o debate do uso da força se faz presente nesse contexto: é possível utilizar a força em legítima defesa para responder a ataques terroristas, por exemplo? A partir do trágico evento de 11 de setembro de 2001 reavaliou-se o uso da força contra o terrorismo, como se verá a seguir.

O artigo 51 evidencia o princípio da autodefesa. Contudo, esse direito é limitado, como aponta sua segunda parte:

> "As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer elemento, a ação que

> julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais" [3]

A noção de legítima defesa pressupõe ataque armado, mas com a evolução bélica deve-se compreender de modo mais amplo como qualquer ato que tenha por efeito prejudicar e causar dano ao Estados e seus elementos fundamentais. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovara listagem que tipifica de modo exaustivo os casos que o uso da força não é permitido frente ao novo paradigma do Direito Internacional dos Conflitos Armados, in verbis:

> - " a invasão ou o ataque por forças armadas de um Estado sobre o território de outro Estado, incluindo a ocupação militar e a anexação;
>
> - - o bombardeamento por forças armadas de um Estado do território de outro Estado, incluindo o emprego de quaisquer armas; - o bloqueio dos portos ou das costas de um Estado pelas forças armadas de outro Estado;
>
> - o ataque por forças armadas de um Estado contra as forças armadas terrestres, navais ou aéreas de outro Estado, bem como contra a sua frota mercante;
>
> - o uso das forças armadas localizadas no território de outro Estado sem consentimento deste ou o prolongamento da sua presença sem esse consentimento;
>
> - a permissão dada por um Estado de utilizar o seu território para empreender uma ação armada contra um terceiro Estado; e
>
> - o envio de grupos ou bandos armados por parte de um Estado, ou em seu nome, praticando atos armados de gravidade equiparada à dos atos anteriormente referidos." [4]

Mais ainda, para configurar-se legítima defesa deve-se ter situação de risco atual ou iminente, nessa última é difícil classificar limites para a justificação da legítima defesa. Quanto aos efeitos da legítima defesa,

cite-se a aplicação do uso da força com o objetivo de evitar ataques que estejam em fase de planejamento. Aqui divide-se em subjetiva, objetiva e procedimental.

É importante notar que em diversos casos é de extrema dificuldade a identificação dos limites da legítima defesa e legalidade no uso da força, como em casos da Corte Internacional de Justiça, e. g., Camarões vs. Nigéria (2002), plataformas petrolíferas iranianas (2003) e atividades armadas no território do Congo (RDC/ Uganda) (2005). O Conselho de Segurança comumente não faz determinações legais quanto a questão, mas sim se pronunciam por cessar-fogo, como ocorrido no conflito de 1998 - 2000 Etiópia vs. Eritreia.

Temos explícito conflito acadêmico acerca do assunto, uma vez que doutrinadores divergem acerca da interpretação do dito artigo no 51 da Carta das Nações Unidas. Quem apoia o amplo direito de autodefesa, para mais até do que resposta a ataque ao seu território diz que o art. 51 da Carta das Nações Unidas preserva os direitos anteriores a ela, nesse sentido a mesma Carta seria tida como não afastando o direito de tipo consuetudinário anterior ao direito internacional de autodefesa. A Carta das Nações Unidas não afasta direitos dos Estados se não o faz por disposição expressa, dessa forma, argumenta-se que quando fora produzida a Carta, tinha amplo direito consuetudinário que cercava a questão da autodefesa. Contrária corrente argumenta pela cristalinidade do artigo 51 da Carta ao ter que o direito de legítima defesa surge com um conflito armado, sendo esse direito uma exceção a proibição do uso da força constante no artigo 2.

4. Uso da força contra terrorismo

Primeiro, faz-se necessário fazer um panorama geral sobre o onze de setembro de 2001. Esse atentado configura-se como ataque terrorista organizado pela Al-Qaeda, no qual dezenove terroristas embarcaram em quatro voos das empresas American Airlines (voo 11, atingiu a Torre Note, e 175, atingiu a Torre Sul) e United Airlines (voo 77, atingiu o Pentágono, e 93, que caiu antes de atingir o Capitólio). Tais ataques levam a nova avaliação da lei sobre legítima defesa. Os Estados Unidos da América apontam para a política de uma guerra específica contra um inimigo diferenciado, o que se desenharia na guerra ao ter-

ror. Existem questionamentos quanto a mudança da lei sobre uso da força não ser advinda dos ataques.

Com o ataque orquestrado pelo grupo extremista Al-Qaeda, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas e a Assembleia Geral aprovam textos por unanimidade para condenar tais ataques. [5] A resolução de número 1.368 do Conselho de Segurança tacitamente cita a aprovação do direito de defesa aos ataques terroristas. Pela primeira vez é utilizado o artigo 5o da OTAN tendo em vista que o ataque aos Estados Unidos da América significaria ataque a todos os Estados membros do grupo, eles, destarte, agiriam em legítima defesa coletiva. A OEA também decidiu pela autodefesa coletiva.

Foi exigido pelos Estados Unidos da América a retirada dos campos de treinamento da Al-Qaeda, rendição de seus membros e de Osama Bin Laden. Contudo, houve a recusa pelo Talibã dando início a Operação Liberdade Duradoura, dos Estados Unidos da América com Apoio da França, Alemanha, Austrália e Canadá. Logo no co- meço da ação os Estados Unidos da América e o Reino Unido apontam para o Conselho de Segurança que estão agindo em autodefesa individual e coletiva, fazendo-se valer do art. 51. A União Europeia declarou apoio a operação, apontando a conformidade com a Carta da ONU e o Conselho de Segurança, resolução 1368.

Christine GREY disserta que não se tem certeza quanto se esses eventos mudaram o paradigma da lei de legítima defesa ou se deve ser interpretados apenas no caso da Operação Liberdade Duradoura, como resposta pontual a uma afirmação do Conselho de Segurança de aceitação majoritária pelos Estados. Continua trazendo que após o 11 de setembro se mantém a falta de clareza no que tange ao direito do uso da força em legítima defesa contra terrorismo, na dita guerra ao terror, e se esse direito poderia ser aplicado de forma unilateral. O uso da legítima defesa como justificativa ao uso da força foi raramente feita antes do 11 de setembro.

5. Ataques posteriores ao 11 de setembro

Outros casos de ataques terroristas foram registrados após o onze de setembro e diversos foram atribuídos a Al-Qaeda, contudo, as res-

postas internacionais não envolveram o uso de força. O Conselho de Segurança, como resolveu em 1368, de 2001, e 1373, de 2001, que tais atos foram tidos como ameaças a paz internacional e segurança, mas não fizera referência expressa ao Capítulo VII, muito menos fez menção ao direito de legítima defesa em relação aos demais ataques terroristas - o foco na guerra ao terror tem sido meios pacíficos de resolução. Em 2002, por meio da Resolução nº1438 repeliu ato que fora entendido como terrorismo nacional, com ameaça à paz e segurança internacional, não fizeram, todavia, referência a legítima defesa, mas apenas dissertaram sobre "determinação forçada de combater as formas de terrorismo, de acordo com suas responsabilidades na Carta da Organização das Nações Unidas". Outras resoluções tratam com similaridade, por exemplo a Resolução 1440 (2002) que condena o ato de manter reféns em Moscou, a de no 1465 (2003) sobre ataque a bomba na Colômbia, a de no 1530 (2004) sobre atentado a Madri e de no 1611 (2005) sobre as bombas de Londres seguiram com o mesmo padrão.

Na Resolução de número 1456, de 2003, o Conselho de Segurança se limita a mencionar meios pacíficos, sem demonstrar aproximação com legítima defesa. A estratégia global de combate ao terrorismo adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 2006 segue mesma linha. É, destarte, significativa a falta de apontamentos a aplicação de legítima defesa para justificar usos de força. GREY (2008) aponta ainda que pode ser lido de forma que a legitimidade do uso da força seja excepcional aos atos passados e que, hodiernamente, se restrinjam aos casos de ataque a território não nacional, isto é, no exterior.

6. Organização das Nações Unidas e decisões sobre o uso da força

Temos que após o atentado de onze de setembro o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas mostrou-se mais ativo, tanto quanto ao uso, tanto quanto a autorização do uso da força do que em outros momentos da sua história, entretanto, tais atividades pouco se relacionam com o tipo originário da Carta. Houve acréscimo no número de missões de paz, as quais ocorreram sem disposição explícita

de manutenção a Carta. Houve, ademais, a autorização a membros, ressalte-se, Estados Unidos da América, ao uso de força contra, no exemplo citado, contra o Iraque e Iugoslávia, Somália e outros Estados; operações de teor diferente do estabelecido originalmente.

Os redatores da Carta das Nações Unidas desejavam proibir o uso unilateral de força pelos Estados, por meio do artigo 2 (4), mas também por nas mãos do Conselho de Segurança o controle do uso da força, como explícito no Capítulo VII[6]. Grey cita que o plano inicial seria o de o Conselho de Segurança ter seu próprio exército permanente para os casos de ameaça à paz, violações de paz ou atos de agressão - tal exército nunca ocorrera, os Estados não fizeram acordos para fornecer tropas à Organização, como cita o art. 43. A função do Conselho de Segurança não fora plenamente executada no período da Guerra Fria, uma vez que não conseguiu manter a paz e segurança, como consta no art. 24, ou seu poder de tomar decisões nos Estados membros, disposto no art. 25, uma vez que o veto dos cinco membros permanentes quase não deixaram que essa última ocorresse. O veto dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança sob o no 3 do artigo 27 foi utilizado 279 vezes entre 1945 e 1985; de 1946 até 1970, era quase exclusivamente a URSS, que impediu a adoção de resoluções pelo Conselho de Segurança. Em 1970, os EUA fizeram seu primeiro veto, e a partir de então veio substituir a URSS como o principal usuário do veto[7]. Conselho de Segurança, durante a Guerra Fria, fora rara e, quando ocorreu se deu de forma flexível e não formalista, não indicando qual art. da Carta das Nações Unidas os embasava. Com o fim da Guerra fria, houve redução no uso do veto e aumento da atividade do Conselho de Segurança.

III. CONCLUSÃO

É fato, após toda a exposição anterior, que a questão dos atentados terroristas de setembro de 2011 trouxeram à baila uma questão de suma importância na esfera internacional, isto é, como deve ser feita a repressão ao terrorismo com base nas disposições do direito internacional. Não se pode transformar tais atos nefastos em justificativa para xenofobia contra os muçulmanos.

A urgência evidenciada pelo atentado ressalta a necessidade de regulação internacional para regular o uso da força nos casos de situação de ataque. Dever-se-ia atentar, ademais, para as decisões de matéria votadas na Organização quanto ao mérito em questão. A regulação internacional da matéria depende do esforço do Comitê de Combate ao Terrorismo (CCT), criado pela Resolução n. 1373 (2001, pós atentado) e, outrossim, ao adicionado pela Resolução n. 1535 (2004) que lhe dá direção executiva para combater tal problema. Em abril de 2005 cria-se a Convenção Internacional para a Repressão de Atos de Terrorismo Nuclear; no mesmo mês se estabelece, por meio da Resolução n. 1540 a Comissão que ficaria responsável pelos assuntos relativos aos "agentes não estatais e armas de destruição em massa", tal comissão se juntara a outras, e. g. a Comissão de Sanções contra a Al-Qaeda e o Talibã (Resolução n. 1.267/99) e a Comissão Antiterrorismo (Resolução n. 1.373/01 previamente citada). No Brasil os atos terroristas são previstos pelo art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei no 7.170/83), segue suas relações internacionais com base nisso (art. 4o, VIII CF/88) e cita que não são passíveis de graça ou anistia pelo art. 5o, XLIII CF/88, encontrando-se, também, no texto da Lei 8.072/90 que trata dos crimes hediondos pelo art 2o, I e II.

ACCIOLY (2012) aponta que a dificuldade não é a criação de normas, mas sim a vontade política para tal, como decidido em obra do grupo de trabalhos sobre "Aspectos Jurídicos do Terrorismo Internacional" em Haia (1988), que definiu a primazia de regras claras e sem exceções para combater o terror. Tendo a concordar com o grupo de trabalho quanto a regulação haja vista primazia de segurança normativa internacional.

Adiciono minha visão contra o uso da força até os as últimas instâncias. Note-se, é importante ressaltar que o objetivo de qualquer ordem jurídica, conceito que manifesto minha total concordância, é o de buscar o bem comum pela ordem e estabelecimento de regras que regulem a convivência, inclusive apontando para a necessidade inevitável de ponderação de valores, situação na qual me posiciono quanto a primazia do valor da vida sobre qualquer outro.

Muito interessante posicionamento de Cachapuz de Medeiros, transcrito por Mazzuoli, que diz que a "imperiosa luta contra o terroris-

mo não pode ser conduzida às expensas do devido processo legal, do respeito aos direitos humanos e às liberdades civis", sendo certo que qualquer "sacrifício das liberdades fundamentais no combate ao terrorismo, ao dar margem a atos arbitrários ou discriminatórios, representaria um retrocesso que viria ao encontro dos interesses dos grupos terroristas". Creio que meu posicionamento fica bem próximo ao do doutrinador.

Finalmente, sigo a ideia de que o recurso à força só poderá ser aplicada nos casos de autodefesa realizada contra ataques que ocorreram e em caso de autorização pelo Capítulo VII do Conselho de Segurança visando responder a ameaças à paz e segurança internacionais. Não creio que tal posicionamento tenha teor proibitivo e irrealista uma vez que o uso indiscriminado da força terá consequências ainda mais nefastas que o proibicionismo.

Tem-se melhor guardado o poder do uso da força, como dado originalmente pelos redatores da Carta das Nações Unidas, com o Conselho de Segurança. Reitero meu posicionamento de forma de interpretar o art. 51 da Carta das Nações Unidas que trata, inclusive, sobre a primordialidade de comunicação de qualquer ato cometido em legítima defesa de forma imediata ao Conselho de Segurança, de forma a controlar qualquer uso que ocorra de forma desordenada e tomar as medidas cabíveis, mantendo tal poder de decisão sempre, inevitavelmente, nas mãos do Conselho de Segurança.

Contudo, inclino para a necessidade de criação regulatória da matéria para suscitar o debate de forma a gerar estabilidade nas relações internacionais. Aponto, como último teor desse trabalho, para a imprescindibilidade dos grupos de trabalho e comissões especializadas em determinar os rumos das normativas. É de vital para o funcionamento do sistema internacional que as normas e decisões sejam feitas com base em estudos e fundamentação tida por pesquisadores especializados no assunto.

8. Notas

[1] Megret. "War? Legal Semantics and the Move to Violence" apud Gray, Christine, International Law and the use of force. Oxford University Press, 2008, p. 1.

[2] Ib, Ibid., 2008, p. 3. Em tradução livre:

"De acordo com esse argumento, os Estados não são obrigados a esperar até que haja um acordo no Conselho de Segurança. Em vez disso, eles se reservam o direito de agir unilateralmente ou em coalizões ad hoc. Essa lógica representa um desafio fundamental para os princípios nos quais, embora imperfeitamente, a paz e a estabilidade mundiais descansam nos últimos cinquenta e oito anos."

[3] Carta das Nações Unidas – ONU, 1945

[4] Assembleia Geral Resolução 3314. (XXIX). In: rua 29 (1), 1974. p. 143.

[5] Cf. Murphy, 'Contemporary Practice of the United States" relativa ao direito internacional , 96 AJIL (2002) 237 e Keesings (2001) 44333, 44391.

[6] No Capítulo VII da Carta da ONU, veja Simma (ed.), A Carta das Nações Unidas: A Commentary (2a ed., 2002), 701; Cot e Pellet (eds), La Charte des Nations Unies (1991). O artigo 2o, no 7 da Carta das Nações Unidas estabelece que a aplicação de medidas coercitivas no Capítulo VII não será prejudicado pelo princípio de que a ONU não deve intervir em assuntos essencialmente dentro da jurisdição interna dos estados. Apud GRAY, Christine, ibid. 2008.

[7] Cf. Patil, O Veto da ONU em Assuntos Mundiais (1992); Sennenfeld, Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas (1988), 43-52; Bailey e Data, O Procedimento do Conselho de Segurança da ONU (3a edn, 1998), 226. Apud Gray, ibid. 2008.

9. Referências Bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando, et al., Manual de Direito Internacional, 2012.

Carta da Organização das Nações Unidas; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decr eto/1930-1949/d19841.htm (último acesso em 19 de maio de 2020).

Estatuto da Corte Internacional de Justiça; https://www2.camara.leg.br/atividade-leg islativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-human os-e-politica-externa/EstCortIntJust.html (último acesso em 19 de maio de 2020).

FRANCK, 'What happens now? The UN after Iraq', 97 AJIL (2003) Franck had already asked 'Who killed Article 2(4)?', 64 AJIL (1970) 809.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. O uso da força no Direito Internacional Público. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 107, pp.149-200, Belo Horizonte. (2013).

GREY, Christine. International law and the use of force, Oxford University Press (2008). MAZZUOLI, Valério de OliveiraCurso de Direito Internacional Público (2015). MEGRET. 'War? Legal Semantics and the Move to Violence'.

Patil, O Veto da ONU em Assuntos Mundiais (1992); Sonnenfeld, Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas (1988), 43–52; Bailey e Daws, O Procedimento do Conselho de Segurança da ONU (3a edn, 1998), 226.

PEREIRA; QUADROS, 1993, p484, GOUVEIA, 1998, II, p. 781 et seq. e QUADROS; GOU- VEIA, 2002, pp. 37-38. Simma (ed.), A Carta das Nações Unidas: A Commentary (2a ed., 2002), 701; Cot e Pellet (eds), La Charte des Nations Unies (1991).

WEDWOOD, 'The Fall of Saddam Hussein: Security Council mandates and pre-emptive self-defense', 97 AJIL (2003) 576; Stromseth, 'Law and Force after Iraq—A Transitional Moment', 97 AJIL (2003) 628; Yoo, 'Using Force' 71 University of Chicago LR (2004) 729.

ACESSO À JUSTIÇA NOS QUATRO ANOS DO CPC/2015 – BREVE ANÁLISE SOBRE O IMPACTO DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Gislene de Laparte Neves

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça sempre foi um tema caro ao direito. Trata-se de verdadeiro direito à ter direitos, haja vista que é o meio utilizado para estancar qualquer ofensa a garantia ou princípio fundamental.

Durante muito tempo, a ideia de acesso à justiça limitou-se ao acesso à jurisdição. Acreditava-se, neste contexto, que a simples garantia do acesso ao judiciário seria suficiente para assegurar que todos tivessem seus direitos respeitados.

O presente trabalho parte dos estudos de Cappelletti e Garth(1988) para reconhecer que o acesso à justiça não se limita ao conceito formal ter uma demanda apreciada. Para esses autores, haveriam três grandes barreiras ao acesso à justiça: i) o custo do processo, ii) a disparidade entre litigantes habituais e litigantes eventuais, iii) acesso à direitos difusos e coletivos.

Baseadas nessas barreiras elencadas pelos autores, a doutrina aponta o que seriam três ondas renovatórias do acesso à justiça, que se atentam de forma pontual aos problemas elencados por Cappelletti e Garth (1988).

É na terceira onda renovatória de acesso à justiça, contudo, que reside a maior ampliação do conceito de acesso à justiça. Assim, enquanto a primeira e a segunda se preocupavam em garantir a todos o acesso à jurisdição, a terceira onda se preocupa com a efetividade da realização da justiça. Dentro desses parâmetros, esta a exigência para uma razoável duração do processo e a adoção de meios para romper a barreira psicológica e cultural do acesso à justiça.

Sobre a demora da prestação jurisdicional, Cappelletti e Garth (1988, pg. 20) dissertam que: "Em muitos países as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos por uma decisão exequível". E concluem: "A justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável, é para muitas pessoas uma justiça inacessível".

O Código Civil de 2015 traz importante abertura a ideia substancial de acesso à justiça. Conforme se observará, o sistema consagrou um sistema de jurisdição multiportas que permite a difusão de meios alternativos de solução de conflitos.

Assim, mediante uma analítica dos institutos da mediação e da conciliação, se traçará um paralelo de como esse novo paradigma vem sendo consolidado no cenário jurídico, utilizando-se, para tanto, dos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Trata-se, assim, de verificar como vem sendo a absorção dos meios alternativos de solução de conflitos pela prática forense, buscando neste sentido, fazer uma análise fenomenológica do acesso à justiça nos primeiros anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015.

2 JURISDIÇÃO E SISTEMA MULTIPORTAS.

Qualquer análise que se queira idônea a cerca de procedimentos, necessita, fundamentalmente, de uma melhor compreensão de conceitos da Teoria Geral do Processo, a fim de compreender sua gênese e aplicação. Neste sentido, impossível falar em métodos alternativos de solução de conflitos sem entender o que significa jurisdição.

Para Didier Jr. (2019, p. 188):

> A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo)

> (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

Assim, na proposta deste doutrinador, a jurisdição é o poder/dever do Estado de resolver os problemas trazidos pela sociedade. Essa resolução deve reconhecer, efetivar e/ou proteger direitos.

Deve, ainda, ser controlável e previsível. É dizer, deve estar em acordo com um rígido conjunto de normas que traduzam uma mesma resposta correta para situações iguais. Por fim, deve ter a aptidão para se tornar indiscutível, ou seja, deve-se poder fazer valer esta decisão contra terceiros e mesmo contra o próprio Estado, se necessário.

Para Monnerat (2020), a partir do momento que os indivíduos se agruparam em sociedade e transmitiram ao Estado o poder gestão de seus conflitos, surge uma necessidade social, política e jurídica que uma resposta seja dada para resolução daquela lide.

A nova sistemática trazida pelo novo Código de Processo Civil, contudo, trabalha em sistema de multiportas (SOLANO, 2018), não entendendo a jurisdição estatal como único meio de solucionar conflitos sociais.

Neste sentido Didier Jr. (2019, p. 201), para quem o novo diploma anuiu tanto com a existência de equivalentes jurisdicionais – como a conciliação, a autotutela e a mediação –, tanto com a coexistência de jurisdições civis, como a arbitragem: "É importante registrar que o CPC ratificou a consagração de um sistema de justiça multiportas: *a tutela dos direitos pode ser alcançada por diversos meios, sendo a justiça estatal apenas mais um deles*" (grifou-se).

Nas palavras de Solano (2018, s/n):

> O Sistema Multiportas é um modelo alternativo para solução de conflitos que prevê a integração de diversas formas de resolução dos litígios, sendo judiciais ou extrajudiciais. Por meio dele, o Estado conduz os litigantes para a melhor opção de resolver o conflito, a melhor porta, dentre as já citadas. Assim, para cada tipo de conflito, deve ser adotada a via adequada à sua abordagem a partir da consideração de fatores como as in-

> tenções das partes, o perfil da controvérsia e as possibilidades inerentes a cada meio.

O encaminhamento das disputas para o procedimento adequado utiliza um dos princípios básicos que orienta o processo de múltiplas portas: o da adaptabilidade, segundo o qual o procedimento há de afeiçoar-se às peculiaridades de cada litígio (BACELLAR, 2012).

É importante consignar, contudo, que alguns desses métodos não são novidades legislativas trazidas pelo novo *codex*, mas produto de graduais transformações no sistema brasileiro.

A arbitragem, a mediação e a própria conciliação, por exemplo, já vinham sendo aplicadas na legislação pátria. Porém, houve uma profunda resignificação desses institutos para transformá-los em portas de acesso iniciais para a solução dos conflitos, relegando à jurisdição um papel residual.

Não por acaso, o art. 3º do Código de Processo Civil, inicia sua redação assegurando o acesso à justiça e à jurisdição, porém colocando os meios alternativos de solução de conflitos preferenciais:

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
>
> § 1º *É permitida a arbitragem, na forma da lei*.
>
> § 2º O Estado promoverá, *sempre que possível*, *a solução consensual dos conflitos*.
>
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos *deverão ser estimulados* por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (grifou-se).

O que se observa, é que o legislador se preocupou com o aspecto substancial do acesso à justiça, favorecendo técnicas que aumentem o grau de satisfação das partes com o resultado útil da demanda. Cumpre, em vista ao objeto deste trabalho, compreender melhor os institutos da conciliação e da mediação.

2 A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO

A conciliação e a mediação são formas autocompositivas de resolução de conflitos que vêm apresentadas no artigo 165, §2º da Lei Processual Civil.

Segundo Monnerat (2020, p. 96): "[...] a conciliação se caracteriza por uma participação mais ativa do terceiro no processo de negociação, o qual pode, inclusive, sugerir soluções para o litígio".

Logo, o primeiro e mais importante elemento de sua caracterização é que sua atuação pressupõe ausência de vínculo entre as partes e, embora seja imparcial, pode propor soluções para o conflito, possuindo participação mais ativa na resolução da lide do que àquela observada no instituto da mediação.

Como informa Solano (2019, s.p.): "[...] seu foco é o acordo e com ele a extinção do processo. Aqui, o terceiro incentiva, facilita, apresenta proposições com o fim de auxiliar as partes a chegarem ao acordo".

A mediação, por sua vez, "[...] consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, [...], protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem"(-TARTUCE, 2018, p.203).

Embora se assemelhe muito à conciliação, na mediação, o terceiro apenas facilita o diálogo entre as partes, porém não propõe alternativas, se centrando em assegurar que os interessados construam sua própria decisão sobre o conflito.

Neste sentido, Gonçalves (2020, p.322/323), vai reforçar que o papel do mediador é ainda mais complexo que o papel do conciliador:

> Mais do que uma solução consensual, o mediador deverá buscar, dentro do possível, uma reconciliação, ou uma pacificação ou apaziguamento, para que a relação, que tem caráter permanente ou prolongado, possa ser retomada sem obstáculos ou embaraços. É por meio da compreensão dos interesses em conflito e do restabelecimento da comunicação entre os envolvidos que o mediador poderá tentar fazer prevalecer e permanecer o vínculo.

Ambas - mediação e conciliação - receberam especial tratamento pela Lei 13.105/2015. Assim, o art. 250 do novo *codex*, prevê que as partes serão citadas para compor o litígio, bem como para comparecerem em audiência de conciliação ou mediação. Há, desta feita, uma inversão na sistemática do código de 1973 que previa que as partes seriam citadas para apresentar contestação no prazo legal.

Sobre a prevalência das técnicas de conciliação e mediação no início do processo, Monnerat (2020) vai reforçar a ideia de que, embora resguardadas como preferenciais nessa etapa do processo, nada impede que a autocomposição seja realizada em qualquer etapa do feito, sendo um dever dos atores do processo sempre buscar a sua realização, nos termos do art. 3º da Lei Processual Civil. E vai além:

> Sempre que alcançada esta solução antes do desenvolvimento da atividade processual, por intermédio do próprio juiz, ou de seus auxiliares, mediadores ou conciliadores, é possível afirmar não apenas que o Estado cumpriu sua missão do ponto de vista jurídico, político e social, resolvendo a lide, como também que esta resolução, dado que expressamente aceita pelas partes, seja a melhor forma de solucionar o litígio (MONNERATE, 2020, p. 98).

No mesmo sentido milita Didier Jr. (2019, p. 204) para quem: "Pode-se, inclusive, *defender atualmente a existência de um princípio do estímulo estatal à solução por autocomposição* - obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos" (grifou-se).

Logo, a imposição legal de realizar a conciliação ou a mediação *a priori*, ressalvadas as hipóteses previstas em lei, reforça a necessidade de um acesso à justiça em seu viés substancial, sendo compatível com a terceira onda renovatória proposta por Cappelletti e Garth (1988).

3 A CONCLIAÇÃO E A MEDIAÇÃO EM NÚMEROS – OS QUATRO ANOS DE VIGÊNCIA DO CPC/2015.

Conforme observado em nota introdutória, o presente trabalho busca através dos dados anualmente divulgados pelo Conselho Nacio-

nal de Justiça, analisar o impacto dos métodos alternativos de solução de conflitos introduzidos pelo Novo Código de Processo Civil, em especial no que se refere ao acesso à justiça.

Para esse mister, foram observados os dados fornecidos pelo CNJ de 2015 à 2018, em especial em relação ao número total de processos, às taxas de conciliação e a duração dos feitos.

O que se busca observar é como mediação e conciliação vem sendo aplicadas e os impactos na organização judiciária e na quantidade de feitos pendentes para julgamento.

A presente abordagem levou em consideração a justiça comum estadual de 1º e 2º grau, em especial em relação a duração do processo, taxas de conciliação e abertura de processos.

3.1 DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

A Justiça estadual, hodiernamente, está distribuída em 9.647 (nove mil seiscentas e vinte e sete) varas, e está presente em 48,5% dos municípios brasileiros (CNJ, 2019). Contudo, em relação ao ano de 2017 houve um recrudescimento com o fechamento de 514 varas, em especial em atenção à projetos de reestruturação ocorridos nos Tribunais de Justiça de São Paulo (-217 unidades) e Rio Grande do Sul, onde foram realocadas 182 unidades (CNJ,2019).

Os estados onde a organização judiaria é maior são: São Paulo (320 municípios-sede e 1.528 varas), Minas Gerais (296 municípios sede e 848 varas) e Bahia (203 municípios-sede e 726 varas) (CNJ, 2019).

Àqueles cuja estrutura judiciária é menor, por sua vez, são Roraima (com 8 municípios sede e 53 varas), Amapá (com 12 municípios-sede e 54 varas) e Acre (com 18 municípios-sede e 53 varas) (CNJ, 2019).

Outro importante ponto da organização judiciária brasileira é a divisão por Tribunais de pequeno, médio e grande porte. Para a classificação o Conselho Nacional de Justiça utiliza diversas variáveis, tais como: despesas totais; número de processos novos; número de processos pendentes e o quantitativo de servidores e trabalhadores auxiliares.

Tribunais de pequeno porte, em 2018, chegaram a ter até 354.931 novos processos, enquanto Tribunais de Médio Porte atingiram

1.333.109 novos processos e os tribunais de grande porte chegaram a registrar 5.448.859 novos feitos.

3.2 ÍNDICE DE CONCILIAÇÃO – IC e GRATUIDADE JUDICIÁRIA

Com a reforma introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, uma das principais mudanças empregada pelo Conselho Nacional de Justiça foi em relação a manutenção de dados mais exatos quanto as taxas de conciliação obtidas pelo judiciário.

O chamado índice de conciliação é "[...] dado pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas" (CNJ, 2019, p. 142).

Logo, é importante observar que muito embora o índice cuide de "conciliação", trata-se, *lato sensu*, de acordo obtido por sentença homologatória, razão pela qual diz respeito aos equivalentes jurisdicionais de resolução de conflitos (DIDIER JR., 2019), dentre os quais podem ser destacados a mediação e a conciliação.

A série histórica demonstra que o maior número de acordos é feito nos processos de conhecimento. Contudo, o índice de conciliação vem caindo. Assim, enquanto em 2015 o índice de conciliação era de 17,2%, em 2016 ele foi 17%, tendo ligeiro aumento para 17,1% em 2017 e em 2018, caiu novamente para 16,7%. Uma queda de 0,4% só no último ano (CNJ, 2019).

Em relação aos acordos feitos na fase de execução, embora possuam números mais tímidos do que os encontrados na fase de conhecimento, o aumento do número de conciliações foi mais estável. Assim, em 2015, o índice de conciliação foi de 3,5%. No ano de 2016, o percentual subiu para 4,8%, e em 2017 atingiu 6%. Em 2018 o índice permaneceu estável, mantendo os 6% de índice de conciliação do ano anterior.

A taxa de acordos realizados no 2º grau de jurisdição também é pequena, porém se demonstra mais otimista: foi de 0,4% em 2015 e 2016, atingindo 0,7% em 2017 e batendo 0,9% de índice de conciliação em 2018.

O número de Centros Judiciários de Solução de Conflitos também merece destaque: em 2015 haviam 649 CEJUSCs. Em 2016 já eram 906, passando a 982 em 2017 e atingindo 1.088 em 2018. Um aumento de 443 unidades em quatro anos (40,7%).

Por outro prisma, outro importante dado que pode auxiliar a verificar o acesso à justiça é a concessão da gratuidade judiciária. O índice levantado pelo Conselho Nacional de Justiça segue uma fórmula:

> Para obter o índice de processos que tiveram concessão de Assistência Judiciária Gratuita (AJG), calcula-se a razão entre o número de processos arquivados definitivamente com AJG dividido pelo total de feitos arquivados. São retiradas da base de cálculo as ações criminais (CNJ, 2019, p. 79).

Observando os números dos últimos anos, observa-se um aumento gradual número de concessões do benefício. Assim, enquanto em 2015 o índice era de 27%, em 2016 foi de 32%, em 2017 foi de 33% e em 2018 atingiu a marca de 34%. Um aumento de 7% para o período.

O índice de gratuidade judiciária é o que mais claramente demonstra o acesso à justiça efetivado aos que não dispõem de recurso para provê-la. Por esse indicador, pode-se observar uma ligeira melhora no acesso à justiça, porém não necessariamente vinculada à reforma do código e a adoção dos métodos de resolução de conflito.

Necessário observar que o mero acesso à jurisdição não quer dizer efetivo acesso à justiça, havendo outros fatores implicados, como a duração do processo e a diferença entre os litigantes habituais e os esporádicos, por exemplo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Neste sentido, cumpre analisar o tempo médio de duração dos processos no Brasil e o número de novos conflitos.

3.3 NÚMERO DE NOVOS PROCESSOS E TEMPO MÉDIO DE DURAÇÃO DOS PROCESSOS.

Neste jaez, nos anos que precederam a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a curva de novos processos foi de 24,6 milhões em 2009 para 29,0 milhões de novos casos em 2014. Os proces-

sos baixados, por sua vez, atingiram 25,3 milhões em 2009 e chegaram a 28,4 milhões em 2014 (CNJ, 2019).

Observa-se, assim que o número de processos novos superava os processos baixados. É no índice do processos pendentes (em tramitação) que se encontram o maior número de feitos, contudo.

Em 2009, ficaram 60,7 milhões de processos em andamento, número esse que cresceu progressivamente até atingir o marco 72,0 milhões de processos pendentes no ano de 2014 (CNJ, 2019).

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e as mudanças causadas no procedimento, seja com a inserção de métodos alternativos, seja com a obrigatoriedade da realização da mediação e conciliação nos casos possíveis, esses números vêm sofrendo pequenas e ainda instáveis alterações.

Neste cenário, em 2015 o número de novos casos chegou a 27,8 milhões de casos, passando a 29,3 milhões em 2016, caindo para 28,6 milhões em 2017 e atingindo o total de 28,1 milhões de novos casos em 2018 (CNJ, 2019). É dizer, quase 1% menos em relação ao período anterior a vigência do novo Código de Processo Civil.

Os processos baixados, por sua vez, aumentaram. Enquanto em 2015 eram 28,6 milhões de feitos concluídos, em 2016 já foram 29,5 milhões. Em 2017 houve novo aumento, atingindo 30,7 milhões de feitos concluídos. Por fim, em 2018, atingiu-se o marco inédito de 31,9 milhões de feitos baixados (CNJ, 2019).

Os processos pendentes, contudo, aumentaram: eram 77,1 milhões em 2015 e atingiram 78,7 milhões em 2018.

Em breve análise aos dados, pode-se perceber que houve diminuição no ingresso de novos casos, aumento nos processos baixados, porém curiosamente, também houve aumento no número de processos pendentes.

Uma análise sobre o tempo médio dos feitos pode apontar respostas para esse padrão de dados.

Ao apresentar informações sobre o tempo médio dos processos, o Conselho Nacional de Justiça apresenta três variáveis: o tempo médio até a sentença, o tempo médio para baixa e o tempo médio do acervo, sinalizando a média do tempo dos processos que permanecem pendentes.

Ao analisar a série histórica, pode-se observar que o tempo do acervo sofreu diminuição: em 2015, os dados demonstravam uma média de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de duração, em 2016 a média já era de 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses, para 2017 foi de 04 (quatro) anos e 12 (doze) meses e, por fim, em 2018 chegou até 04 (quatro) anos e 10 (dez) meses. Uma diminuição de 07 meses do tempo médio do acervo em quatro anos (CNJ, 2019).

Tal indicador demonstra que processos mais antigos estão sendo decididos e baixados, gerando uma diminuição do tempo de acervo.

Por outro lado, o tempo médio dos processos baixados e o tempo médio até a sentença aumentaram.

Assim, se em 2015 uma sentença demorava em média 01 (um) ano e 06 (seis) meses, em 2018 passou a demorar 02 (dois) anos e 02 (dois) meses: trata-se de aumento de 07 meses da propositura da ação até a sentença. Do mesmo modo, o tempo até a baixa do feito, que em 2015 era de 02 (dois) anos e 07 (sete) meses, passou a ser de 03 (três) anos (CNJ, 2019):

> Observa-se que o tempo da inicial até a sentença e até a baixa estão em ascendência, enquanto o tempo do processo pendente diminuiu. Trata-se de resultado positivo, pois significa que estão sendo solucionados casos mais antigos, reduzindo o tempo do acervo. A ação de priorizar o julgamento de processos antigos integra o rol das Metas Nacionais do Poder Judiciário, e devem ser seguidas por todos os tribunais (CNJ, 2019, p. 151).

Por outro lado, os indicadores permitem demonstrar que embora o número de novos processos tenham diminuído, *estes processos têm demorado mais*, o que explica o aumento de autos pendentes, apesar do aumento de processos baixados e da melhora do tempo médio do acervo.

Um dos fatores que podem ser atribuídos ao aumento do tempo médio dos novos processos são os indicadores de conciliação e mediação. Isso porque, dada à alteração do procedimento, colocando a realização desses expedientes como obrigatória, há aumento natural no prazo de tramite do processo, posto que as partes precisam ser intimadas para realização do ato e se submeterem ao calendário dos CEJUSCs.

A hipótese encontra ressonância nos estudos de Sadek (2008), para quem podem ser apontados fatores de ordem procedimental, material e humana para o aumento do tempo de julgamento das lides. Vê-se, assim, que o procedimento é fator que pode comprometer o tempo médio de julgamento, o que também acontece, por exemplo, quando se verifica a existência de ampla possibilidade recursal.

4 QUATROS ANOS DE VIGÊNCIA DO CPC/2015: MAIS ACESSO À JUSTIÇA?

Diante dos dados demonstrados, ainda é cedo para demonstrar se houve aumento do acesso à justiça com a adoção das técnicas de mediação e conciliação. Como visto nos tópicos anteriores, o número de conciliações durante a fase de conhecimento cresceu na implementação do Código (2015/2016), mas depois sofreu leve recrudescimento (2017/2018).

Como consequência, observou-se um aumento do tempo médio do processo, agora obrigado a realizar uma etapa de composição, que não era exigência do Código de Processo Civil de 1973.

Por outro lado, o índice de conciliação tem sido crescente em relação aos Tribunais de Justiça e aos processos de execução.

Possível resposta para os dados demonstrados é o que a doutrina vem chamando de cultura do litígio. Salles (2006, p.786) vai conceituar a cultura da litigância como:

> [...] uma anormalidade funcional do conflito, de forma que a ideia geral inserida no (in)consciente coletivo é de que todo e qualquer conflito necessita ser judicializado e resolvido sob a forma de uma solução adjudicada, isto é, dotada de força imperativa e coercitiva, fundada na lógica vencedor-perdedor.

Tal imaginário permeia a formação da sociedade brasileira, em especial após a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988. Assim, embalado pela onda neoconstitucionalista, a carta que chegou ao Brasil em 1988 trazia forte conteúdo jurídico, adotando uma série de direitos e garantias e defendendo sua realização *erga omnes*.

Neste contexto, e após passar por um longo período de cerceamento de garantias com regimes totalitários, o surgimento de um Judiciário organizado sobre a égide de um Tribunal Constitucional, foi o suficiente para o surgimento de uma enorme demanda reprimida chegar às portas da justiça.

Para Coura (2009), é nesta seara que confluem as maiores discussões, pois, uma vez responsável pela guarda do texto constitucional, o Judiciário passou a enfrentar o dilema de concretização das normas da Carta Maior. Assim:

> Se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua neutralização política, no Estado do Bem Estar Social a explosão da litigiosidade, marcada pela busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, ampliou a visibilidade social e política da magistratura (CAMBI, 2009, p. 178, grifo do autor).

O resultado foi uma lenta e sedimentada construção de um imaginário coletivo que aposta no Judiciário como o único capaz de resolver seus conflitos numa lógica vencedor-perdedor (SALLES, 2006).

Não houve, neste sentido, o incentivo ao diálogo e a solução pela conciliação e a mediação. A Jurisdição que seguiu se colocou como único caminho de concretização de direitos (COURA, 2009). É o que também entende o CNJ (2011, p. 50):

> O súbito aumento na demanda por serviços judiciais até 2009, em função dos fenômenos da democratização e garantias de direitos no Brasil, não contou com adequado aparelhamento da estrutura para sua oferta. Gerou-se uma situação de significativo congestionamento e de elevada morosidade na prestação dos serviços judiciais. Em razão dessa realidade, faz-se necessário não somente analisar os aspectos relativos à estrutura dos órgãos judiciários e de como processam os litígios e os administram, mas também questionar como as demandas judiciais se formam e se desenvolvem até se consolidarem, sobretudo as demandas massivas.

Países com cultura na negociação, como os Estados Unidos, apresentam expectativas sociais diferentes. Uma pesquisa realizada pelo *Instituto Scheinman* em Resolução de Conflitos, da *Cornell Universi*, em 2011, com 368 empresas norte-americanas, demonstrou que o último interesse dessas empresas é a jurisdição:

A maioria das entrevistadas (27%) definiu ser sua política empresarial sujeitar o conflito ao Poder Judiciário apenas em casos apropriados e se valer de meios alternativos de solução para todos os outros casos. Outras políticas informadas pelas entrevistadas foram: primeiro intentar ação judicial e depois sujeitar o caso a meios alternativos de solução (21,4%); sempre buscar meios alternativos (11,3%); ou sempre submeter o conflito ao Judiciário (6,1%) (AZEREDO, 2017).

Neste mesmo grupo, quase 60% das entrevistas explanou que prefere a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos como mediação ou a arbitragem.

Outro índice que deixa latente a efetividade da mediação norte-americana é a estatística do Centro de Mediação e Arbitragem da OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, cujos casos de mediação que lhe foram submetidos entre 2009 e 2019 culminaram em acordo entre as partes em 70% dos casos (AZEREDO, 2017).

É certo que o recorte trabalha com um grupo social específico, porém demonstra a diferença de pensamento em uma sociedade fundada sob o viés da negociação.

Outro país cuja cultura de conciliação merece ser destacada é o Japão. Como bem sintetiza Uyeda (2016, s.p), na cultura japonesa: "[...] o tão só fato de se buscar a solução de um conflito de interesses pela via de uma intervenção judicial, em si, é um sinal de um distúrbio social e isto deve ser evitado".

Neste país, para o ingresso com uma demanda judicial é necessário primeiramente acessar um centro de conciliação JIDAN. Somente quando impossível o acordo através do JIDAN a parte ganha o direito de pleitear jurisdicionalmente seu pedido (UYEDA, 2016).

O choque cultural de países como os Estados Unidos e o Japão, contribuem para compreensão da dimensão que a imprescindibilidade da jurisdição exerce no imaginário jurídico de *terrae brasilis*.

Por aqui, muito embora o Conselho Nacional de Justiça trabalhe constantemente com campanhas de conciliação, seu principal fundamento é sempre a celeridade da justiça, e não a ampliação do acesso ou o desenvolvimento de uma cultura da mediação (LUCENA FILHO, 2012, p. 8):

> Em 2008, o título da campanha foi "conciliar é legal e faz bem a si mesmo"; no ano de 2009, "Ganha o cidadão. Ganha a Justiça. Ganha o País"; em 2010, "Conciliando a gente se entende"; em 2011 "Conciliar é a forma mais rápida de resolver conflitos".Em todas as edições, a principal justificativa do CNJ era a celeridade, o ganho de tempo na resolução das controvérsias e as vantagens para o Poder Judiciário e cidadãos na conciliação. Deve-se fazer uma alerta, nesse ponto, no sentido de não se fomentar uma cultura distorcida por outra, isto é, a prática da litigiosidade desordenada pela cultura da celeridade desmedida. Quando se trata de Poder Judiciário, por óbvio que interesses estão em discussão e devem ser tratados adequadamente tanto sob o prisma temporal como qualitativo. Afinal, "nada pior do que a injustiça célere"

Ademais, precisa de consideração o imaginário que permeia a formação dos juristas. Isso porque, a forma como o direito é ensinado, é dirigida ao litígio, e não a solução de conflitos. Ainda nas palavras de Lucena Filho (2012., p. 25): O modelo atual das academias funda-se essencialmente na disputa [...] na preparação do aluno para o combate no mercado de trabalho. Não há um enfoque na consensualidade.

Aspectos como os apresentados podem abrir pontos de discussão sobre o que precisa ser enfrentado para que haja uma melhor absorção das técnicas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, contribuindo para melhoria efetiva do acesso à justiça.

A institucionalização de equivalentes jurisdicionais e jurisdições civis é um passo importante para ampliação desse acesso, mas ainda é necessário mudar um imaginário social que é voltado para o uso do aparelho estatal para solução de conflitos.

Tal mudança passa não apenas pelo incentivo à autocomposição como forma ideal de solução de conflitos, mas também pela reformu-

lação das cátedras de direito e o imaginário que permeia a os aplicadores do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente exposição objetivou verificar como vem se dando o acesso à justiça após o CPC/2015, em especial quanto aos métodos alternativos de solução de conflitos.

Inicialmente, debateu-se o conceito de jurisdição, explicitando que esta forma de resolução de conflitos se dá por um terceiro, que impõe a solução da lide. Demonstrou-se que com o advento do constitucionalismo isso levou a um aumento considerável do número de processos e que uma das reformas empreendidas pelo Novo Código de Processo Civil se centra justamente na adoção de métodos equivalentes jurisdicionais e no reconhecimento de jurisdições civis, através de um sistema de justiça multiportas.

Em seguida, foram trazidos os números da justiça brasileira para o debate. Verificou-se que após a inclusão das audiências de mediação e conciliação como obrigatórias antes da instrução e julgamento das querelas, os números se mostram instáveis para se avaliar um impacto positivo ou negativo na ampliação do acesso à justiça.

Isso porque, embora tenha havido incremento no número de concessões à justiça gratuita e certa curva progressiva na taxa de aumento das conciliações nos processos de execução e nos Tribunais, houve aumento, também, do tempo médio de duração dos processos e recrudescimento das taxas de conciliação nas ações de conhecimento.

Aventou-se, assim, os impactos de uma cultura do litígio, que permeia o imaginário dos juristas e dos usuários do direito. Observou-se que a formação dos advogados privilegia a resolução de querelas, e ignora o ensino de técnicas de mediação e conciliação.

Por fim, sugeriu-se que a efetividade das técnicas alternativas de resolução de conflitos está atrelada ao combate da cultura da litigância, através do incentivo a solução mediada e a reformulação dos currículos das cátedras de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEREDO, Fábio J. Zanetti. **Alguns números da mediação**. Migalhas, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/263814/alguns-numeros-da-mediacao>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jun.2020.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 jun 2020.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Relatório Anual 2011**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/relatoriosanuais/atividades/revista_relatorio_anual2011_web.pdf>. Acesso em 17 jun 2020.

CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Relatório Anual 2019**. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 10 jun 2020

COURA, Alexandre. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional**: para uma crítica da "jurisprudência dos valores" à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DIDIER JR., Fred. **Curso de Direito Processual Civil**: parte geral e processo de conhecimento 1. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

GOMES CANOTILHO et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual civil**: teoria geral. 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A cultura da litigância e o poder judiciário**: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira. Conpedi, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5> . Acesso em: 17 jun 2020.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução ao Estudo do Direito Processual Civil**. 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça**: visão da sociedade. São Paulo: Revista Justitia, 2008.

SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUZ, Luiz et al. (coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Moreira. São Paulo: 2006. p.786.

SOLANO, Maria Luiza Moreira. **A crise do Judiciário e o Sistema Multiportas de solução de conflitos**. JusNavegandi, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66077/a-crise-do-judiciario-e-o-sistema-multiportas-de-solucao-de-conflitos> . Acesso em: 30 mai 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.

UYEDA, MASSAMI. **Breves reflexões sobre o sistema jurídico japonês à luz do Direito comparado**. Justiça e Cidadania, 2016. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/breves--reflexoes-sobre-o-sistema-juridico-japones-a-luz-do-direito--comparado/> . Acesso em: 19 jun 2020.

A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA NO TRATAMENTO DE CONFLITOS ASSEGURANDO O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO Á JUSTIÇA

Maini Dornelles
Damiane Silvana Dzielinski

1 INTRODUÇÃO

A sociedade passa por evoluções constantes, algumas delas causaram um individualismo exacerbado o que vem provocando o distanciamento social e fazendo com que os cidadãos levem qualquer conflito à análise do Poder Judiciário.

Por este motivo o presente artigo buscar responder a seguinte problemática de pesquisa: a mediação comunitária pode ser considerada uma política pública para resolução de conflitos sociais? O método utilizado será abordagem dedutivo, partindo de uma análise geral para chegar a uma específica, enquanto o método de procedimento será bibliográfico.

Para tanto no primeiro item será feita uma análise sobre a necessidade do conflito para a evolução da sociedade e a morosidade que a falta de soluções adequadas para solucionar estas demandas, geram ao Poder Judiciário.

Já no segundo item serão trabalho os conflitos sob a égide da mediação como uma nova forma de olhar para o conflito e a importância das práticas autocompositivas na resolução dos conflitos. Para finalizar será abordada a mediação comunitária de modo especifico, com o intuito de responder que utilizando os métodos de pesquisa e procedimental adotados, já citados acima que foram eficazes se chegar ao resultado final, pois acredita-se que sim, a mediação comunitária pode ser considerada uma política pública para o tratamento de conflitos sociais, mesmo que não haja comprovação cientifica, devendo os operadores do direito seguir trabalhando para introdução de práticas autocompositivas na sociedade.

2 A NECESSIDADE DO CONFLITO PARA EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE E A MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Hodiernamente, tendo em vista que o nosso judiciário está pecando em suas decisões tanto em termos quantitativos quanto qualitativos[53] devido a sua morosidade, burocracia e ineficiência. Percebe-se que a sociedade, se vê diante da necessidade de optar por "novos" caminhos para tratar o conflito, ou seja, alternativas à jurisdição, seja pela via da conciliação, mediação, arbitragem ou negociação.

É de notório conhecimento, ou seja, senso comum, que o judiciário brasileiro vem há anos enfrentando uma sobrecarga de demandas. Além disso, é comprovado, através do relatório elaborado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), chamado de: "Justiça em Números"[54], que apontou uma taxa de congestionamento de 73% (in-

53 "A qualidade passou a ser acessório da produção jurisdicional, prevalecendo à mentalidade da quantidade" LEAL (2007, p.23)

54 O último relatório do CNJ publicado em 2019 com dados referentes ao ano de 2018. Visando atender o princípio constitucional da publicidade, o Conselho Nacional de Justiça completa o ciclo de exposição e transparência do Poder Judiciário. Com intuito de dar ciência a todo o povo brasileiro, os números do CNJ, apresentando dados como de, por exemplo, gastos feitos, para que e com o que, os processos julgados, para que a partir destes dados haja o aperfeiçoamento da instituição (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

cluindo os processos de execução, suspensos, sobrestados e em arquivo provisório), ficando a taxa líquida de congestionamento em sede de 1º grau em 59% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Com efeito, nota-se a grande insatisfação de quem recorre ao Estado para solucionar a sua lide. Tal insatisfação esta que gera nos cidadãos a sensação de descrença em relação ao poder estatal para solucionar suas demandas.

Verifica-se uma desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social, distanciando-se a lei da sociedade na qual se encontra inserida, não correspondendo à expectativa de tratamento adequado aos conflitos (SPENGLER, 2018).

A Constituição Federal de 1988, respalda o direito de acesso à justiça no artigo 5º, inciso XXXV, que traz: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", ou seja, toda e qualquer violação de direito deverá ser analisada pelo Poder Judiciário ao ser acionado para solucioná-la.

O acesso ao Judiciário é direito de todos os cidadãos, o que levou o Estado o monopólio do exame e decisão dos conflitos, e consequentemente à morosidade na resolução destes enfrentamentos diante da massividade de ações. Por este motivo se fez necessária uma revisão na prestação de serviços jurisdicionais (DORNELLES; KUNDE, 2019).

Considerando esse cenário, instalou-se uma verdadeira crise, conhecida como "crise da jurisdição", fenômeno este que se arrasta por anos no sistema forense.

Este sistema deu-se ao processo complexo de evolução da sociedade, ao passo que esta evolui, criam-se novas tecnologias e novas formas de se relacionar, consequentemente, surgem os conflitos. Assim, os cidadãos passam a ter uma sede de justiça maior, que o judiciário atual não consegue suprir. A complexidade social é marcada ainda pela transnacionalização do mercado que gera conflitos a níveis globalizados, evidenciando a ineficácia do Poder Judiciário para o tratamento desses conflitos (SPENGLER, 2015).

Relevante destacar que a população contribui para esta lentidão do Poder Judiciário, desperta nas pessoas uma cidadania exacerbada, e deixam de observar com bons olhos o problema, preferindo litigar ao invés de resolver a demanda (ANDRIGHI, 1997).

> Contribui, também, para a lentidão do Judiciário o aumento da população e, consequentemente, o dos litígios, este provocado pelo alvissareiro despertar da cidadania que incentiva cada cidadão brasileiro a solucionar adequadamente os seus problemas, evitando o fenômeno da "litigiosidade contida" (feliz expressão cunhada pelo Prof. Kazuo Watanabe) que representa um risco social, quer pelo exercício da justiça de mão própria, quer pela contratação de justiceiros (ANDRIGHI, 1997. <http://www.jf.jus.br>, acesso em 02 out. 2018).

A definição de conflito, segundo o Dicionário Online (2020), é expressa da seguinte maneira: "circunstância em que duas ou mais pessoas divergem em razão de algum assunto incompatível entre as partes".

> [...] é a exceção e ocorre quando o almejado equilíbrio social não é atingido. Pode perpetuar-se ou ser resolvido. Se resolvido, restabelece-se a harmonia. O conflito resulta da percepção da divergência de interesses, é um fator pessoal, psicológico e social [...]. Os conflitos implicam lutas entre duas ou mais pessoas acerca de valores, posição ou recursos (CALMON, 2008, p. 21-22).

Sendo o conflito algo natural e inerente ao ser humano, apesar de remeter à ideia negativa, ele não é algo necessariamente ruim. Pelo contrário, há entendimento no sentido de que o conflito possui aspectos positivos, visto que "Uma sociedade sem conflitos é estática" (MORAIS; SPENGLER, 2019, p. 47).

O conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais, possuindo capacidade de constituir-se num espaço em que o próprio confronto é um ato de reconhecimento, produzindo simultaneamente, uma transformação nas relações dai resultantes. Desse modo o conflito pode ser classificado como um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influência e qualifica o movimento da outra (MORAIS; SPENGLER, 2019, p. 47-48).

Contudo, não solucionado o conflito, formar-se-á a chamada "espiral do conflito", tese criada pelos autores Rubin e Kriesberg (1994), que consiste em círculo vicioso de ação e reação, em que a cada reação torna-se mais severa que a ação que a precedeu, criando-se, assim, uma nova disputa. Dessa forma, destaca-se a importância de dar ao conflito uma solução adequada, tratá-lo de modo que não se instaure a espiral do conflito, dando origem a uma cadeia sucessiva de conflitos.

Após analisar a morosidade do Poder Judiciário, bem como a necessidade de conflitos para a evolução da sociedade, existe a necessidade de observar a forma correta de tratar conflitos. No próximo item será feita uma análise sobre o procedimento de mediação para solucionar conflitos.

3 OS CONFLITOS SOB Á ÉGIDE DA MEDIAÇÃO – UM NOVO OLHAR PARA O TRATAMENTO DE CONFLITOS

Neste item serão analisados procedimentos extrajudiciais na resolução de conflitos, com ênfase na mediação, visando dar um novo olhar além da jurisdição para o tratamento adequado de conflitos.

De acordo com Barbosa (2007, p. 12), "a mediação é uma qualidade intrínseca do ser humano, enquanto ser social, por excelência. Portanto a sua história é tão antiga quanto à da humanidade". A busca pela composição através do diálogo é uma prática que acontece há milênios na civilização.

A mediação pode ser encontrada em diferentes culturas ao redor do mundo, desde as comunidades religiosas, judaicas, islâmicas, budistas, como tradição, em que o líder desempenhava o papel de mediador, buscando resolver situações e diferenças entre os indivíduos (KOPS; ZITZKE, 2015).

A prática de mediar teve início na China, graças ao pensamento de Confúcio, que prezava pela busca da harmonia através do equilíbrio e da felicidade dos indivíduos. Os chineses buscavam o equilíbrio nas relações sociais, o que para eles era primordial, isto é, estava em primeiro plano. Quando havia algum desentendimento, dificilmente havia uma

condenação, pois todos eram ouvidos e buscava-se a solução mais benéfica (CACHAPUZ; CARELLO, 2016).

De acordo com Spengler (2010, p. 19), os Estados Unidos "foi o primeiro país a estruturar a mediação como uma forma alternativa de resolução de conflitos, a fim de evitar a burocracia forense, a morosidade processual, os altos custos judiciais, etc.".

É possível dizer que as últimas décadas do século passado foram da mediação. Especialmente nos anos de 1980 a 1990, pôde-se vislumbrar a sua explosão: em todos os lugares falava-se de mediação. O que ocorreu foi a banalização do termo, utilizando-o para todo propósito, a torto e a direito (SPENGLER, 2018, p. 77).

No Brasil, há informações da mediação desde o século XII, mas nunca com expressa previsão legal. Com a edição da nova legislação processual de 2015, o referido Código dedicou um capítulo para tratar da mediação e conciliação no artigo 334 e parágrafos (CACHAPUZ, 2003, p. 21).

Em 2015, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125 (alterada pela Emenda nº 1/2013 e pela Emenda nº 2/2016), que dispõe sobre a "Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos".

Cabe destacar, ainda, a Lei nº 13.140/2015, que trata sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição no tratamento de conflitos no âmbito da administração pública, sendo esta considerada pelos doutrinadores[55], como o marco legal da mediação no Brasil. Ocupa o papel de verdadeiro marco legal a Lei de Mediação; dedicada exclusivamente ao meio consensual, ela o disciplina em minúcias e inova ao regular a mediação extrajudicial - algo que nenhuma lei anterior havia feito (TARTUCE, 2016, p. 2). Ademais, há a Resolução nº 174/2016 do CSJT, que dispõe sobre o tratamento de conflitos no âmbito da Justiça Trabalhista.

A mediação visa tratar o conflito de forma humana e individualizada, através das 32 técnicas utilizadas, dentre as quais, destacam-se: *Happort,* recontextualização ou parafraseamento, afago, silêncio, inversão de papéis, validação de sentimentos, geração de opções, sessões pri-

55 Nesse sentido ver: TARTUCE, Fernanda (2016).

vadas, escuta ativa, normalização, teste de realidade, que são aplicadas de forma natural.

A negociação "revela uma mudança de paradigma, com a diminuição do enfoque: ganhar X perder, e o crescimento da participação e da cooperação, baseadas na satisfação dos interesses e fortalecimento dos vínculos pessoais" (SPENGLER; OLIVEIRA, 2013, p. 81).

É nesses termos que a mediação se dá como prática comunicativa que gera participação consensuada, possibilitando sair da estagnação para chegar à mudança, permitindo a passagem - na tomada de decisão - de uma forma de participação normalizada/normativizada para uma forma consensual/consensualizada. Nesse sentido, as decisões visando o consenso ocorrem de modo diferente segundo a forma de participação. A participação consensuada oferece a possibilidade - a indivíduos sem nenhum privilégio em relação aos outros - de se confrontarem e se pronunciarem no decorrer de uma deliberação, sem constrangimento ou limitação de tempo. O acordo alcançado transforma o conflito na medida em que as posições se transmutam em alternativas relacionadas a um mesmo objetivo ou problema entendido de modo idêntico (SPENGLER, 2018, p. 46).

Outrossim, a mediação busca restabelecer entre as partes, o diálogo, incentiva para que as mesmas recomponham o vínculo que foi rompido com o conflito através de um facilitador, ou seja, o mediador. Esse exerce a "arte de estar ao meio", é neutro e imparcial, e não deve de modo algum forçar as partes ao diálogo, bem como ao acordo.

Salienta-se que o principal objetivo da mediação, diga-se o ponto crucial, é o restabelecimento do vínculo rompido. Considerando que o mediador não é juiz, que resolve com autoridade, impondo sua decisão, mas sim resolve através da pacificação sem ser autoritário. O que se pede é que pacifique sem decidir, quando o seu papel é tradicionalmente o de decidir sem, necessariamente, pacificar (SPENGLER, 2018, p. 63).

Tal se dá porque o mediador se posiciona em meio às partes, partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso num pertencer comum. Isso se dá porque a mediação é uma arte na qual o mediador não pode se preocupar em intervir

no conflito, oferecendo às partes liberdade para tratá-lo. A figura do mediador não possui papel central; via de regra, possui papel secundário, poder de decisão limitado; ele não pode unilateralmente obrigar as pessoas a resolverem a contenda ou impor decisão. Deve mediá-las, conciliar os interesses conflitivos, conduzindo para que elas concluam com o seu impulso pela melhor solução (SPENGLER, 2017, p. 19).

A mediação tem inúmeras vantagens, mas dentre elas, destaca-se o sigilo. Todo o procedimento é sigiloso, e o mediador deve explicar isto aos participantes no início do procedimento, inclusive aos advogados, para evitar uma possível litigância de má-fé, pois é defeso fazer gravações, filmagens ou fotos durante a mediação, bem como valer-se desses documentos em processo judicial.

Atualmente, aqueles que trabalham com a mediação reconhecem inúmeras vantagens nesse instituto, entre elas: é um procedimento voluntário e sigiloso, trazendo certa tranquilidade às partes, especialmente nas disputas que determinam privacidade; as partes envolvidas geralmente rateiam os custos e honorários, custos esses que, normalmente, são muito inferiores aos casos que passam por um julgamento, além da menor burocracia; principalmente, reduz em muito o sentimento de ansiedade que os envolvidos sentem (SPENGLER, 2018, p. 68-69).

Cabe ressaltar, ainda, outro aspecto importante acerca da mediação, que é a informalidade, uma vez que é um procedimento que visa descaracterizar a formalidade dos ritos judiciários. Por isso, é marcado pela oralidade, diálogo, simplicidade e informalidade. A sala de mediação é um ambiente agradável, com uma mesa oval, em que as partes sentam-se lado a lado e o mediador entre elas, no centro. Desse modo, não remetendo o cidadão à imagem da audiência, do juiz e do fórum.

O procedimento de mediação se caracteriza, ainda, pela oralidade, uma vez que se trata de um processo informal no qual as partes têm a oportunidade de debater os problemas que lhes envolvem, visando encontrar possibilidades. O fato é que essa oralidade serve também contrário da jurisdição tradicional, busca o tratamento das pendências através do debate e do consenso, tendo como objetivo final a restauração das relações entre os envolvidos. O consenso tem como ponto de partida a autonomia das decisões. Compete às partes optarem pelo

melhor para si mesmas. Entretanto, se produzirem uma decisão totalmente injusta ou imoral, é porque alguma falha ocorreu ao longo do procedimento de mediação. Não compete ao mediador oferecer a solução do conflito, porém é de sua competência a manutenção e a orientação no diálogo (SPENGLER, 2018, p. 77-78).

O cidadão confia ao juiz, ou seja, deposita ao representante do Estado, enquanto Poder Judiciário, o seu conflito, que julgará a lide segundo as normas do Direito Positivo por meio de Códigos. Também, será o indivíduo descaracterizado, perderá sua real identidade, isto é, não mais será tratado pelo nome (sua identificação civil), mas sim passará a ser taxado de autor ou réu.

O fato é que por meio da atividade jurisdicional, transfere-se o conflito para o Estado para que o juiz profira uma decisão que, pretensamente, irá resolver o problema dos conflitantes. Eis, aqui, a jurisdição, compreendida como a outorga ao juiz de dizer qual a melhor solução para a situação conflitiva, o que, em determinados momentos históricos teve sua justificativa ideológica e, até certo ponto, efetividade, todavia que se mostra superada como única forma de tratamento de conflitos [..] (GIMENEZ; SPENGLER; BRUNET, 2015, p. 36-37).

Assim, feita a análise sobre o procedimento da mediação, no próximo item será abordado o tema da mediação comunitária e suas especificidades, como é aplicada, bem como alguns centros de referência que utilizam esta técnica no Brasil.

4 A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA – A PACIFICAÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DO DIÁLOGO NO SEIO DO PRÓPRIO CONFLITO

Após tratar sobre a mediação em sentido amplo, neste capítulo será trabalhado, em especial, a mediação comunitária. Tal instituto vem tomando forma no Brasil e lançando-se como uma ferramenta de autocomposição efetiva no tratamento de conflitos que visa proporcionar aos mais vulneráveis o acesso à justiça.

A mediação comunitária é um instituto que dá ao conflito um tratamento especial, ou seja, ele é tratado dentro do próprio núcleo da comunidade na qual foi instaurado. Além de ser uma forma de acesso

á justiça, este modelo de tratamento de conflitos é também uma ferramenta de pacificação social e um meio de exercício da cidadania, considerando que a própria comunidade resolve seus conflitos. Sendo assim, os membros da comunidade se tornam menos dependentes do Estado, diminuindo a intervenção estatal (CAMARGO, 2017).

Na mediação comunitária a peça fundamental é participação cidadã, pois o tratamento de determinado conflito dentro da sociedade pode ser tratado mais rapidamente, impulsionando ainda fortalecimento do desenvolvimento comunitário. Assim, o diálogo entre membros da comunidade edifica relações de cooperação, que gera a abertura de novos caminhos para uma transformação social, e também cultural (CAMARGO, 2017).

Um aspecto muito interessante nesta modalidade de mediação é a escolha do mediador, uma vez que ele é escolhido pela comunidade, isto é, pelos cidadãos locais, que pode ser o professor, uma pessoa mais experiente, o padre, dentre outros. Assim, como ele vive no seio daquela comunidade, acaba conhecendo a vida das pessoas e até mesmo acompanhando a rotina dos cidadãos.

Inicialmente, o mediador comunitário, em regra, é escolhido por pela comunidade, ocorrendo divergências em situações de imparcialidade, pois como é escolhido pelos cidadãos locais, o mediador conhece a vida das pessoas, e em algumas situações ainda possui parentesco ou relação de amizade com outras. Contudo essas situações são consideradas justas pela sociedade, dada à neutralidade reconhecida no papel do mediador (CAMARGO, 2017, p. 43).

O mediador, assemelha-se a um pastor na comunidade, pois nela inserido tem a tarefa de escutar, e, somente quando a escuta findar, passa à mediação propriamente dita, com a facilitação do diálogo entre as pessoas envolvidas no conflito (CAMELO, 2006).

Nesse contexto é que a Mediação Comunitária se apresenta como forma que ultrapassa a simples eficácia na resolução de conflitos, sendo capaz de gerar o diálogo cidadão, uma Justiça cidadã. A percepção do diferente, a alteridade, a simplicidade, a informalidade, a possibilidade de se estabelecer um diálogo em um meio onde o individualismo é marca, a organização que pressupõe ser ouvido, são características que

garantem a viabilidade de uma Justiça baseada no fomento da cidadania (CAMELO, 2006, p. 58).

Destaca-se nesse sentido, a efetividade dos acordos firmados pela mediação, pois as próprias partes convencionaram suas cláusulas, o que era viável cumprir de acordo com as suas condições. Não houve a imposição de um terceiro para os conflitantes, para que sigam exatamente o conteúdo da decisão, com um viés autoritário. Na mediação há esta possibilidade, das partes deliberarem sobre o que estão dispostos a cumprir (FERRAZ, 2016).

Além disso, pode-se afirmar que a mediação comunitária oferece um caminho para a prática da cidadania, pois incentiva a participação ativa na busca conjunta pelas partes de uma solução para os mais variados conflitos que podem surgem a partir das relações familiares, de vizinhança, comerciais, com o meio-ambiente, com o consumidor e tantas outras (CARVALHO, 2010).

Assim, a ideia de necessidade da implementação da mediação comunitária na sociedade para promover o diálogo, pode reinserir os cidadãos em suas identidades participantes da sociedade, pois o viés democrático da mediação dá a oportunidade de reflexão e decisão com a outra parte envolvida (CAMARGO, 2017).

Ademais, a mediação comunitária, por ter um caráter especial de proximidade, pois os envolvidos no conflito convivem na mesma comunidade, tem o condão de fortalecer os laços sociais operando e convertendo o conflito, oportunizando uma nova teia social, a comunidade produz e faz a utilização da sua cultura e conhecimento local e constrói um tratamento para o problema que lhe afeta, abrindo um canal para dar respostas comunitárias (CAMARGO, 2017).

A mediação comunitária tem como escopo principal, por meio do diálogo, fazer com que as pessoas administrem bem seus conflitos. Contribuindo para conscientizar as pessoas da importância de sua participação na discussão de seus problemas, dando a elas o sentimento de inclusão na sociedade (CARVALHO, 2010).

Desta feita a mediação comunitária é facilitadora no acesso a justiça, proporcionando as partes um resgate de seus laços, além do mais traduz-se um em maior fortalecimento do âmbito local, acarretando

em um desenvolvimento frente aos novos valores e hábitos que são desenvolvidos através do tratamento dos conflitos, educação e pacificação social (CAMARGO, 2017, p. 52).

No Brasil, encontram-se alguns centros de mediação comunitária, merece destaque o núcleo implantado no Distrito Federal, em 2000[56]:

Outra experiência que marca as práticas de mediação comunitária no Brasil foi a inédita criação do Projeto Justiça Comunitária (atualmente Programa Justiça Comunitária) do Distrito Federal. Este projeto nasceu a partir da experiência advinda do Juizado Especial Cível Itinerante do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em que se buscava atender às comunidades que vivenciam a ausência do acesso à Justiça formal (LEANDRO, 2016, p. 10).

Durante o projeto, destacou-se a falta de conhecimento dos cidadãos em relação aos seus direitos e, ainda, a dificuldade de produção probatória, tendo em vista a informalidade com que os negócios eram firmados naquelas comunidades (LEANDRO, 2016).

Por fim, outra experiência que se apresenta em cenário nacional como uma das práticas mais internalizada e ampla no campo das políticas públicas, é o Programa Mediação de Conflitos em Minas Gerais. Trata-se de uma política pública estadual de prevenção à violência com recorte territorial e comunitário, localizado em 33 regiões do estado que concentram as maiores taxas de criminalidade violenta. Alocado na estrutura orgânica da administração pública do Governo do Estado de Minas Gerais, da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS), por meio da Coordenadoria Especial de Prevenção à Criminalidade, através do Núcleo de Resolução Pacífica de Conflitos (NRPC) que, por sua vez, é responsável pela coordenação geral do Programa Mediação de Conflitos. O Programa Mediação de Conflitos originou-se da Universidade Federal de Minas Gerais, por meio do Programa Polos de Cidadania [...] (LEANDRO, 2016, p. 11).

Outrossim, a mediação comunitária não surge só em razão da procura suprimida, mas também em razão da consciência dos direitos, e

56 Tribunal de Justiça do Distrito Federal, disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/justicacomunitaria/publicacoes/arquivos/justica_comunitaria2ed.pdf/view>. Acesso em: 22 jun. 2020.

ainda em razão da ciência de que tais direitos podem ser satisfeitos de forma autocompositiva, através dos meios consensuais de resolução de conflitos (CAMELO, 2006).

Portanto, percebe-se através deste estudo, que a mediação comunitária vem se mostrando uma ferramenta muito efetiva na solução de conflitos. Também, como meio eficiente de descongestionamento do judiciário. Embora, ainda tímida a sua aplicação no Brasil, já se pode vislumbrar uma luz no fim do túnel, pois há pessoas interessadas com a aplicação da autocomposição nos litígios.

4 CONCLUSÃO

O presente texto buscou traçar um panorama geral sobre a mediação comunitária, seus principais aspectos, mostrar a importância do conflito para a sociedade, apontando caminhos alternativos para tratá-lo. O papel do mediador e como vem se consolidando tal prática nas comunidades brasileiras, trazendo como exemplo o núcleo de mediação comunitária do Distrito Federal.

Partindo do problema de pesquisa proposto, se a mediação comunitária pode ser considerada uma política pública para resolução de conflitos sociais, pode-se concluir ao final do estudo que sim, pois é uma ferramenta apta para tanto, mesmo que não exista ainda comprovação científica. A pesquisa realizada cumpriu com o objetivo proposto e seguindo a metodologia escolhida respondeu ao problema apresentado.

Assim, observa-se que é possível aproximar os cidadãos da justiça através da mediação comunitária, quebrando o paradigma atual da "judicialização" de todo conflito. Também, provocando uma mudança na cultura jurídica no que tange ao modo como são tratados os litígios no Brasil. Pode-se tratar o conflito de um modo mais saudável e humanizado para as partes, sem o tradicional embate dos tribunais, através da mediação comunitária.

5 REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A democratização da justiça*. Disponível em: < http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/115/158>. Acesso em 02 nov. 2018.

BARBOSA, Águida Arruda. *Composição da historiografia da mediação: instrumento para o direito de família contemporâneo*. Revista Direitos Culturais, v. 2, n. 3, dez. 2007. Disponível em: < http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/94/74 >. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010.* Brasília, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/ detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família. Curitiba*: Juruá, 2003.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. CARELLO, Clarissa Pereira. *O DIREITO CHINÊS E A MEDIAÇÃO: COMO O BRASIL CHEGARÁ LÁ?* Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/50far1k0/xz7ULeo67ReK7nbP.pdf>. Acesso em 23 jun. 2020.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAMELO, Michele Candido. *Mediação comunitária: realização de uma justiça cidadã?* Fortaleza, 2006. Disponível em: < http://livros01.livrosgratis.com.br/cp096306.pdf >. Acesso em: 23 jun. 2020.

CAMARGO, Daniela Aguilar. *A mediação comunitária como ferramenta de acesso a justiça e desenvolvimento no espaço local.* Revista brasileira de Políticas Públicas, disponível em: < https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4404>. Acesso em 23 jun. 2020.

CARVALHO, Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda Paes de. *A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO INSTRUMENTO DE PRÁTICA DA CIDADANIA E DA DEMOCRACIA: A experiência do estado do Ceará.* Disponível em: < https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20057>. Acesso em: 21 de jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório Justiça em Números, 2019*. Disponível em:< https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 18 jun. 2020.

DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE. *Significado de Conflito.* Disponível em: <https://www.dicio.com.br/conflito/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

DORNELLES, Maini; KUNDE, Bárbara Michele Morais. *O movimento de desjudicialização de procedimentos e o acesso à justiça à luz do princípio constitucional da solidariedade*. Disponível em:< file:///C:/Users/User/Desktop/19508-1192615284-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 abril 2019.

FERRAZ, Eduarda França Pachá. *CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE MEDIAÇÃO.* Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/29731/29731.PDF>. Acesso em 23 jun. 2020.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *O papel do terceiro e as interrogações do conflito social.* Org: Charlise Paula Colet Gimenez; Fabiana Marion Spengler; Karina Schuch Brunet. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

KOPS, Rodrigo Nunes; ZITZKE, Ana Paula. *A mediação comunitária como política pública transformadora da sociedade*. Disponível em: < https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13197>. Acesso em 15 jun. 2020.

LEAL, Rogerio Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEANDRO, Ariane L Gontijo. *Experiências de mediação comunitária no Brasil: desafios teóricos e práticos.* Disponível em: <http://www.mediare.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Experiencias-de-Mediacao-comunitaria-no-Brasil-Ariane-Gontijo.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem:* alternativa à jurisdição! 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

RUBIN, J.K.; PRUITT, D.G; Kim, S.H. Social Conflict: escalation, stalemate and settlement. Second Edition. New York. McGraw-Hill, Inc. 1994.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação*: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

_____. Fabiana Marion. *Fraternidade, mediação e jurisdição: (des)encontros.* Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

_____. Fabiana Marion. Mediação no direito familista e sucessório [recurso eletrônico] / Fabiana Marion Spengler. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018. Dados eletrônicos.

_____. Fabiana Marion Mediação: técnicas e estágios [recurso eletrônico] / Fabiana Marion Spengler. – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. *O Fórum Múltiplas Portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social.* Curitiba: Multideia, 2013

TARTUCE, Fernanda. *O novo marco legal da mediação no direito brasileiro - The new mediation legal mark in Brazilian Law.* Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

A ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

Adélia Procópio Camilo
Nubia Medeiros de Oliveira

INTRODUÇÃO

A arbitragem, apesar de presente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1824, é pouco utilizada, devido ao hábito social da busca pelo Poder Judiciário para a resolução dos conflitos. Atualmente, o instituto é regulamentado pela Lei 9.307/96, sendo considerado um mecanismo alternativo de solução de conflitos.

Neste importante modelo de resolução de conflitos, ressaltam autores como Humberto Theodoro Júnior (2019) e Rodolfo Pamplona Filho (2020), não há a intervenção direta do Estado, uma vez que um terceiro, particular, opera como juiz de fato e de direito. O árbitro, por sua vez, deve agir com imparcialidade, independência, competência e diligência - atributos expostos expressamente no artigo 13, §6º, da Lei 9307/96.

Diante disso, as partes têm seus litígios solucionados por este particular, escolhido ou designado, que fará seu julgamento respeitando a igualdade e de maneira equidistante entre as partes.

Ao optarem por utilizar o método da arbitragem, as partes beneficiam-se com a possibilidade de solução de seus conflitos em prazo exíguo - a demanda submetida ao Judiciário, por outro lado, pode se estender por anos.

Mesmo diante das vantagens apresentadas pelo método arbitral, ainda há muita discussão, resistência e repulsa à sua utilização, prin-

cipalmente no Direito do Trabalho. Assim, o presente artigo tem por escopo examinar a arbitragem, seus requisitos, e demonstrar seus benefícios bem como sua aplicabilidade ao Direito do Trabalho.

1 CONCEITO

A arbitragem constitui-se em forma extrajudicial alternativa de solução de conflitos e encontra-se regulamentada, no Brasil, pela Lei 9.307/96.

José Cretella Júnior, define o instituto da arbitragem como:

> Sistema especial de julgamento, com procedimento técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem, de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhe a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida. (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p.128).

Carlos Alberto Carmona, por sua vez, assim conceitua:

> Meio alternativo de solução de controvérsias através de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial. (CARMONA, 2009, p.31).

Na análise do conceito, observa-se que a sentença arbitral possui a mesma eficácia que a sentença judicial, ou seja, constitui-se em título executivo judicial, tão somente podendo ser anulada nos casos previstos em lei. Ou seja, o árbitro produzirá decisão que deverá ser cumprida obrigatoriamente pelas partes.

Seguindo a mesma vertente, dispõe o art. 1º, da lei 9.307/96, que somente poderão utilizar o instituto da arbitragem, pessoas civilmente

capazes, tendo seu objeto limitado a matérias relativas a direitos patrimoniais disponíveis.

Deste modo, as pessoas físicas capazes, bem como as pessoas jurídicas, possuem a liberdade de utilizar o instituto arbitral, pois ele é fruto de uma opção das partes. Ninguém é obrigado a submeter qualquer relação contratual à arbitragem, o seu uso deve ser espontâneo.

2 ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem existe, no Brasil, desde a colonização portuguesa, porém sem histórico de utilização, em parte por ausência de regulamentação, pois era encontrada, na legislação, de maneira esparsa:

> Sua fundamentação foi encontrada em diversas leis, como nas Ordenações Manuelitas e Filipinas (aplicadas até a independência), bem como no Código Comercial de 1850, que já declarava em alguns dos seus dispositivos a utilização obrigatória da arbitragem.
>
> Em 1939, o Código de Processo Civil então vigente fazia menção à utilização do juízo arbitral, a exemplo do constante nos seus artigos 1.031 a 1.04615. No entanto, mesmo o instituto sendo redelineado no Código de Processo Civil de 197316, atualmente em vigor, não foi tacitamente aceito, pois continuou com a necessidade de intervenção obrigatória do Poder Judiciário para dar eficácia ao mesmo. (LIRA, 2011, p.19)

A efetiva utilização da arbitragem começou a ocorrer a partir da publicação da Lei 9.307/1996 que, como explicitado, atualmente a regula. Observa-se, ainda, que no ordenamento jurídico brasileiro existem outras disposições a respeito desse instrumento.

Exemplifica-se, inicialmente, com o artigo 114, da Constituição Federal de 1988 – único a tratar do tema no texto constitucional - que delimita a competência material da Justiça do Trabalho e, em seus parágrafos 1° e 2°, permite, expressamente, a aplicação da arbitragem para dirimir conflitos coletivos trabalhistas. Assim, dispõe-se sobre a

possibilidade de as partes elegerem árbitros, quando frustrada a negociação coletiva e coloca-se referida forma extrajudicial de resolução de conflitos como alternativa aos dissídios coletivos.

Importante ressaltar recente novidade, introduzida pela reforma trabalhista, o artigo 507-A, da CLT - que será analisado posteriormente – e possibilita ao empregado optar pela arbitragem para sanar conflitos trabalhistas, mesmo que no âmbito individual, desde que cumpridos os requisitos dispostos em lei.

Não se pode deixar de registrar, ainda, que a Lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil, incentivou expressamente a busca da solução consensual de conflitos por meio da arbitragem.

Ademais, ressalta-se que a Lei 13.129/2015, alterou disposições da Lei de Arbitragem, valorizando o papel dos árbitros e o princípio da autonomia da vontade, ao tratar de tutelas cautelares e de urgência.

Deste modo, vê-se que o próprio ordenamento jurídico moderno estimula formas que possam levar à solução consensual de conflitos, em busca de real efetividade de proteção do direito material.

3 BREVES PECULIARIDADES DA ARBITRAGEM

Antes de abordar a aplicação da arbitragem no Direito do Trabalho, interessante verificar breves aspectos específicos, que a particularizam como forma extrajudicial de solução de conflitos.

3.1 Procedimento

Conforme estudo doutrinário, procedimento é a sequência dos atos processuais coordenados. É a forma como o processo se exterioriza e se materializa no mundo Jurídico. Consoante o entendimento de Aroldo Plínio Gonçalves:

> Como uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de um sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento, para se concluir que a lei criou

> um juízo arbitral , um processo e um procedimento arbitral (GONÇALVES, 2012, p.102).

O procedimento arbitral está previsto nos artigos 19 a 22 da Lei 9.307/1.996 e, para que haja a instituição do procedimento, é necessária a aceitação do árbitro.

Se o órgão arbitral for composto por mais de um árbitro, assumirá a presidência do colegiado aquele que for designado pela maioria. Não havendo consenso, assumirá a presidência o árbitro mais idoso e este poderá, ou não, designar um secretário dentre os árbitros.

Não há, na lei, exigências quanto às formalidades de aceitação. Entende-se que se aceitou o encargo quando se tomam providências para o prosseguimento do procedimento arbitral. A flexibilidade - rápida e econômica - é um dos pontos mais atraentes da arbitragem, uma vez que esta não se prolonga no tempo, como acontece nos processos judiciais. A liberdade das partes em estabelecer as regras que vão dirimir o conflito é sempre no sentindo de obter o melhor resultado dos atos praticados, buscando alcançar uma sentença com qualidade e rapidez.

A autonomia da vontade das partes e, subsidiariamente, dos árbitros é limitada quanto à discriminação das regras procedimentais, bem como na própria lei. O procedimento arbitral sempre respeitará os princípios do contraditório, da isonomia, da imparcialidade e do livre convencimento.

Nesse contexto, Carlos Alberto Carmona leciona:

> As partes podem adotar o procedimento que bem entenderem desde que respeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional. Se nada dispuserem sobre o procedimento a ser adotado e se não se reportarem a regras de algum órgão institucional, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral ditar as normas a serem seguidas, sempre atendidos os princípios há pouco mencionados, princípios esses que, em última análise, resumem o conteúdo do que, historicamente, acabou sendo conhecido como o devido processo legal. (CARMONA, 2009, p. 23).

O procedimento a ser dotado durante a arbitragem seguirá o pactuado na convenção de arbitragem. Caso não haja nada convencionado a respeito, caberá ao árbitro disciplinã-lo.

3.2 Convenção de Arbitragem

A convenção de arbitragem, assim como dispõe o art. 3º, da Lei 9.307/1.996, é o pacto assinado pelas partes de se obrigarem a resolverem seus conflitos, atuais ou futuros, por meio da arbitragem. É gênero, que abrange a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Neste sentido, José Albuquerque Rocha a define como (1998, p. 152): "Acordo escrito através do qual as partes se obrigam a submeter seus litígios civis, atuais ou futuros, ao juízo arbitral".

Portanto, quando as partes escolhem que seus conflitos de interesses serão resolvidos pela arbitragem, terão que celebrar a convenção de arbitragem que, de imediato, produz efeitos de afastar a atuação do Poder Judiciário.

3.3 Compromisso Arbitral e Cláusula Compromissória

O compromisso arbitral está previsto no art. 9º da Lei 9.307/1.996, tratando-se de uma convenção, por intermédio da qual, as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. Sendo assim, o compromisso arbitral é cabível nas hipóteses em que o conflito já aconteceu e as partes decidem resolvê-lo por meio da arbitragem – em litígios já existentes e determinados.

Já a cláusula compromissória está prevista no art. 4º da 9.307/1.996, sendo a convenção, por intermédio da qual, as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir.

Assim, citada cláusula possui caráter preventivo, as partes comprometem-se a contratar e honrar seus compromissos, porém, em caso de eventuais conflitos, decorrentes do contrato, estes deverão ser resolvidos pelas vias da arbitragem. A cláusula compromissória deixou de ser um pré-contrato de compromisso, tendo em vista que, nos termos do art. 5º, da Lei de Arbitragem, o juízo arbitral pode ser instituído sem que seja necessária a celebração de um compromisso arbitral.

Nesse sentido, manifestação do STJ:

> A diferença entre as duas formas de ajustes consiste no fato de que, enquanto um compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato (STJ, 2007).

Pode-se dizer que a cláusula compromissória de arbitragem pressupõe vínculo contratual. Já o compromisso arbitral refere-se à relação conflituosa com origem em negócio ou em fato jurídico, sem ter sido, necessariamente, cogitada a arbitragem do nascimento da lide.

Como citado, houve grande inovação a respeito da cláusula compromissória de arbitragem, no âmbito trabalhista, no artigo 507-A, da CLT - introduzido pela Reforma Trabalhista, Lei 13.467/17 - que diz respeito à possibilidade expressa de pactuar a cláusula compromissória de arbitragem em determinados contratos individuais de trabalho.

Apesar do artigo trazer expressamente a possibilidade da arbitragem nestes contratos individuais, este tem sido alvo de muitos debates. Salienta-se que as discussões a respeito da possibilidade de utilização da arbitragem, nos conflitos individuais trabalhistas, no Brasil, são muito antigas, como se verá a seguir.

4 ARBITRAGEM NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

A arbitragem é um instrumento que facilita a solução de conflitos, porém sua utilização cerca-se de controvérsias no cenário trabalhista.

O Direito do Trabalho, quanto à aplicabilidade da arbitragem, divide-se em duas vertentes. A primeira encontra-se nos dissídios coletivos, onde referida forma de solução de conflitos é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, corroborada pela já abordada previsão constitucional.

Lado outro, no âmbito dos dissídios individuais, existem grandes controvérsias e recente inovação normativa, após um grande período de debates acadêmicos e divergências entre julgados.

4.1 Arbitragem nos Dissídios Coletivos

Compreendem-se os dissídios coletivos como demandas ajuizadas por uma coletividade, categoria ou classe trabalhista, visando a solução de litígios, acarretando, para tanto a criação, alteração ou amortização das situações em que se enquadram tal categoria.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite:

> Os dissídios coletivos são, portanto, ações coletivas destinadas à defesa de interesses gerais e abstratos de categorias (profissional ou econômica), cujo objeto, via de regra, consiste na criação de novas normas (cláusulas) ou condições de trabalho mais benéficas do que as previstas em lei. A possibilidade de a Justiça do Trabalho criar normas trabalhistas por meio do dissídio coletivo de natureza econômica é conhecida como "poder normativo. (LEITE, 2019, p. 382).

Diante do conceito acima transcrito, é possível concluir que os Tribunais Regionais do Trabalho irão criar um direito novo, ao resolver a controvérsia coletiva dos grupos nela envolvidos.

No tocante a essas ações, não há dúvidas quanto à aplicação da arbitragem, uma vez que, como citado anteriormente, encontra-se no texto constitucional expressa previsão da sua utilização, conforme redação dos parágrafos 1° e 2° do art. 114 da CF/88.

Assim, pode-se concluir que é livre a utilização a arbitragem para dirimir conflitos coletivos trabalhistas. Nessas relações, não há que se falar em parte hipossuficiente compondo o litígio, uma vez que os empregados sempre estarão representados pelas entidades sindicais de sua categoria, proporcionando equilíbrio entre as partes, na relação processual.

Ilustra Iara Alves Cordeiro Pacheco:

> Se a demora é prejudicial na prestação jurisdicional, nos dissídios individuais, as consequências são ainda maiores nos dissídios coletivos, quando é atingida uma grande massa de trabalhadores, integrantes da categoria profissional envolvida. (PACHECO, 2003, p.37).

Nesse contexto, não restam dúvidas quanto à utilização da arbitragem no âmbito dos conflitos coletivos, porém, apesar de haver previsão constitucional quanto à utilização, sua expressividade ainda é bastante limitada, seja por ausência de representatividade adequada das categorias, seja pela falta de crédito na atuação dos árbitros ou, até mesmo, no próprio instituto da arbitragem privada.

4.2 Arbitragem nos Dissídios Individuais

De maneira diferente dos dissídios coletivos, o uso da arbitragem nos dissídios individuais, encontra resistência e cerca-se de controvérsias.

Tradicionais doutrinadores conceituam os dissídios individuais:

> "É um processo judicial por meio do qual o Estado concilia ou decide os litígios entre empregados e empregadores, singularmente considerados, decorrentes da relação de emprego e, mediante lei, outras controvérsias decorrentes de relações de trabalho." (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 464).

Na mesma perspectiva:

> A relação individual de trabalho diz respeito ao contrato individual de trabalho, envolvendo o empregado e o empregador (sujeitos) em seus interesses individuais (dizem respeito ao contrato de trabalho individual, ou seja, a relação de emprego). Trata de regulação do contrato de trabalho (direitos e deveres de ambas as partes). (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 1572).

Nesse sentindo, os dissídios individuais são ações ajuizadas por pessoas físicas na busca de resguardar seus direitos. Nessas ações, as partes são determinadas e discutem-se interesses concretos baseados em normas já existentes.

Ao contrário dos dissídios coletivos, não há previsão expressa na Constituição Federal relativa à arbitragem para solução de conflitos individuais. Sendo assim, discute-se, na doutrina e na jurisprudência, a

possibilidade de utilização do instituto arbitral, uma vez que os direitos trabalhistas são considerados irrenunciáveis e indisponíveis.

A Reforma Trabalhista, Lei 13.467/17, em seu Art. 507-A da CLT, apresentou expressiva novidade sobre a possibilidade de o empregado optar pela arbitragem para sanar conflitos trabalhistas, mesmo quando decorrentes de contratos individuais de trabalho:

> Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 2017).

Portanto, a nova lei autoriza a solução dos conflitos, nos contratos individuais de trabalho, mediante alguns requisitos, quais sejam, a iniciativa do empregado ou sua concordância expressa, remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social observando-se a Lei de Arbitragem.

Todavia, o artigo supracitado passou a ser alvo de muitas críticas e preocupações. Isto porque o Direito do Trabalho é marcado pela indisponibilidade das garantias asseguradas pela CLT, sobretudo no que diz respeito às regras de proteção ao trabalhador, levando-se em consideração sua vulnerabilidade em uma relação de trabalho.

Assim, cria-se a dicotomia entra posicionamentos, um lado pela defesa da utilização da via arbitral para resolver os litígios individuais, e o outro negando completamente a validade quando utilizada a via arbitral com essa finalidade.

Majoritariamente, o Tribunal Superior do Trabalho entende que não é possível a utilização, como regra, da arbitragem para solucionar os dissídios individuais:

> RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA 1 – SENTENÇA ARBITRAL. DISSÍDIO INDIVIDUAL. INVA-

> LIDADE. Esta Corte entende ser inadmissível a solução de conflitos concernente ao Direito Individual do Trabalho efetivada perante o juízo arbitral, mormente porquanto a própria Lei 9.307/96, que estabeleceu o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, em seu art. 1º, restringiu o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. O art. 114, § 2º, da Constituição Federal somente autoriza a utilização da arbitragem como método de hetero composição em se tratando de Dissídio Coletivo, pois o elege como alternativa à Ação de Dissídio Coletivo. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (...). Recurso de revista não conhecido (ARR 127100-37.2008.5.05.0019, rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, j. 2-12-2015, DEJT 11-12-2015).

No mesmo sentindo, Mauricio Godinho Delgado expõe:

> As fórmulas de solução de conflitos, no âmbito do Direito Individual do Trabalho, submetem-se, é claro, aos princípios nucleares desse segmento especial do Direito, sob pena de a mesma ordem jurídica ter criado mecanismo de invalidação de todo um estuário jurídico-cultural tido como fundamental por ela mesma. Nessa linha, é desnecessário relembrar a absoluta prevalência que a Constituição confere à pessoa humana, à sua dignidade no plano social, em que se insere o trabalho, e a absoluta preponderância deste no quadro de valores, princípios e regras imantados pela mesma Constituição. Acresça-se, ainda, a dificuldade de compatibilização da regra disposta nos arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem com o preceito clássico de amplo acesso ao Judiciário, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição. De fato, a Lei n. 9.307 parece querer conferir qualidades de coisa julgada material à decisão arbitral, mesmo em conflitos meramente interindividuais, excluindo, em consequência, da apreciação judicial lesão ou ameaça a direitos trabalhistas que poderiam estar nele embutidas. Ainda que se considere superável tal dificuldade de compatibilização no âmbito do Direito

> Civil, Direito Comercial/ Empresarial, Direito Internacional e outros segmentos jurídicos — onde vigora, como critério geral, o princípio da autonomia da vontade —, ela não parece passível de arredamento no campo justrabalhista, em que os princípios nucleares são de natureza e direção sumamente distintas. Registre-se, a propósito, ser comum na cultura jurídica a existência de institutos modelares para certos campos normativos, embora incompatíveis com relação a outros. Nesta medida de incompatibilidade com o Direito Individual do Trabalho encontra-se a arbitragem. (DELGADO, 2019, p. 1660)

Corrobora, ainda, Mauro Schiavi:

> ...diante da hipossuficiência do trabalhador brasileiro, das peculiaridades das relações de trabalho e de emprego, do caráter irrenunciável do crédito trabalhista, não há como se aplicar de forma irrestrita a arbitragem para resolução de qualquer conflito individual trabalhista, mesmo que a convenção arbitral seja firmada após a cessação do contrato individual de trabalho, pois ainda presente a hipossuficiência econômica do trabalhador. (SCHIAVI, 2017, p.69).

Um dos fundamentos em que se baseia o entendimento é que, apesar de o artigo 507-A, da CLT, explicitar que a remuneração deve ser superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, tal limite deve ser interpretado como sendo a remuneração básica do trabalhador, e não aquelas parcelas sujeitas a flutuações ou a situações pessoais do empregado, nos termos do art. 457, § 2º, da CLT.

Argumenta-se, também, que os direitos individuais trabalhistas são indisponíveis, de caráter social de ordem pública, portanto, irrenunciáveis. Assim, a própria Lei de Arbitragem, no já citado artigo 1º, afastaria a incidência de utilização do instrumento, já que restringe sua aplicação apenas a direitos patrimoniais disponíveis.

Afirma-se que mesmo que a convenção de arbitragem seja firmada após a cessação do contrato individual de trabalho, o empregado, hipossuficiente, estaria vulnerável em relação ao empregador.

Lado outro, existem decisões em sentido contrário, até mesmo antes da Reforma Trabalhista, como se exemplifica:

> EMENTA: ARBITRAGEM E CONFLITOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO - POSSIBILIDADE - CONCEITO DE INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS - EFEITOS JURÍDICOS
>
> (...) **indisponibilidade não se confunde com transação, quando há dúvida sobre os efeitos patrimoniais de direitos trabalhistas em situações concretas. Indisponibilidade não se há de confundir-se com efeitos ou consequências patrimoniais. Neste caso, a negociação é plenamente possível e seu impedimento, pela lei ou pela doutrina, reduziria o empregado à incapacidade jurídica, o que é inadmissível, porque tutela e proteção não se confundem com privação da capacidade negocial como atributo jurídico elementar de todo cidadão. (…) A arbitragem, tradicionalmente prevista no Direito Coletivo, pode e deve também estender-se ao Direito Individual, porque nele a patrimonialidade e a disponibilidade de seus efeitos é indiscutível e é o que mais se trata nas Varas trabalhistas, importando na solução, por este meio, de 50% dos conflitos em âmbito nacional.** Basta que se cerque de cuidados e se mantenha isenta de vícios, a declaração do empregado pela opção da arbitragem que poderá ser manifestada, por exemplo, com a assistência de seu sindicato, pelo Ministério Público do Trabalho ou por cláusula e condições constantes de negociação coletiva. 11- Em vez da proibição, a proteção deve circunscrever-se à garantia da vontade independente e livre do empregado para resolver seus conflitos. **Se opta soberanamente pela solução arbitral, através de árbitro livremente escolhido, não se há de impedir esta escolha, principalmente quando se sabe que a solução judicial pode demorar anos, quando o processo percorre todas as instâncias, submetendo o crédito do emprego**

> **a evidentes desgastes, pois são notórias as insuficiências corretivas dos mecanismos legais**. (...) Já é tempo de confiar na independência e maturidade do trabalhador brasileiro, mesmo nos mais humildes, principalmente quando sua vontade tem o reforço da atividade sindical, da negociação coletiva, do Ministério Público, que inclusive pode ser árbitro nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho - art. 83, X, da LC 75/93. 14- **A relutância em admitir a arbitragem em conflitos individuais de trabalho é uma prevenção injustificada que merece urgente revisão.** Não se pode impedir que o empregado, através de manifestação de vontade isenta de vício ou coação, opte por meios mais céleres, rápidos e eficientes de solução do conflito do que a jurisdição do Estado. (TRT-3ª Região. 4ª Turma. Proc. 00259-2008-075-03-00-2 RO (RO-19.829/08), relator Des. Antonio Alvares da Silva, DJMG 31.1.2009). (grifos nossos)

No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins afirma que:

> Se não há mais contrato de trabalho entre o empregado e o empregador, não se pode falar que o trabalhador está sofrendo pressão do empregador para renunciar verbas trabalhistas, principalmente diante do fato de que a controvérsia está sendo submetida ao árbitro. O empregado não está mais submetido ao poder de direção do empregador. (MARTINS, 2015, p. 68).

Favorável ao método arbitral, Rodolfo Pamplona Filho expõe:

> Desde antes da edição dessa previsão legal, entendíamos que, embora não se deva adotar a arbitragem como regra, excepcionalmente parece possível a utilização da arbitragem para a solução de demandas envolvendo sujeitos capazes, titulares de direitos patrimoniais e disponíveis, inclusive aquelas atinentes às relações de emprego, sejam estas individuais ou coletivas. (PAMPLONA FILHO, 2020, p. 48)

Com o mesmo entendimento, a 6ª. Turma, do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

> JUÍZO ARBITRAL. APLICABILIDADE NOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. POSSIBILIDADE. Excluídos os vícios de consentimento e observadas as exigências previstas na Lei no. 9.307/96, é perfeitamente cabível o instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. (TRT-5 - RO: 31002720065050021 BA 0003100-27.2006.5.05.0021, Relator: DÉBORA MACHADO, 6ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 31/07/2007).

Algumas das justificativas apontadas pelos apoiadores da utilização do método arbitral são agilidade, confidencialidade, ausência de ônus para o Estado, informalidade, especialidade e flexibilidade, em contraponto à realidade do sistema judicial brasileiro. Na arbitragem, os conflitos são solucionados a médio prazo, em no máximo seis meses, conforme dispõe o art. 23 da Lei de arbitragem. Já no Judiciário pode se estender por anos e anos.

Rodolfo Pamplona Filho, quanto a negativa à arbitragem:

> Ora, em função do Princípio tradicional da Irrenunciabilidade de Direitos, há quem entenda que o Juízo Arbitral seria totalmente inaplicável às relações individuais de trabalho, o que tem encontrado respaldo nos setores mais conservadores da doutrina e jurisprudência. Todavia, os tempos parecem estar mudando no horizonte, pois, pouco a pouco, a flexibilização dos direitos trabalhistas no plano individual, ainda que com a assistência das entidades sindicais, parece estar ganhando cada vez mais corpo. Além das previsões constitucionais do art. 7º, incisos VI, XIII e XIV (flexibilização de direitos trabalhistas com base na negociação coletiva), a política do atual Governo Federal, com envio de projetos de reestruturação da legislação laboral, também infere que grandes transformações estão por vir, com o incentivo, cada vez maior, de formas de solução extrajudicial de conflitos, entre as quais a arbitragem se destaca.

> Ademais, talvez já seja a hora de assumir, sem hipocrisias, que os direitos trabalhistas talvez não sejam tão irrenunciáveis assim, mas a própria possibilidade da conciliação judicial por valores menores do que o efetivamente devido já demonstra a real disponibilidade na prática (e com a chancela judicial!) (PAMPLONA FILHO, 2007, s/p).

Por fim, em termos práticos, relacionados às vantagens do instituto, extraem-se, segundo proposto por José Pastore (2002, s/p), grandes vantagens da arbitragem em relação à submissão da demanda à Justiça do Trabalho. Pode ser observado que, na arbitragem, os prazos processuais arbitrais são flexíveis e remarcáveis, as audiência são designadas em até 10 (dez) dias após a apresentação da reclamação e o tempo de resolução ocorre em, no máximo, 30 (trinta) dias, em audiência única, o processo é sigiloso e o laudo arbitral é terminativo e irrecorrível. Por sua vez, no Judiciário, os prazos processuais são rígidos e sujeitos a perdas, a média de marcação da primeira audiência é de 6 (seis) meses após o ajuizamento da ação, a duração da demanda média é de 2 (dois) a 7 (sete) anos, o processo é público e a decisão está sujeita a inúmeros recursos, o que leva a maior lentidão na solução dos conflitos.

Assim, torna-se claro que a arbitragem traz inúmeros benefícios para aqueles que optam por submeter seus litígios a este procedimento.

Salienta-se que a Lei de Arbitragem não afasta a incidência do Poder Judiciário, quando diante de situações de irregularidades, uma vez que permite, no caso de constatação de vícios que maculem a sentença arbitral, a possibilidade de a parte recorrer ao Judiciário para anular a sentença arbitral. Desta maneira, vê-se que não há violação a princípios constitucionalmente assegurados como o devido processo legal e a ampla defesa.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, conclui-se que diante da realidade do Poder Judiciário brasileiro, mediante a avalanche de processos que anualmente nele ingressam, a arbitragem possui uma função revolucionária como forma de dirimir, extrajudicialmente conflitos, alcançando resultados pacíficos e efetivos.

Garante-se, assim, confidencialidade, autonomia da vontade das partes, informalidade, celeridade e efetividade do processo, além da especialização das soluções dos litígios - eis que proferidas pela lavra de um profissional da confiança das partes com expertise sobre o tema – e, principalmente, a redução de demandas perante o Poder Judiciário.

A arbitragem, ainda, não afasta totalmente a intervenção do Poder Judiciário. Esta ocorreria, tão somente, diante de situações de irregularidades, no caso de constatação de vícios que viciem a sentença arbitral.

O instituto da arbitragem é tendência no ordenamento jurídico internacional - sendo regulamentada no Brasil pela Lei 9.307/1996 - e possui respaldo na doutrina e jurisprudência nacionais, o que estimula a solução consensual de conflitos.

O artigo 114, CF/88, § 1° e § 2°, único a tratar da arbitragem em âmbito constitucional, permite, expressamente, a aplicação da arbitragem para dirimir conflitos coletivos trabalhistas, sem qualquer controvérsia sobre o assunto.

O artigo 507-A, da CLT, permite a possibilidade de o empregado optar pela arbitragem para sanar conflitos trabalhistas, no âmbito de contratos individuais de trabalho, desde que cumpridos alguns requisitos, o que ainda é alvo de debates e discussões quanto à sua aplicabilidade.

Não se pode deixar de registrar que, a legislação atual, inclusive o Código de Processo Civil de 2015, trouxe grande incentivo direcionado à busca da solução consensual de conflitos por meio da arbitragem.

Assim, vê-se que é plenamente possível valer-se do método arbitral para solucionar tanto os conflitos coletivos como os individuais trabalhistas. A utilização do instituto arbitral não viola preceitos constitucionais, além de transmitir a mesma segurança jurídica das decisões emanadas do Judiciário, em tempo inferior, assegurando a efetividade na solução de conflitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Alberto de. **Processo arbitral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BRASIL. **Lei nº 13.419, de 13 de março de 2017**. Brasília: Senado Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 12/06/2020.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm.> Acesso em: 12/06/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.> Acesso em: 12/06/2020.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem:** mediação: conciliação**:** tribunal multiportas. 7ª. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil,2018.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo** – Um comentário à Lei 9307/96. São Paulo: Malheiros, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Da Arbitragem e seu conceito categorial**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, nº 98, p. 128, abril/junho de 1998.

DELGADO, Mauricio Godinho**. Curso de direito do trabalho**. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo :LTr, 2019.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2012.

JORGE NETO, Francisco Ferreira, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**.9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**.17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIRA, Kelsen Diego Lotif. **A arbitragem no sistema de solução de controvérsias do Mercosul.** Disponível em: . Acesso em 09/07/2020.

MARTINS, Sérgio Pinto, **Direito Processual do Trabalho**. 36. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. **Os dreitos trabalhistas e a arbitragem.** São Paulo: LTr, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6831>. Acesso em: 01 junho 2020

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PASTORE, José. O Estado de São Paulo (2002). **Arbitragem trabalhista**. Disponível em <http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_162.htm.> Acesso em: 01 junho 2020.

ROCHA, José Albuquerque, **A lei de arbitragem (lei.9.307, de 23.9.1996):** uma avaliação crítica. São Paulo: Malheiros: 1998.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1. ed. — São Paulo: LTr Editora, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 61, ed., Rio de Janeiro, Forense, v.1, 2019.

TRT-3ª Região. **4ª Turma. Proc. 00259-2008-075-03-00-2 RO (RO-19.829/08**), relator Des. Antonio Alvares da Silva, DJMG 31.1.2009.

A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS COLETIVOS FUNDIÁRIOS: ANÁLISE JURÍDICO-ANTROPOLÓGICA DO CASO DA COMUNIDADE DO CAJUEIRO DO MARANHÃO

Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha
Dyhelle Christina Campos Mendes

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa discutir o uso do instituto da mediação nos conflitos fundiários sob a perspectiva antropológica e jurídica considerando a análise do caso da comunidade do Cajueiro localizada no Estado do Maranhão.

Partindo do método indutivo e da utilização de pesquisa bibliográfica e documental, chegou-se a conclusão de que apesar do instituto da mediação ser de grande valia para a resolução dos conflitos, não pode ser encarada como instrumento isento de críticas.

Nos casos em que os particulares são comunidades tradicionais existe uma dificuldade ainda maior de proteger seus direitos quando se trata de conflitos fundiários e costuma sempre prevalecer o interesse dos mais ricos e influentes em nome de uma noção de desenvolvimento.

A pesquisa também se propõe a demonstrar que a colaboração entre direito e antropologia é de extrema importância para a proteção dos direitos humanos compreendendo-se o diferente.

2 A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS COLETIVOS: a viabilidade de aplicação dos meios extrajudiciais de solução de conflitos

Diante dos conflitos decorrentes da convivência em sociedade, existem séries de normas a fim de dirimi-los, primando pela garantia e preservação de direitos essenciais à existência humana, previstos no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, cujo Brasil é signatário de normas a fim de promover direitos humanos.

Com isso, cita-se, de forma primordial, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que menciona acerca da dignidade e igualdade de forma universal; a Carta Magna, de 1988, que elenca a respeito dessa dignidade como fundamento da República (artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil (VRFB)/88), discorrendo sobre o acesso ao Poder Judiciário como forma de sanar dissensos (artigo 5º, XXXV da CRFB/88) (BRASIL, [2016]).

No entanto, em relação ao Poder Judiciário, destaca-se que nem todas as demandas submetidas a sua apreciação são dirimidas em tempo hábil, existindo 78,7 milhões de processos aguardando solução definitiva, segundo o *Relatório Justiça em Números 2019* (BRASIL, 2019). Assim, traz-se à tona a questão do acesso à Justiça através de sistema multiportas, com o uso de diversos métodos para dirimir o conflito.

Logo, primando pela busca por contribuir com a redução no número de demandas a serem sanadas pelo Judiciário, bem como para o tratamento mais adequado desses conflitos, cita-se a mediação, como meio alternativo nessa perspectiva.

A respeito da mediação, está amparada pela Lei n. 13.140/15, em que possui, dentre os princípios abrangidos, a busca pelo consenso e boa-fé (artigo 2º, VI e VIII, respectivamente, da norma comentada) (BRASIL, 2015a). Com isso, depreende-se que há a busca pela pacificação social, que é prevista no preâmbulo da Constituição.

Com isso, a mediação de conflitos visa buscar o diálogo entre as partes, primando pela preservação de direitos fundamentais, permitindo espaço para que a tratativa com o escopo de solucionar o

dissenso seja realizado, através do mediador, cujo papel consiste de não interferência em sugerir o acordo às partes, mas sim, permitir e auxiliar as negociações, para que os próprios envolvidos cheguem as suas conclusões.

Diante disso, a mediação é incentivada para tratar demandas cujo ambiente do Poder Judiciário não favorece discussões, análise mais aprofundadas, a fim de conseguir resultados mais satisfatórios aos envolvidos, como nos casos relacionados aos conflitos fundiários, em que "transcendem o jurídico, envolvendo o social, o humano, o urbano, o rural e o territorial" (VIANA; CHAI, 2017, p. 45).

Nesse interim, destaca-se os conflitos coletivos de terra, cujos impasses nessa seara, implicam desrespeitos a direitos humanos essenciais a sobrevivência humana de forma digna, perturbando o direito à moradia, de diversas famílias, cujas nuances como as citadas, devem ser pontuadas durante o sanar do conflito.

A pertinência do assunto, inclusive, consiste nas ações violentas em torno dos cumprimentos de decisões judiciais, cujas ações de despejo seguindo essa linha, ferem preceitos fundamentais, colocando em xeque direitos humanos, incluindo a não pacificação social. Assim, a busca pelo diálogo em ambiente distinto do Judiciário, somado a políticas públicas a fim de minar essas formas de solução de dissensos, poderão contribuir de forma mais satisfatória perante os conflitos no âmbito fundiário coletivo.

Sobre o assunto, Viana e Chai (2017, p. 58) tecem os seguintes comentários sobre os despejos forçados, senão vejamos:

> Tratar os conflitos fundiários urbanos dessa forma atesta um distanciamento do Poder Judiciário da sociedade e uma grande insensibilidade em relação aos problemas e direitos dessas pessoas. Determinar despejos forçados não faz com que a problemática da luta por terra e moradia desapareça, ao contrário, a violência é intensificada pela situação de ameaça de remoção, que implica na violação de diversos outros direitos, uma vez que a moradia trata-se de necessidade primária do homem para o resguardo da vida, da saúde e da liberdade.

Com isso, a forma de tratativa dos dissensos coletivos de terra de forma violenta e arbitrária não corrobora com princípios constitucionais, em específico, a dignidade da pessoa humana, norteador do ordenamento jurídico brasileiro.

Pautando-se nisso, cita-se a existência de políticas públicas com o escopo na humanização desses conflitos envoltos a questão fundiária coletiva, através da mediação, como a Comissão Estadual de Prevenção a Violência no Campo e na Cidade (COECV), instituída em 2015, no Maranhão, de forma pioneira no Brasil, a fim de "mediar os conflitos fundiários no campo e na cidade", conforme dispõe a Lei Ordinária n. 10.246/2015 (MARANHÃO, 2015, não paginado).

Com isso, consiste numa exemplificação em prol da percepção na busca pelo tratamento adequado desses conflitos, que, inclusive, sua criação ocorreu por conta de ação violenta por parte policial, no cumprimento de ação de reintegração de posse, o que ocasionou a morte de um jovem. Assim, a comissão visa atuar em diversas vertentes, destacando-se o caráter fiscalizatório para evitar que situações como a promotora de sua criação, não voltem a se repetir. A COECV, como se verá, posteriormente, atuou no conflito relacionado a Comunidade do Cajueiro, pretendendo mediar o diálogo entre os envolvidos.

Diante do exposto, percebe-se que o Estado pode promover o acesso à justiça, cumprir o seu dever prestacional na promoção de direitos sociais e humanos, como a moradia (artigo 6º da CRFB/88) para além da via de ingresso ao Poder judiciário, ou mesmo, usufruir de meios que contribuam com decisões mais justas, do ponto de vista do respeito à dignidade humana.

Viana e Chai (2017, p. 58-59, grifo nosso) ao discorrer sobre a COECV, trazem relevantes considerações ao uso da mediação nesses conflitos fundiários coletivos, conforme se verifica:

> Trata-se, portanto, de mecanismo importante para garantir uma cultura de paz na resolução dos conflitos fundiários urbanos no estado, posto que tem permitido que as partes dialoguem e que o conflito seja solucionado sem o uso da força policial, buscando encontrar outras respostas para além da remoção aos casos das ocupações consolidadas, prezando pela conso-

> nância na resolução de conflitos com os tratados internacionais de direitos humanos e legislações urbanística e constitucional nacional. Ao possibilitar que a população afetada participe ativamente das propostas de soluções para os casos permite-se o desenvolvimento do senso comum jurídico desses cidadãos, que passam a exigir outros rumos para a cidade, mais inclusivos e democráticos.

Isto é, depreende-se que o Estado, visando respeitar e promover meios mais adequados de resoluções desses dissensos, está usufruindo da mediação, com o propósito de observar direitos fundamentais dessas coletividades envolvidas, cujas sentenças não promovem discussões, a participação mais ativa dos interessados.

3 A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO APLICADA NO CASO DA COMUNIDADE DO CAJUEIRO

O presente tópico visa apresentar a comunidade do cajueiro e a aplicação do instituto da mediação para a resolução do conflito decorrente da atuação estatal na região.

3.1 Breve descrição da comunidade do Cajueiro

A Comunidade do Cajueiro, encontra-se na zona rural de São Luís, capital do Estado do Maranhão, possuindo área de interesses econômicos, conflitos relacionados a posse das terras, registradas desde 1998, pela Comissão Pastoral da Terra (OLIVEIRA; DOMENICI, 2019), cujo ano de 2014, consistiu na promoção de entrave judicial a fim da implementação de Porto na cidade de São Luís.

Assim, trata-se de comunidade tradicional do cenário do Maranhão, sendo também chamada por Sítio Bom Jesus do Cajual ou mesmo Vila do Cajueiro, constituindo-se por cinco núcleos, assim denominados: Morro do Egito, Cajueiro, Parnauaçu, Andirobal e Guarimanduba (GEDMMA, 2014 apud SANTOS; SANT'ANA JÚNIOR, 2017), cujos habitantes vivem de atividades relacionadas ao

extrativismo, pesca artesanal, agricultura familiar e caça de pequenos animais (NOGUEIRA, 2018).

Mendonça (2006, p. 6 apud MENDONÇA; MARINHO, 2020, p. 67) discorre sobre algumas características de Cajueiro, incluindo a sua abrangência à "porção sudoeste do município de São Luís e forma, com cerca de vinte outras comunidades, um território de características bem distintas das da zona urbana", cujas comunidades são:

> Rio dos Cachorros, São Joaquim, Sítio Livramento, Santa Cruz, Limoeiro, Taim, Porto Grande, Estiva, Pedrinhas, Murtura, Matinha, Rio Grande, Vila Collier, Vila Maranhão, Sítio São Benedito, Mãe Chica, Vila Conceição, Camboa dos Frades, Portinho, Ilha Pequena, Embaubal, Jacamim, Amapá e Tauá-Mirim (GEDMMA, 2014 apud MENDONÇA; MARINHO, 2006, p. 66).

Localizada na área rural II de São Luís, "Cajueiro tem área total de 600 hectares, com uma população de 1.600 habitantes e 265 prédios edificados no bairro" (MENDONÇA; MARINHO, 2020, p. 67). Possui riquezas ambientais, área estratégica, para fins de empreendimentos econômicos, como a criação de porto, que incentivam os conflitos relacionados a sua posse.

Inclusive, como já introduzido, possui entre os seus núcleos constituídos, o Morro do Egito, onde está constituído desde 1864, o Terreiro do Egito, sendo considerado um dos terreiros mais antigos no Brasil (SANTOS; SANT'ANA JÚNIOR, 2017), o que demonstra a ancestralidade, a permanência nessas terras desde o pretérito, cujo área de assentamento já fora reconhecida pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) (BRASIL, 2015b), isto é, não podendo ser vendida, como alegam possuir o direito a essas terras à WPR – São Luís Gestão de Portos e Terminais Ltda.

Assim, resta claro que "o território do Cajueiro, portanto, apresenta espacialidades e temporalidades sobrepostas, que vão de lugar sagrado religioso (...), até uma história de recente ocupação" (MENDONÇA; MARINHO, 2006, p. 67), que demonstram a efetividade desta comunidade como detentores do direito a essa terra, que em

2011, obteve a titulação de reconhecimento de domínio do Cajueiro, considerada como quilombo.

Inobstante a isso, em 2019, houve decisão em prol do deslocamento compulsório dessas famílias do local em que habitam por muito tempo, como demonstrado, proveniente da ação em prol de empresa, para fins de implementação de porto privado em São Luís.

3.2 A mediação aplicada ao caso da comunidade do Cajueiro

A mediação, como notório, trata-se de medida pautada na busca pelo diálogo, primando pelo sistema de justiça multiportas, cujo Estado verificando o tratamento mais adequados dos conflitos fundiários coletivos já vem criando políticas públicas a fim de dirimir dissensos nessa seara.

Como exemplificação, foi mencionado a respeito da COECV, cuja mediação interferiu em diversos conflitos fundiários coletivos, destacando-se a Comunidade do Cajueiro, cuja "Comissão Pastoral da Terra (CPT) registra conflitos por terra na região desde 1998, quando o governo do estado outorgou uma escritura pública para a comunidade, que deveria iniciar a regulação fundiária do terreno" (OLIVEIRA; DOMENICI, 2019, não paginado).

Assim, o entrave judicial em destaque, provém por conta do questionamento em torno das terras habitadas pela comunidade, cujo local foi supostamente vendido pela BC3 Hub Multimodal Industrial à WPR – São Luís Gestão de Portos e Terminais Ltda. (atualmente denominada de consórcio construtor do porto capitaneado pela TUP Porto São Luís), com o propósito da construção de empreendimento portuário. Com isso, desde 2014, existe esse questionamento em específico, acerca dessas terras, cuja decisão recente, em 2019, permitiu a retirada dessas famílias deste local.

Inobstante a isso, acrescenta-se que essa venda é objeto de inquérito policial, havendo suspeita de grilagem (OLIVEIRA; DOMENICI, 2019), e, mesmo diante disso, incluindo-se a interferência estatal, através da mediação proveniente da COECV, houve a reintegração de posse, sendo a Comunidade do Cajueiro considerada como tradicional.

Apesar de todos os questionamentos em torno dessas terras, mesmo com a outorga do governo do estado da escritura pública, somente em 2011, a Associação Comunitária do Povoado Cajueiro, obteve a titulação de reconhecimento de domínio do Cajueiro, conforme dispõe o Instituto de Colonização e Terras do Maranhão (Iterma), dentre a relação das comunidades quilombolas tituladas, o que não impediu a reintegração de posse.

Para elucidação da temática, traz-se à tona a concepção em torno das comunidades tradicionais, que, segundo o Decreto 6.040/2007, consistem em:

> [...] grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. (BRASIL, 2007, não paginado).

Isto é, depreende-se que esses grupos remetem a perpetuação de determinada história do país inserido, que, diante das evoluções, transformações sociais, permanecem com identidade própria, características, tradições, perpassadas dos ancestrais aos descendentes, os quais, mantêm-se naquele modelo de existência, constituindo-se e se reconhecendo como tal.

Nesse sentido, buscar políticas públicas, normas a fim da permanência dessas comunidades, se torna preponderante para estimular e assegurar o direito à subsistência da forma que almejarem, cujos direitos, como à moradia, devem ser respeitados, no entanto, sob a justificativa do progresso e desenvolvimento industrial, econômico, por exemplo, encontram-se, em muitas situações, ameaçados, como no caso relacionado a Comunidade do Cajueiro.

A respeito dessa permanência nas terras tradicionalmente ocupadas, o artigo 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), e o Decreto nº 4.887/03, respectivamente, corroboram com o presente entendimento, senão vejamos:

> Art. 68 do ADCT. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.
>
> Decreto n. 4887 Art. 2º – Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.
>
> § 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.
>
> § 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural. (BRASIL, 2003, não paginado).

Isto é, percebe-se normas corroborando com o direito às terras pelas comunidades tradicionais, como no caso relacionado a Comunidade do Cajueiro, que, mesmo diante do auxílio nos diálogos propostos pela mediação através da COECV não fora suficiente para a permanência deles no local discutido.

A respeito dessa reintegração de posse, mesmo diante de todas as peculiaridades discorridas, incluindo-se a mediação pela COECV, o Governo do Maranhão, salientou que:

> 1) trata-se de cumprimento de determinação judicial pela reintegração de posse. Há 28 posses diretamente afetadas, dentre imóveis habitados e não habitados;
>
> 2) a Secretaria de Direitos Humanos realizou processo de mediação com o Ministério Público, Defensoria Pública e as partes, a fim de contribuir com a construção de uma solução dialogada;

> 3) após a atuação da Secretaria, chegou-se à proposta de reassentamento de todas as famílias que residem no local, pagamento mensal de aluguel social e cestas básicas e proposta de capacitação e emprego de um membro de cada família;
>
> 4) esgotado o processo de mediação, cabe ao Estado cumprir a determinação judicial. (KURY, 2019, não paginado).

Assim, para o Governo do Maranhão, a medida necessária a contribuir com o conflito fora realizada. Diante disso, surgem questionamentos em torno da mediação como política pública no âmbito dos conflitos fundiários coletivos, a fim de representarem papeis significativos na promoção da pacificação social bem como direito à moradia de forma digna, e não apenas mais uma medida que não induz transformação na concretude. Inclusive, há a menção, segundo Oliveira e Domenici (2019) que o despejo ocorreu com o uso violento das forças policiais.

4 CRÍTICAS A APLICAÇÃO INDISCRIMINADA DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO: o comprometimento de direitos humanos em nome do acordo

Tem sido objeto de pesquisa das autoras em sede de estudos jurídico-antropológicos os institutos vinculados aos meios alternativos de resolução de conflitos e a sua abordagem hodierna quando confrontados com a questão fundiária no Maranhão.

Existe a ideia no seio do Poder Judiciário que o meio natural de resolução de conflito é o litigioso. Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) aponta que a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação se referem aos meios alternativos de solução de conflitos. Ressaltam que o emprego da expressão "alternativo" não implica em diminuição do Poder Judiciário ou dos próprios instrumentos elencados, apenas que aponta a existência de uma via considerada "natural" (Poder Judiciário) e outras "alternativas".

A ideia de enquadrar o meio litigioso como sendo a via natural de resolução de conflitos é temerária, pois já vem sendo objeto de estudos na seara da antropologia social que os demais mecanismos de solu-

ção de controvérsias são igualmente expressivos e, por vezes, atendem muito mais os interesses dos envolvidos.

Percebe-se que o Poder Judiciário procurar abarcar em si todos os meios de solução de controvérsias. Aquino (2016) faz seus estudos sobre a Resolução n° 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) consoante uma análise de avaliação da política judiciária brasileira adotada para o emprego desses meios e ela demonstra que o principal objetivo do Poder Judiciário ao programar as políticas de resolução extrajudicial de conflitos foi o descongestionamento dos tribunais pelo alto índice de litigância processual.

Ademais, ressalta que não foram especificados os destinatários ou as características que tornariam tal cidadão elegível para participar dos métodos extrajudiciais, ou quais seriam os "[...] critérios aplicados e esse sujeito, (logo) entende-se que a política se direciona a toda pessoa que seja titular de direito" (AQUINO, 2016, p. 190).

Qualquer pessoa pode participar do procedimento de resolução extrajudicial de conflito e não há qualquer óbice para isso. A função de desburocratizar a litigância convertendo em meios não judiciais é louvável, contudo, merece ser objeto de avaliação profunda quando as partes se encontram em imensa disparidade.

A grande questão se manifesta quando os métodos extrajudiciais de resolução de controvérsias são apropriados como mecanismos de pilhagem. Conceitualmente adotaremos a referência dos autores Mattei e Nader (2013, p. 17) sobre o tema ao dizerem que pilhagem se trata da "[...] distribuição de recursos praticada pelos fortes à custa dos fracos", "[...] resguardados no Estado de Direito por advogados e juristas ilustres".

Mattei e Nader (2013, p. 29) sustentam que o mecanismo adotado como justificativa da pilhagem pelo Estado de Direito necessita de vários instrumentos e entre eles encontra-se a noção de hegemonia que se traduz por "[...] poder alcançado por uma combinação de força e consentimento" já que se presume que "O poder não pode ser mantido de maneira indefinida só por meio da força. Mais comumente, é imposto a grupos de indivíduos que, de maneira mais ou menos 'voluntária', aceitam a vontade do mais forte.".

Mattei e Nader (2013, p. 30) apontam que:

> O exame detalhado do uso do Direito no período colonial mostra que a 'concessão de poder' é consequência involuntária do Estado de Direito formal. Os subordinados com frequência viam com bons olhos o advento de juízos em que vigorava o sistema de confrontação das partes, nas quais podiam reivindicar seus direitos e alcançar justiça.

Ou seja, para manter a paz é melhor que exista uma instituição respeitada por todos que possa decidir eventuais litígios e responsabilizar quem ofenda o direito. Todavia, essa contra-hegemonia que é oriunda dessa concessão de poder tende sempre a ser suprimida ao máximo beneficiando sempre os maiores ofensores do direito.

O Estado de Direito, segundo Mattei e Nader (2013), serve para legitimar a dominação e exploração, mas também permite que se busque a reparação pelos danos causados e responsabilização dos criminosos, contudo, quem se encontra na posição dominante jamais facilitará essa luta.

Mattei e Nader (2013, p. 30-31) sinalizam também que por esse motivo "[...] que com tanta frequência agentes poderosos tentam sufocar a contra-hegemonia mediante a adoção de um enfoque 'moderado', com o objetivo de eliminar a resistência potencial oferecida pelos oprimidos, restringindo seu acesso ao sistema judicial de confrontação das partes". Em síntese: é criado um sistema que não admite contraditório e onde ainda poderia ocorrer discussão mitiga-se ainda mais com supostas tentativas conciliatórias.

Em negociações com o Estado o particular já é hipossuficiente (vulnerável), todavia, existem aqueles que se encontram em situação ainda maior de desvantagem perante a administração pública. Logo é necessário questionar como supor que em eventuais negociações se presumiria a igualdade entre as partes em procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos que envolvam liminares concedidas para deslocamentos compulsórios.

Assertivamente ainda mencionam que hodiernamente existe um movimento no globo chamado de "resolução alternativa de conflitos"

que "[...] funciona como um forte mecanismo de enfraquecimento que o discurso dominante torna atraente mediante o uso de uma série de práticas retóricas, como a necessidade de remediar os 'excessos' da confrontação judicial", ou promover uma sociedade de caráter mais harmonioso (MATTEI; NADER, 2013, p. 31).

Aqui cabe mencionar o artigo Nader (1994, p. 7) no qual faz apontamento sintetizando uma parte do seu pensamento ao dizer que "em todos os casos que examinei, a regra é que a parte mais fraca vá em busca da lei e a mais forte prefira negociar".

Mais interessante ainda é o que Nader (1994, p. 9, grifo nosso) menciona em seguida:

> O interesse de chamar-se a atenção para o uso da harmonia ou de modelos adversários não é tanto descrever o modo como funcionam esses sistemas, mas entender por que as flutuações nas ideologias jurídicas, associadas a uma tolerância para com a controvérsia ou uma busca de harmonia, vêm à tona de tempos em tempos - e quais as consequências disso. Certamente, a história da substituição dos modelos antagônicos por modelos de harmonia não significa que a ideologia da harmonia seja benigna. Pelo contrário, a harmonia coerciva das três últimas décadas foi uma forma de controle poderoso, exatamente devido à aceitação geral da harmonia como benigna. A história das condições que determinam as preferências na solução das disputas são 'compromissos móveis' geralmente envolvendo desequilíbrios no poder.

Ademais, tendo em vista que a função da comissão (invenção organizacional investida de autoridade para decidir/produzir/liderar o Estado) ser a de produtora da visão oficial considerada legítima (BORDIEU, 2014), a construção de o autor, em sua obra *Sobre o Estado*, aponta que:

> [...] a adoção de uma política de ajuda à pessoa em vez de uma política de ajuda à pedra, é na verdade uma operação simbólica extremamente complexa de oficialização, que consiste em tea-

> tralizar uma ação política de criação de regras de ação imperativas impondo-se à totalidade de uma sociedade, em teatralizar a produção desse tipo de ordem capaz de confirmar e produzir a ordem social de tal maneira que ela pareça apoiada no oficial da sociedade considerada, portanto no universal sobre o qual o conjunto dos agentes é obrigado a ficar de acordo; e fazê-lo com sucesso. (BOURDIEU, 2014, p. 65).

Logo, como supor que em eventuais negociações se presumiria a igualdade entre as partes em procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos? Parafraseando Mattei e Nader (2013), tirar os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos do seu pilar de santidade para os juristas requer estudos aprofundados sobre o tema, pois nem tudo pode ser objeto de negociação.

No caso da comunidade do Cajueiro percebe-se que a mediação serviu como uma tentativa de paralisar temporariamente a atuação das realocações, mas não ofereceu uma resposta adequada para a demanda.

5 CONCLUSÃO

Nesses termos cabe a reflexão sobre até onde vai a real vantagem da difusão da mediação para a resolução de conflitos no que importa a proteção dos direitos fundamentais dos vulneráveis tendo em vista que se encontra em manifesta situação de vulnerabilidade.

O instituto da mediação, em si mesmo, representa grande evolução do pensamento jurídico moderno quanto a valorização da autocomposição entre as partes, contudo, observando a sua melhor aplicabilidade nos conflitos de natureza privada, quando se tem o Estado como uma das partes a situação fica diferente.

O particular, homem médio, não tem como fazer frente ao Estado em uma negociação e mesmo quando as comunidades apresentam demandas coletivas encontram entraves para o atendimento das suas reinvindicações que superam, por vezes, a própria lei.

Como demonstrou-se na comunidade do Cajueiro foi realizada a mediação para impedir os deslocamentos compulsórios das comunidades, todavia, a perspectiva que se tem é que o governo do Maranhão

foi levado a tomar esse posicionamento pró-comunidades em razão das intensas investigações de grilagem de terras na região e irregularidades quanto a implantação do empreendimento porto.

Por fim, resta destacar que acordos anteriores ao ano de 2019 já haviam sido celebrados e não devidamente cumpridos até que a situação alcançasse a situação drástica de residências demolidas e violência empregada que chamou a atenção da mídia.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. **Considerações sobre a Resolução CNJ n° 125/2010**: uma avaliação política da política judiciária brasileira a solução dos conflitos de interesses? 2016. 313 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016. Disponível em: http://tedebc.ufma.br:8080/jspui/handle/tede/753. Acesso em: 10 out. 2019.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**: cursos no Collège de France (1989-92). Tradução Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 8 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial**

da União: seção 1, Brasília, DF, 21 nov. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 8 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 8 fev. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 8 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 29 jun. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Diretoria de Obtenção de Terras e Implantação de Projetos de Assentamento. Coordenação-Geral de Implantação. **Identificação dos projetos de reforma agrária**: tipo, distância, famílias e área. Brasília, DF: Incra, 2015b. Disponível em: http://www.iterma.ma.gov.br/files/2017/02/Rela%C3%A7%C3%A3o-dos-Assentamentos.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

KURY, Giovana. Governo do Maranhão se posiciona sobre situação do Cajueiro. **O Imparcial**, São Luís, 12 ago. 2019. Notícias. Disponível em: https://oimparcial.com.br/noticias/2019/08/governo-do-maranhao-se-posiciona-sobre-situacao-do-cajueiro/. Acesso em: 27 fev. 2020.

MARANHÃO. **Lei Ordinária nº 10.246, de 29 de maio de 2015**. Dispõe sobre a criação da Comissão Estadual de Prevenção à Violência no Campo e na Cidade COECV e dá outras providências. São Luís: Governo do Estado, 2015. Disponível em: http://stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=4352. Acesso em: 10 jun. 2020.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o estado de direito é ilegal. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MENDONÇA, Bartolomeu Rodrigues; MARINHO, Samarone Carvalho Marinho. Cajueiro revisitado: ou dez anos de relato crítico em construção. **Revista Pós Ciências Sociais**, São Luís, v. 13, n. 26, p. 63-92, jul./dez. 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/306270987_Cajueiro_revisitado_ou_dez_anos_de_relato_critico_em_construcao. Acesso em: 10 jun. 2020.

NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciência e Sociedade**, São Paulo, v. 9, n. 26, p. 1-11, out. 1994. Disponível em: http://anpocs.com/images/stories/RBCS/26/rbcs2602.pdf. Acesso em: 7 mar. 2020.

NOGUEIRA, Pedro Ribeiro. A luta travada pela comunidade de Cajueiro (MA) pelo direito de continuar existindo. **Brasil de Fato**, São Paulo, 24 abr. 2018. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2018/04/24/a-luta-travada-pela-comunidade-de-cajueiro-ma-pelo-direito-de-continuar-existindo/. Acesso em: 10 jun. 2020.

OLIVEIRA, Rafael; DOMENICI, Thiago. No Maranhão, "governo não quer assumir que quer a obra", diz promotor sobre caso Cajueiro. **Apublica**, São Paulo, 5 set. 2019. Disponível em: https://apublica.org/2019/09/no-maranhao-governo-nao-quer-assumir-que-quer-a-obra-diz-promotor-sobre-caso-cajueiro/. Acesso em: 27 fev. 2020.

SANTOS, Dayanne da Silva; SANT'ANA JÚNIOR, Horácio Antunes de. Fé, território e luta: mobilização e resistência na comunidade tradicional do Cajueiro. *In*: JORNADA INTERNACIONAL POLÍTICAS PÚBLICAS, 8., 2017, São Luís. **Anais** [...]. São Luís: Ufma, 2017. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo12/feterritorioelutamobilizacaoeresistencianacomunidadetradicionaldocajueiro.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

VIANA, Mariana Rodrigues; CHAI, Cássius Guimarães. Direitos Humanos e Cultura de Paz: por resoluções adequadas aos conflitos fundiários urbanos no estado do maranhão. **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**, Brasília, DF, v. 3, n. 1, p. 42-63, jan./jun. 2017. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistamovimentosociais/article/view/1867/0. Acesso em: 10 jun.2020.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: CONSTRUINDO A PAZ EM CASA POR MEIO DOS PROCESSOS CIRCULARES ABARCADOS PELA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Samuel Duarte dos Santos

1. Introdução

A violência doméstica é um gênero abarcado por diversas espécies de afrontas às mulheres. Inicialmente, mister definir a conceituação de violência, dentre as várias das suas definições, este trabalho corrobora com o entendimento de que a violência é:

> um ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror. (CAVALCANTI, 2007, p. 29).

Diante dessa conceituação, é prudente inferir que a violência doméstica, principalmente a violência de gênero, afronta as três primeiras gerações dos Direitos Humanos, por cercear a liberdade da vítima, dizimar a igualdade perante seu agressor e cessar a solidariedade feminina. Conforme leciona Vivian Peres (2003, p. 15), "a violência contra

as mulheres é o tipo mais generalizado de abuso dos direitos humanos no mundo e o menos reconhecido".

Nos termos do artigo 7º da Lei 11.340 (BRASIL, 2006), popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, a violência doméstica pode se manifestar de maneiras distintas.

Dentro do contexto familiar, é possível perceber que as agressões, majoritariamente, são cometidas pelo companheiro em detrimento da companheira. Essa situação reflete a desigualdade de gênero historicamente enfrentada pelas mulheres, que se encontram em posição inferior dentro da relação hierárquica estabelecida pelo modelo patriarcal e machista no qual se inclui a sociedade brasileira.

Acerca da citada violência de gênero e considerando que as mulheres se enquadram no papel de vítimas na maior parte das agressões, destaca-se a expressão "violência contra a mulher", tida por Maria Amélia de Almeida Teles (2012, p. 17) como àquela praticada contra a mulher pela sua condição de mulher, apenas.

Assim, a violência contra a mulher nada mais é que um retrato da realidade social em que vítima e autor estão inseridos, em que a mulher é subjugada exclusivamente pela sua condição de mulher, e, é vista por seu companheiro como fraca e passível de subordinação pela via da violência (COSTA, 2004).

O artigo 1º da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação da Violência Sobre as Mulheres (1993) dispõe que violência contra a mulher se caracteriza como "todo ato de violência baseado na pertença ao sexo feminino que tenha ou possa ter como resultado o dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico da mulher".

Acrescenta, ainda, que a violência contra a mulher pode se caracterizar por ameaças, pela restrição da liberdade da vítima em trabalhar e até mesmo em manter contato com familiares e amigos, ou seja, distanciá-la socialmente de pessoas que poderiam lhe auxiliar a romper com o ciclo de violência (DIAS, 2007).

Frise-se que, inspirada pela legislação portuguesa, não é necessário que vítima e autor mantenham, ao tempo da situação de violência, relação afetiva ou coabitação, aplicando-se ao conceito de violência contra a mulher os atos praticados por ex-cônjuges ou ex-companheiros em razão do gênero (SANTOS, 2014).

No que concerne à legislação brasileira, além da Lei Maria da Penha, dois grandes marcos se configuraram diante de uma tímida, mas relevante subversão do papel desempenhado pela mulher dentro da relação familiar: a Lei do Divórcio, no ano de 1977, que permitiu a dissolução da relação conjugal após a prática de violência doméstica e o advento do Código Civil de 2002, no qual foi abolida a figura do marido como único responsável pela casa e o chefe da família.

A Constituição Federal de 1988, em igual sentido, estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres e entre os companheiros dentro da relação familiar.

Apesar da vasta legislação protetiva com vistas a minimizar os reflexos de violência em razão do gênero feminino, o machismo enraizado em nosso meio social impede que os preceitos de igualdade sejam percebidos na realidade. Dessa maneira, a Lei Maria da Penha foi promulgada com a expectativa de dar respaldo penal às mulheres às quais não tem percebido um tratamento respeitoso constitucionalmente previsto.

Em que pese a influência do mencionado modelo patriarcal que se configura na sociedade brasileira, responsável pela criação desses mecanismos jurídicos para impedir abusos, é possível perceber que a mulher vem conquistando um papel mais decisivo dentro da relação familiar, verificando-se muitos modelos familiares em que ela é responsável por prover a subsistência da família, enquanto o homem permanece em casa para a criação dos filhos.

Embora os notórios avanços legislativos, a violência contra a mulher ainda se mostra um mal presente em muitos lares brasileiros de forma silenciosa e velada, impedindo a punição dos agressores e sendo marcada pelo desamparo da vítima, mesmo quando ela decide acionar os órgãos públicos responsáveis pela sua proteção e por garantir a justiça.

Infelizmente, vê-se que muitas vítimas decidem por não denunciar seus agressores, seja por medo de que eles tomem alguma atitude drástica contra ela ou seus filhos, seja pelas demonstrações de afeto e promessas de mudança proferidas pelo autor que sucedem os atos violentos, o que faz com a que a vítima se auto responsabilize pelas agressões do parceiro.

Não obstante as expectativas com a promulgação da Lei Maria da Penha no sentido de se tolher a violência contra a mulher, na prática, seu rigor normativo e as alternativas propostas por ela, que em teoria seriam suficientes para coibir a violência contra a mulher, não foram suficientes para reduzir de maneira drástica os índices de violência.

As previsões contidas na Lei 11.340/06 são alvo de críticas por alguns doutrinadores, que consideram que elas reduzem a autonomia feminina e não viabilizam mecanismos de emancipação da mulher, ignorando seus reais interesses (GUTIERRIZ, 2012).

Por outro lado, lecionam Ramos e Machado (2009), que a Lei Maria da Penha reconhece a mulher como a maior vítima da violência doméstica e viabiliza mecanismos para a sua proteção e nivelamento da igualdade. No entanto, vê-se que a própria Lei estabelece um distanciamento entre vítima e agressor, ainda que ambos desejem a manutenção da convivência após a ocorrência das agressões.

Dessa forma, doutrinadores como Cecília Macdowell e Wânia Izumino (2005) entendem que a referida Lei é falha na oferta de institutos que solucionem o conflito e, ao mesmo tempo, mantenham a relação entre os envolvidos se assim for do desejo das partes.

Noutro giro, Andréa Ribeiro (2015) entende que a Lei 11.340/06 não se opõe à aplicação de mecanismos despenalizadores simplesmente por impedir a incidência da Lei 9.099/95 e de substituições da pena que culminem em pagamento de multa, por exemplo, ou seja, a referida Lei não proíbe que o Estado haja de forma diversa do modelo de resposta penal tradicional.

Vê-se que o legislador brasileiro, através da Lei Maria da Penha, apontou o Direito Penal como o instrumento quase exclusivo de prevenção e repressão da violência doméstica e familiar. Porém, o que se nota é que o encarceramento do agressor não se mostra como resposta social adequada aos conflitos domésticos, por não se destinar a fomentar um espírito coletivo de proteção da mulher e igualdade de gênero.

Diante disso, de forma a respeitar os interesses da vítima e de atender à finalidade de repressão social dos crimes, surge a necessidade de viabilizar encontros restaurativos ou sua aplicação paralela à do Direito Penal. Para Santos (2014, p. 733), "a participação em práticas restaura-

tivas, hodiernamente, deve ser considerada um direito da vítima e não uma concessão do Estado".

Para tanto, alternativas como a justiça restaurativa são apontadas como meios para se garantir a autoestima e o poder decisório das vítimas diante de situações de violência, principalmente em casos em que estas desejam manterem a relação com seu companheiro após o cometimento do delito. Nos dizeres de Gutierriz (2012, p. 123), nem sempre a mulher agredida almeja a prisão do agressor, bastando uma mudança de postura para prosseguimento da relação. Corrobora com isso o levantamento realizado pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 80% (oitenta por cento) das vítimas de violência doméstica não desejam a pena de prisão para os autores da agressão.

Ainda segundo a pesquisa:

> Entre as alternativas apontadas por essas vítimas, 40% disseram que os agressores – com quem ela mantém ou manteve uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto – devem fazer tratamentos psicológicos e/ou com assistentes sociais, 30% acham que eles deveriam frequentar grupos de agressores para se conscientizarem, 10% acham que a prestação de serviços a comunidade é a melhor alternativa penal. (OLIVEIRA, 2015, s.p.)

Assim sendo, necessária é a construção e aplicação de institutos alternativos à jurisdição penal para a solução do conflito, de forma a garantir o envolvimento da vítima, levando em consideração a sua vontade para a manutenção da relação entre as partes após o delito e a minimização dos danos, apresentando-se a justiça restaurativa como um desses mecanismos.

2. O que é a justiça restaurativa?

A justiça restaurativa consiste em um dos métodos adequados para transformação de conflitos, por meio do qual as necessidades reais dos seus participantes podem ser atendidas, corroborando com o ideal de acesso à justiça (ARAÚJO, 2019). Esta técnica visa ir contra a um mero

modelo de "acerto de contas" com algum fato que passou e permite que as singularidades daqueles que estão na relação conflituosa sejam tratadas.

Assim, esse método visa restaurar o justo e a eticidade nas relações, nas instituições e na sociedade, não podendo ser reduzido a um procedimento voltado a resolver conflitos, mesmo alcançando-os. A justiça restaurativa enfoca os prejuízos e as necessidades individuais dos envolvidos no conflito, tanto da vítima, como do ofensor e também da comunidade.

Dessa maneira, são usados processos de inclusão e de cooperação, envolvendo todos que são direta ou indiretamente atingidos pelo conflito tudo de forma a corrigir os caminhos que se desenvolveram de forma errada (ZEHR, 2008).

Nesse sentido, Arlé (2018, p. 04) corrobora:

> O resultado restaurativo buscado pelo processo restaurativo é atender às necessidades individuais e coletivas, levar responsabilidade às partes do conflito penal ou infracional que, de maneira mais profunda, são a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime ou ato infracional e promover a reintegração da vítima e do ofensor na comunidade, corresponsável pela existência e pela manutenção de laços sadios entre todos os seus integrantes.

As práticas restaurativas "tratam-se de um conjunto de práticas com certo grau de flexibilidade e adaptabilidade à situação problemática, mas com estrutura principiológica consistente" (ARAÚJO, 2019, p. 229), e, por isso, a Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual dispõe sobre a Política Nacional de justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, não definiu um método preferencial, permitindo a utilização das diversas ramificações de técnicas restaurativas no âmbito da Justiça.

Nesse sentido, Araújo (2019, p. 232) reforça:

> As práticas restaurativas podem ter finalidades tão diversas quanto as necessidades dos envolvidos. Esse é um grande di-

> ferencial da justiça restaurativa: é ela quem deve se adaptar à comunidade humana, não o contrário. Por isso a maleabilidade do procedimento. Todavia, há elementos e princípios que devem ser observados para garantir a condução da prática, que pode ser total ou parcialmente restaurativa à medida em que integraliza esses componentes.

Diante disso, este trabalho pauta-se na utilização dos processos circulares como métodos restaurativos, os quais "consistem em tradução acadêmica de um condensado de práticas ancestrais" (ARAÚJO, 2019, p. 237), tendo como sua principal referência a professora norte-americana Kay Pranis.

Neste contexto, as partes envolvidas nos ciclos de justiça restaurativa são convidadas a partir do diálogo, da compreensão e da reflexão, a empenharem-se na busca de novas atitudes diante do "erro" anteriormente cometido. Já o ofensor é convidado a refletir sobre o "mal" praticado, na tentativa de entender pela reparação dos danos causados à sociedade, assim atendendo às necessidades da vítima, do ofensor e da sociedade.

Ao deparar-se com um conflito, as famílias, a comunidade e o Poder Público são convidados a escutar, refletir e participar de um círculo de conversas a fim de compreenderem como alguns pontos e omissões atuaram como "molas propulsoras" para que a infração viesse à tona, assumindo sua parte solidária na responsabilidade e dando assistência para que novos rumos sejam tomados.

A participação do seio de pessoas que envolvem o conflito está, inclusive, fomentada pela Resolução 225/2016 do CNJ, sendo o que diferencia a justiça restaurativa dos demais métodos adequados de resolução de conflitos, como a mediação e conciliação.

Desse modo, ao empoderar a própria comunidade, é possível que ela se conscientize dos problemas que afetam os seus integrantes e os impulsionam à marginalização e/ou transgressão. Este protagonismo das partes tende a enraizar laços e gerar alteridade entre os entes da sociedade, criando assim uma cultura de paz, bem como a difusão da ideia da justiça restaurativa.

Nos processos circulares ocorrem ao menos três fases, embora nem todos os processos necessitem, as quais serão discorridas adiante.

2.1 O pré-círculo

O procedimento é conduzido por uma ou mais pessoas, denominadas facilitadoras, que criarão seu modo de trabalho, usando de sua inteligência, intuição e empatia, a fim de direcionar os participantes ao diálogo com vistas à solução das questões objeto do referido procedimento.

Esse é o primeiro contato das partes (comunidade, autor, acusado etc) com o facilitador, e também é o momento em que o facilitador esclarece sobre o procedimento do círculo restaurativo, toma esclarecimentos sobre o ocorrido e naturalmente cria um vínculo de confiança com os envolvidos direta e indiretamente com o ocorrido.

Nesse momento o facilitador extrair todas informações necessárias sobre o conflito com os participantes do ciclo, a fim de criar um roteiro para o círculo voltado ao caso trazido pelas partes. Corrobora Mayara Araújo (2019, p. 242):

> Os pré-círculos voltam-se a identificar os elementos básicos do conflito; maper o caso; identificar a microcomunidade de referência e apoio; ampliar a compreensão do próprio participante sobre seus sentimentos e necessidades na situação; estabelecer pedidos positivos e compreensíveis que reflitam as necessidades do interessado; construir uma compreensão mais completa da própria narrativa e dos impactos concretos que suas ações e omissões têm trazido para a relação; pensar possibilidades criativas para responder à situação desafiadora; oferecer um espaço de escuta empática e cuidadosa às narrativas apresentadas; e exercitar práticas básicas de Comunicação Não-Violenta.

Ademais, não se trata de um momento para descoberta de culpados ou investigações, pelo contrário, esse é um momento para se ouvir individualmente as partes de forma empática, por uma escuta livre de preconceitos ou prejulgamentos. Trata-se de um dos momentos mais importantes, pois "em muitos casos, um bom trabalho nos pré-círculos mostra-se suficiente para que os interessados dispensem a facilitação e resolvam por si mesmos a questão ou percebam a situação

de um modo distinto que mostre que o conflito era apenas aparente" (ARAÚJO, 2019, p. 242).

É necessário que o facilitador faça um resumo do conflito, visando direcionar o círculo, para evitar que haja negações sobre o conflito ou que ele seja abordado de forma superficial. Nos casos em que há processos judiciais em curso, o facilitador poderá usar o resumo contido no próprio processo, mas cuidando para alcançar um texto de fácil compreensão.

Por fim, o facilitador deverá, em ambos os casos, revisar o texto em conjunto com as partes, o que permite a busca do diálogo e da identificação das questões que se apresentam, com vistas à resolução dos temas, de forma que atendam aos interesses de todos.

2.2 O círculo

O pré-círculo tende a ser um momento mais formal voltado à coleta dos dados necessários para a realização dessa fase. Por isso, o círculo se apresenta como um momento mais lúdico, com aspectos característicos e direcionamento próprio.

O círculo é característico, pois são usados materiais para não dispersão dos participantes. Primeiramente, há a configuração dos assentos de forma circular, a caracterização de uma peça de centro e um objeto da fala. A peça de centro tem como finalidade evitar a distração dos participantes – geralmente é feito com uma mandala, onde são dispostos determinados objetos simbólicos, voltados à questão central do conflito.

O objeto de fala é um instrumento eleito pelo facilitador e quem estiver na sua posse terá o poder da fala, sempre passado circularmente, sem pular participantes (mesmo que um convidado possa se abster de falar). Essa é a forma de regular o diálogo dos participantes e gerar atenção nos presentes a quem está com o poder da fala.

Sobre o tema, Araújo (2019, p. 238) corrobora:

> Os círculos de paz são pautados na construção de saber coletivo para tratar de questões desafiadoras, sejam elas conflitos, ou não. Com a partilha de histórias, espera-se trabalhar a união das pessoas pela humanidade em comum. Esse compartilhamento

> acontece por intermédio do bastão de fala, um objeto escolhido especialmente para o caso e que preferencialmente represente aquele grupo ou situação.
>
> (…)
>
> Quem porta o objeto tem a oportunidade de falar como se sente e quais suas considerações ou narrativas sobre a questão proposta. Enquanto segura o bastão, tem seu espaço de fala e escuta garantidos. Uma das regras condutoras da prática é a de que todos podem falar desde que portem o bastão; quando não for o caso, devem esperar em silêncio a sua vez. Ao recebê-lo, a pessoa pode optar também por não falar, passando para o participante seguinte ou segurando-o em silêncio pelo tempo que achar necessário.

Sugere-se que o círculo possua um roteiro, a fim de melhor prosseguir com o procedimento e que seja realizado ao que foi planejado. O procedimento é constituído, sob a ótica do Tribunal Mineiro, que é composto das seguintes fases: 1) cerimônia de abertura – marca o início do processo e convida os participantes a se centrarem; 2) explicação do objeto de fala, da peça de centro e do objetivo do círculo; 3) rodada de apresentação/check-in – as partes são estimuladas a participarem do círculo; 4) levantamento de valores – neste momento os convidados são questionados para proporem um valor importante na convivência para usarem durante o(s) círculo(s); 5) construção de diretrizes – e neste momento os participantes devem estipular "regras" que acharem importante no círculo; 6) rodada de histórias – aqui os participantes criarão laços ao se "exporem" com suas histórias; 7) perguntas norteadoras – o facilitador fará perguntas norteadoras para explorar os problemas, gerar planos e criar consensos; 8) rodada check-out – este é o momento de conclusão do ciclo e todos pontos devem ser suturados; 9) cerimônia de encerramento – do mesmo modo que se iniciou com alguma atividade, deve ser encerrado com outra, por exemplo, dinâmicas, brincadeiras etc, que possam gerar reflexão (informação verbal).[57]

57 Fala da professora Vanessa de Freitas Couto no curso de formação de facilitadores de justiça restaurativa, EJEF, em 12 jun. 2018.

É importante frisar que todo círculo é desenvolvido com a finalidade de atender às necessidades apresentadas pelas partes no pré-círculo.

Nesse enfoque, Howerd Zher (2008, p. 26) diz que as vítimas possuem necessidades e que estas geralmente não são supridas pelo processo judicial:

> Mesmo que as perdas materiais sejam importantes, pesquisas feitas entre vítimas de crimes mostram que elas em geral dão prioridade a outras necessidades. Uma delas é a sede de respostas e de informações. Por que eu? Essa pessoa tinha alguma coisa pessoal contra mim? Ele ou ela vão voltar? O que aconteceu com minha propriedade? O que eu poderia ter feito para não me tornar uma vítima? As informações precisam ser fornecidas e as respostas dadas.

Nesse sentido, as vítimas possuem demandas que transcendem ao contido no processo judicial, e, por isso, a justiça restaurativa se mostra com tanta importância no contexto que envolve a busca de se restaurar as relações interpessoais. Por fim, os acordos gerados nesse tipo de círculo geram um Plano de Ação, por meio do qual os envolvidos se comprometerem a cumprir os termos pactuados, cada um com suas responsabilidades claras e pessoalmente definidas.

2.3 Pós-círculo

O pós-círculo refere-se ao momento em que a equipe produtora do círculo acompanha os casos e seus resultados, além da realização das tarefas descritas no Plano de Ação. Nesse encontro é realizado o levantamento das dificuldades para cumprimento do pactuado, se está sendo devidamente cumprido etc.

Araújo (2019, p. 242) enfatiza a importância do pós-circulo, nos termos seguintes:

> Um bom processo circular nunca deve acontecer sem a terceira fase, voltada ao acompanhamento. Mesmo quando não houver a sessão coletiva, a humanização e o cuidado típicos do pro-

> cedimento demandam acompanhamento dos resultados e dos impactos nos indivíduos e nas relações.

Após um tempo de acompanhamento, este se encerra e um relatório final, e, deve ser emitido, tanto para facilitar o acompanhamento do caso, quanto para a verificação dos efeitos gerados a partir dele.

O processo circular empodera as partes a resolverem seus próprios conflitos e de maneira alguma pretende substituir ou concorrer com a prestação jurisdicional tradicional, muito menos foi criado para afrouxar punições ao ofensor, pois a resposta restaurativa e retributiva podem acontecer concomitantemente.

O método tem interesse em criar laços entre as partes que participam do círculo, mesmo que seja um trabalho vagaroso, é essencial entender os motivos que levaram à transgressão e enfrentar os "por quês" na cabeça de cada agente envolvido no conflito para que se chegue ao centro do litígio.

3. A justiça restaurativa como ferramenta de emancipação feminina

A violência doméstica, diferentemente de outros crimes abrangidos pela legislação penal, trata-se de um ato danoso e de natureza complexa, que envolve sentimentos das próprias partes, dos filhos, da família, de forma que a aplicação de uma pena privativa ao agressor pode não se mostrar suficiente. De igual modo, por vezes, a justiça restaurativa não será suficiente para repressão e prevenção dessas ações, sendo necessária a análise do caso concreto para definir qual a melhor alternativa.

Para a melhor aplicação da justiça restaurativa em tais casos, Santos (2014, p. 734) afirma que é preciso analisar o interesse da vítima e um bom desempenho do facilitador, que deve estar sempre atento aos papéis desempenhados pela vítima e pelo autor dentro da relação de violência e identificar a melhor técnica restaurativa para solução do conflito.

Outra característica importante da aplicação de instrumentos alternativos ao Direito Penal consiste justamente no afastamento da ví-

tima do procedimento penal, que acaba justamente por estigmatizá-la e a faz reviver um momento doloroso de sua história sem ter seus interesses ouvidos, tornando-se refém dos mecanismos estatais enrijecidos que não atendem as suas vontades.

O facilitador, responsável pelo desenvolvimento das técnicas restaurativas, tem um papel fundamental no processo, sendo responsável por evitar o processo de "revitimização" da vítima e por garantir a responsabilização do agressor. Seu principal intuito deve ser o de reduzir as diferenças entre as partes envolvidas no conflito penal (PALLAMOLLA, 2009).

Além de impedir que uma das partes se sobreponha à outra durante a sessão (princípio da não-dominação), o facilitador deve promover o empoderamento da vítima, dando-lhe voz ativa e afastando-lhe o sentimento de vulnerabilidade, fazendo com que ela se sinta mais confiante em seus posicionamentos e escolhas.

Dessa forma, com a participação efetiva da vítima, do agressor e da sociedade na construção de uma solução para o conflito, as práticas restaurativas além de apresentarem um resultado para a situação, ainda cessam a sensação de insegurança e humilhação provenientes de conflitos de caráter doméstico.

A justiça restaurativa deve, portanto, destacar o dano causado à vítima, empoderá-la para que se posicione perante o ocorrido, promover a responsabilização do agressor, fazendo com que este repare o dano e perceba o mal que causou à vítima, pautando-se no respeito e visando recuperar e manter as relações familiares já desgastadas pelo cometimento de agressões de diversas formas. Dessa forma, há uma maior possibilidade de rompimento do ciclo de violência.

Acerca da melhor técnica a ser utilizada, divergem os doutrinadores no que diz respeito à violência doméstica. Autores como Andréa Ribeiro (2015) apontam a mediação, com a promoção de diálogo entre as partes, como a técnica mais adequada para que seja restaurado o laço entre os envolvidos, que fora dissolvido com a ocorrência das agressões familiares.

Lado outro, Santos (2014, p. 731) entende que a mediação não se presta a solucionar os conflitos gerados no contexto doméstico, tendo em vista que o agressor não enxerga a vítima como seu igual, mas

como uma subalterna, a quem não deve arrependimentos ou desculpas. Assim sendo, não haveria inibição da violência doméstica.

Frise-se que, ao contrário do que o senso comum imagina, as técnicas restaurativas, bem como os demais institutos despenalizadores não minimizam a prática criminosa ou o tratam de forma mais branda que o necessário para repressão do delito. Além disso, preocupa-se com a singularidade dos envolvidos e com a relação decorrente da convivência familiar.

Nos ensinamentos de Thaize Gutierriz (2012, p. 145), afirma que a técnica restaurativa viabiliza que "a mulher encare o problema de frente e assuma a direção de sua vida como agente transformador (…) e conscientiza o homem dos seus atos". Ou seja, a justiça restaurativa ao mesmo tempo em que repreende o agressor, trata de empoderar a mulher e torná-la responsável pela direção de sua própria vida.

Diante disso, a justiça restaurativa, conforme destacam as pesquisadoras Paula Fonseca e Taiane Lucas (2009), se mostra válida tanto para casos em que a mulher decida permanecer na relação com o seu agressor, quanto para aqueles em que a vítima decide por romper seu relacionamento abusivo e precisa ser fortalecida para a busca de novos caminhos em sua vida.

4. Conclusão

A violência doméstica consiste em um mal que assola a sociedade brasileira e vitima milhares de mulheres todos os anos. Em que pese os movimentos feministas e os avanços trazidos pela legislação, como a Lei do Divórcio, a Lei Maria da Penha e as recentes alterações no Código Penal acerca do feminicídio, as agressões físicas, verbais e psicológicas são uma constante em muitos lares brasileiros.

Isso ocorre em razão da cultura machista e patriarcal que se instalou em nosso país e que faz com que os homens enxerguem suas parceiras como inferiores e subordinadas, de forma que as agressões por eles cometidas não lhes causam qualquer impacto emocional e que muitos acham que se trata de um direito seu enquanto maridos.

A prestação jurisdicional comum, com as penas previstas na legislação específica, falha tanto na proteção da vítima, quanto na repressão do crime, já que os autores deixarão o cárcere movidos por um sentimento de ódio em relação à ex-companheira e, inclusive, podem cometer crimes mais graves contra ela.

A Justiça Restaurativa, então, se apresenta como um mecanismo adequado de resolução dos conflitos e das consequências geradas pelo cometimento de um crime no âmbito doméstico e, se sobressaindo em relação ao procedimento jurisdicional comum, preocupa-se com os laços familiares e busca maneiras de restaurá-los e mantê-los, mesmo após o delito, além de incutir na moral do autor que as suas práticas são ilegais, imorais e desrespeitosas para com a sua família.

Percebe-se uma resistência dos magistrados que entendem que esse método é um contrassenso à forma tradicional de resposta penal, bem como ao cárcere, o que não é verdade.

Cabe, portanto, à academia e aos próprios Tribunais desmistificar ainda mais o procedimento, a fim de que este seja bem entendido pelos magistrados e demais operadores do Direito, que poderão se utilizar dessas técnicas com a consciência de se buscar soluções dos conflitos que lhe foram apresentados, com vistas a se obter um provimento efetivo, e, por consequência que as relações intrafamiliares se pautem e se resolvam em um ambiente eudemonista, e que, em última instância, a sociedade viverá com maior harmonia.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Mayara de Araújo; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **Autocomposição judicial: o meio mais rápido e barato para a macdonaldização das decisões? Análise segundo o CPC que ama muito tudo isso.** In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. Novas Tendências. Diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Minas Gerais: D'plácido, pp. 419-438, 2018.

_____. **Justiça restaurativa comunitária :** análise de efetividade a partir do Programa Conjunto da ONU em Contagem - MG. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Minas Gerais. 410 f. 2019.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **A Justiça Restaurativa juvenil na Comarca de Belo Horizonte - Minas Gerais.** In: JAYME, Fernando Gonzaga; CARVALHO, Mayara de. Justiça restaurativa na prática: no compasso do Ciranda. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 4-31, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial [da] União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5 jun. 2020.

_____. **Código Civil.** Diário Oficial [da] União, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 10 mai. 2020.

_____. **Lei nº 13.140.** Diário Oficial [da] União, Brasília, 07 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 10 mai. 2020.

_____. **Código de Processo Civil.** Diário Oficial [da] União, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov. br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 mai. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=125>. Acesso em 10 mai. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ 225**, de 29 de novembro de 2019. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça

Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?-documento=225>. Acesso em 10 mai. 2020.

CAVALCANTI, Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica.** Salvador: Ed.PODIVM, 2007.

COSTA, Ana Alice Alcântara. **Gênero, poder e empoderamento das mulheres.** In: A química das mulheres, Salvador, p. 20 – 21, 08 jun 2004. Disponível em: <https://pactoglobalcreapr.files.wordpress.com/2012/02/5-empoderamento-ana-alice.pdf > Acesso em 29 mai. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FONSECA, Paula Martinez da; LUCAS, Taiane Nascimento Souza. **Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas.** Disponível em: < http://newpsi.bvspsi.org.br/tcc/152.pdf > Acessado em: 10 jun. 2020.

GUTIERRIZ, Thaize de Carvalho Correia. **Justiça restaurativa: método adequado de resolução dos conflitos jurídico-penais praticados contra a mulher em ambiente doméstico.** 2012. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** Salvador: JusPodivm, 2019.

OLIVEIRA, Ana Flávia. V**ítimas acham que foram agredidas porque falharam em cumprir papel determinado ao gênero feminino na relação com companheiro, diz pesquisadora da UFRJ.** Último Segundo IG, 2015. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-05-03/violencia-domestica-80-das-mulheres-nao-querem-a-prisao-do-agressor.html>. Acesso em: 12 mai. 2020.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática.** 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares.** Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

RAMOS, Meirieli Sousa; MACHADO, Gustavo Silveira. **Lei Maria da Penha:** avanço necessário mais ainda insuficiente. Cadernos ASLEGIS, Brasília, DF, n. 38, set. 2009.

RIBEIRO, Andréa Tavares. **Mediação penal como alternativa a processo penal em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.** Boletim Científico., Brasília, DF, v. 14, n. 46, jul. 2015.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal:** porquê, para quê e como? 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

SANTOS, Cecília MacDowell. **Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero:** Notas sobre Estudos Feministas no Brasil. Disponível em: < http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf > Acessado em 28 mai. 2020.

TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher.** São Paulo: Editora Brasiliense, 2012.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ARTIGOS – SEGURANÇA

ANÁLISE DE TRABALHO COMUNITÁRIO DO "CONSEG MARINGÁ" (CONSELHO COMUNITÁRIO DE SEGURANÇA DE MARINGÁ): DECISÕES, PARTICIPAÇÃO E CONHECIMENTO DA SOCIEDADE

Michel Hajime Itakura

INTRODUÇÃO

O Conselho Comunitário de Segurança de Maringá (CONSEG) tem como objetivo atuar para aumentar a segurança e defesa social da cidade canção. Criando um elo entre as autoridades de segurança, poder público e a comunidade. Trazendo para a cidade uma sociedade mais segura e ética. Para Miranda (2015, p. 61) se enquadra como conselhos comunitários grupos que tenham como objetivo "[...] o poder de mobilização e pressão sem, necessariamente, apresentar um caráter deliberativo".

> [...] a dimensão comunitária de um conselho é porque seu objetivo é servir de espaço "de apresentação de demandas da comunidade junto às elites políticas locais, numa relação que renova a tradicional relação clientelista entre Estado e sociedade" (TATAGIBA, 2002, p.53-54, Apud, MIRANDA, 2015, p. 61).

O CONSEG Maringá foi o primeiro conselho de segurança comunitário criado no Brasil. Sendo integrado por membros da sociedade civil organizada que fazem reuniões com o intuito de discutir e analisar, além de planejar e ver o acompanhamento de seus problemas comunitários de segurança, para Scardueli e Casagrande (2011, p. 33) "os conselhos comunitários de segurança apresentam-se como uma importante forma não só de expressão da cidadania, mas de um caminho educativo para a efetivação dos direitos fundamentais", embora seja muito importante deixar claro que essa função pertença ao governo: "[...] consubstanciado no artigo 144 da Constituição Federal: 'A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos […]´".

O CONSEG Maringá também fomenta campanhas educativas com a intenção de criar laços de entendimento e cooperação entre as principais lideranças da de Maringá. Segundo Miranda (2015, p. 60) "A utilização de conselhos como um fórum de participação social não é um fenômeno novo e pode ser associada a diferentes discursos políticos". No caso do CONSEG Maringá segundo o próprio site da instituição:

> sua legitimidade tem sido reconhecida pelas várias esferas de Governo e por institutos independentes, o que permite afirmar que os CONSEGs representam, hoje, a mais ampla, sólida, duradoura e bem sucedida iniciativa para a melhoria da segurança na sociedade brasileira (SITE CONSEG MARINGÁ, 2018).

O CONSEG Maringá promove e apoia projetos, além de investir em ações de formas diretas que tem mostrado resultado positivo, apesar de ainda não ser cem por cento. O site também deixa claro que:

> Com todos os projetos desenvolvidos e apoiados, através de campanhas e reuniões semanais, o CONSEG Maringá busca atender toda a comunidade de Maringá, estreitando os laços, criando um elo entre comunidade e órgãos de segurança da cidade (SITE CONSEG MARINGÁ, 2018).

O CONSEG Maringá existe desde 1983 e atua em defesa da segurança, preservando assim vida do cidadão maringaense ao qual eles têm orgulho da sua atuação, eventos e ações em prol a comunidade "São três décadas de parceria com a comunidade em prol do bem-estar de cada cidadão. Um trabalho voluntário de maringaenses, na defesa da coletividade. A busca pela segurança passa pela participação de todos. A vida é um direito de todos nós" (SITE CONSEG MARINGÁ, 2018). Para as autoras Scardueli e Casagrande (2011, p. 33) Conselhos Comunitários de Segurança, ou seja, os CONSEGs são instituições que tem como objetivo buscam soluções específicas para problemas que envolvem a segurança pública de uma cidade. Para elas:

> os conselhos funcionam como órgãos de cooperação, planejamento, troca de ideias e de recursos, com os quais se vislumbra atingir os objetivos e as metas estabelecidas pelos membros que atuam dentro dos conselhos, com base em prioridades elencadas e definidas pelo grupo (SCARDUELI E CASAGRANDE, 2011, p. 33).

Já o autor Arruda faz uma definição mais fácil sobre os CONSEGs: "São grupos de pessoas do mesmo bairro ou município que se reúnem para discutir e analisar, planejar e acompanhar a solução de seus problemas comunitários de segurança[...]" isso além de [...] desenvolver campanhas educativas e estreitar laços de entendimento e cooperação entre as várias lideranças locais (ARRUDA, 1997, apud MARCINEIRO, N; PACHECO, G. C. 2005, p. 96). Já Dimestein define como CONSEGs:

> [...] grupos de pessoas do mesmo bairro ou município que se reúnem para discutir e analisar, planejar e acompanhar a solução de seus problemas comunitários de segurança, desenvolver campanhas educativas e estreitar laços de entendimento e cooperação entre as várias lideranças locais. (DIMENSTEIN, 1994, p. 8).

Scardueli e Casagrande dizem que "os CONSEGs são grupos de pessoas interessadas em fazer algo relacionado com a segurança públi-

ca, em prol da comunidade e em apoio à polícia, discutindo e analisando os problemas de segurança do bairro ou do município" dessa forma ajudando e criando soluções, além de acompanhar suas aplicações. De acordo com Scardueli e Casagrande "É nesses conselhos que o cidadão encontra um lugar para poder se organizar e debater sobre os aspectos do desconforto pertinentes à insegurança e à solução desse problema". Scardueli e Casagrande (2011, p. 34). Para Marcineiro e Pacheco, os CONSEG são entidades que não deve ter fins lucrativos.

As ações do CONSEG devem atrair pessoas que representam várias classes sociais, "de forma organizada e objetiva, operacionaliza questões até então sem solução, como a falta de uma unidade de saúde num bairro, ou a ausência de linhas regulares de ônibus num certo setor, ou a carência de iluminação pública" Scardueli e Casagrande (2011, p. 34) .

O presente artigo tem o objetivo de conceituar o que é o conselho de segurança comunitário em especial o da cidade de Maringá, assim como mostrar como é feito as tomadas de decisões, e como ela é constituída, principalmente o que envolvem suas ações de comunicação de educação com o intuito de conscientizar.

> É no âmbito da educação informal que estaremos enfocando a questão das relações entre comunicação e educação no processo de conquista de cidadania, porém, não a partir do papel da mídia, mas da comunicação que surge em consequência da práxis nos movimentos populares, comunitários e das demais organizações que tenham como estratégia a consecução dos interesses coletivos. (PERUZZO, Cicilia M. Krohling, 2000, P.656).

E como como é a administração do CONSEG Maringá (reuniões e assembleias por setores da sociedade), para saber de que forma o conselho ouve a comunidade, suas atribuições e retorno a população (através das atividades desenvolvidas), criando assim um engajamento, para Peruzzo (2000) quando a sociedade se envolve esse engajamento é muito maior, uma vez que toda a sociedade participa, assim, Peruzzo diz que:

> as dimensões do engajamento na dinâmica local, conteúdo das mensagens e da participação em todas as fases do processo comunicativo, em geral, acontecem interligadas e configuram-se como ideal em termos de ação-edu-comunicativa no âmbito dos movimentos comunitários. (PERUZZO, Cicilia M. Krohling, 2000, P.662).

Dessa forma esse estudo pretende mostrar como é o trabalho do conselho comunitário de Maringá e mostrar como ele ajuda a sociedade através de suas campanhas de comunicação.

Para a elaboração desse estudo foram usados vinte e sete artigos, entre eles os seguintes autores: Peruzzo (1998), (2000), (2006); Filho (2001); Soares (2006) e Saldanha (2012).

Esses artigos foram escolhidos porque os autores são referências no assunto e vem de encontro com o tema deste trabalho. Este estudo é inovador, uma vez que em pesquisa não foi achado nenhum trabalho parecido.

O artigo está organizado nas seguintes seções: Introdução, o que é Conselho comunitário de segurança; Metodologia; Conselho comunitário de segurança; Segurança pública; Publicidade comunitária; Discussão dos resultados; Considerações finais; Referências, Anexos e apêndices.

O QUE É UM CONSELHO COMUNITÁRIO

Conselho é defino por Peruzzo (1998), uma das principais pesquisadoras do assunto no Brasil, com uma formação sem fins lucrativos, e deve ter como função principal a comunidade ao qual ela está inserida "tende a ter um vínculo orgânico com a realidade local, tratando de seus problemas, suas festas, suas necessidades, seus interesses e sua cultura" (PERUZZO, 1998, p.10).

Assim como ter suas tomadas de decisões em grupo e deve ser caracterizado "ainda por possui sistemas de gestão partilhado, ou seja, funciona na base de órgãos deliberativos coletivos, tais como conselhos e assembleia" (PERUZZO, 1998, p.10).

Os conselhos comunitários surgiram por meio da constituição criada em 1988, assim para Cruz et al. (2012), esses "conselhos assumiram, institucionalmente, papel primordial no processo de afirmação

da cidadania" fazendo que grupos de pessoas da sociedade civil pudesse trabalhar em prol sua comunidade "sendo ainda hoje um importante instrumento de controle social e mecanismo estratégico na garantia de direitos" (CRUZ ET AL, 2012, S/p.)

Cruz et al (2012) explicam ainda que os conselhos tendem a "reforçar a dinâmica social, para sua mobilização em associações de interesse, facilitando a disseminação da cultura participativa" (CRUZ ET AL, 2012, S/p.) Para Vasconcelos (2006) "em muitos lugares, movimentos populares vêm conseguindo criar formas de intervenção e questionamento (VASCONSELOS, 2006, p. 270).

METODOLOGIA

Esse artigo é um estudo sobre o CONSEG (Conselho Comunitário de Segurança de Maringá), um conselho criado para ajudar a segurança pública da cidade canção. Vamos a tentar conhecer a instituição, entender como são as tomadas de decisões, ver se os membros são apenas da sociedade civil e se tem administração pública. Mensurar os objetivos, atribuições e o retorno a sociedade e de que forma a população é ouvida.

Esse estudo é um trabalho baseado no conhecimento num paradigma epistemológico interpretativista com uma pesquisa qualitativa (quanto a análise do conselho) e também quantitativa (com a intenção de mensurar se a população de Maringá conhece o trabalho da mesma, ao ponto de entender se as pessoas têm acesso, mesmo que só de saber de sua existência e conhecer o seu trabalho) e também é formado por um embasamento bibliográfico para a fundamentação necessária.

Em uma primeira etapa foi selecionado o objeto de estudo dentro da proposta de comunitária da disciplina de comunicação comunitária. Após foi acompanhado as reuniões que são realizadas na ACIM (Associação Comercial e Empresarial de Maringá), todas às segundas-feiras, no prazo de seis semanas, onde foram feitas entrevistas com o presidente, vice-presidente e um coronel da polícia militar que é um integrante do conselho.

Na etapa seguinte foi feito um questionário feito on-line por meio da plataforma Googleforms para saber se as pessoas conhecem o con-

selho com base num cálculo de "Amostragem" do indiano Naresh K. Malhotra, fazendo três questionamentos: Você é de Maringá? Você conhece ou já ouviu falar no CONSEG Maringá? Você sabe o qual é o trabalho do CONSEG? Para melhor entendimento do processo de entendimento da hipótese desse trabalho que é se o CONSEG Maringá tem em seu organograma uma atuação vertical e não horizontal, o que caracterizaria a decisão comunitária e também ver se a comunidade tem conhecimento do conselho, uma vez que se ele é comunitário a sociedade deve saber que ele existe, como funciona e seu objetivos.

Considerando que se não há conhecimento das pessoas sua formação tem pouco ou nenhuma participação dos moradores da cidade, ou que a divulgação é de certa forma mal trabalhada e direcionada ao seu público alvo, a comunidade.

Para a realização dessa pesquisa foi usado uma técnica de pesquisa de amostragem criado pelo indiano Naresh K. Malhotra (2001), por meio da seguinte fórmula:

Fórmula de "Amostragem" (ANEXO A):

$n^{+}= N.z^2.p(1-p)$
$(N-1).e^2+2^2+z^2.p(1-p)$
Fórmula de "Amostragem"- aplicado para Maringá:

$n^{+}= N.z^2.p(1-p)$
$(N-1).e^2+2^2+z^2.p(1-p)$
$n^{+}= z^2.p(1-p)\ e^2$
$n^{+}= 1{,}96.05(1-0{,}5)\ 0{,}05$
$n=384$

Assim, nesta pesquisa foram entrevistadas 384 pessoas. Com 95% de confiança E 1,96 de taxa de erro percentual para mais ou para menos. Em seguida foram feitos estudos de artigos científicos no portal Google acadêmico. Foram usadas palavras chaves como: Conselho; Comunitário; Segurança pública; Comunicação comunitária e CONSEG.

CONSELHO COMUNITÁRIO DE SEGURANÇA

Para Scardueli e Casagrande (2011) nos últimos anos o trabalho comunitário tem crescido muito, principalmente os que envolve a fomentação da ajuda na segurança pública "a filosofia de Polícia Comunitária tem se mostrado eficaz no trato com os problemas relacionados à segurança pública, seja de cunho social, político, econômico, etc [...]" (SCARDUELI E CASAGRANDE, 2011, p. 32).

> Não é muito profícua a experiência brasileira de parceria da administração pública com a população; se, por um lado, se credita isto a uma prolongada convivência com regimes autoritários, por outro lado pode-se creditar, também, a uma tradicional prática política, de feição paternalista, que prefere tutelar a população a tê-la como verdadeira parceira nas questões da administração pública (CERQUEIRA, 1999, p. 102).

Scardueli e Casagrande (2011) explica que os CONSEG´S ao qual as autoras também chamam de polícia comunitária devem contribuir para a segurança pública. Já Brasil (2002) ressalta que "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos […]" (BRASIL, 2002, p. 84), assim Scardueli e Casagrande (2011) deixam claro o motivo da existência desses órgãos "os conselhos comunitários de segurança apresentam-se como uma importante forma não só de expressão da cidadania, mas de um caminho educativo para a efetivação dos direitos fundamentais" (SCARDUELI E CASAGRANDE, 2011, p. 33).

Scardueli e Casagrande (2011) ressaltam que essas instituições podem envolver um bairro ou uma cidade, com uma finalidade concreta de ajudar a resolver os problemas envolvendo a segurança da comunidade. Assim Arruda define que os CONSEGs:

> São grupos de pessoas do mesmo bairro ou município que se reúnem para discutir e analisar, planejar e acompanhar a solução de seus problemas comunitários de segurança, desenvolver campanhas educativas e estreitar laços de entendimento e

> cooperação entre as várias lideranças locais (ARRUDA, 1997, apud MARCINEIRO, N; PACHECO, G. C. 2005, p. 96).

Com um interesse da sociedade Scardueli e Casagrande (2011) afirmam que as ações feitas por essas instituições não devem ter fins lucrativos e devem somar ao sistema de segurança pública por meio das suas forças de tomadas de decisões. As autoras dizem também que os CONSEGs devem ter em sua composição representantes de todas as classes sociais de forma a atingir toda a cidade ou bairro por qual teve como objetivo inicial como abrangência de criação.

No estudo de Scardueli e Casagrande (2011) as pesquisadoras entendem também que a população brasileira ainda não está acostumada a esse tipo de serviço, assim, "Esse é um processo que ainda está iniciando e que exige paciência, tolerância e humildade, pois, apesar da existência de resultados animadores e algumas experiências bem-sucedidas de projetos implementados pelos CONSEGs" (SCARDUELI E CASAGRANDE, 2011, p. 34).

SEGURANÇA PÚBLICA

Quando se fala em conselho de segurança, deve-se lembrar que essa instituição vai além de apenas de cuidar da criminalidade.

> As instituições não são fontes ou essências, e não possuem nem essência nem interioridade. Elas são práticas, mecanismos operatórios que não explicam o poder, pois que supõe os seus relacionamentos e contentam-se em 'fixá-los', segundo uma função reprodutora e não produtora. (DELEUZE, 1987, p.105-106).

Assim para Filho (2011) "o papel do CONSEG perpassa pelas práticas que ocorrem através dele, isto é, o significado de CONSEG é resultado de como ele atua e experimenta questões cotidianas relacionadas com a segurança" (FILHO, 2011, P. 21).

Dessa forma Filho (2011) explica que tem uma "[..] dificuldade de perceber o CONSEG com um único papel está que o mesmo reúne grupos de diferentes segmentos sociais que buscam legitimar seus diversos interesses" (FILHO, 2011, P. 21). Já no CONSEG Maringá

a intenção é justamente quebrar essa motivação de interesse pessoal, chamado pelos membros de tráfico de influência. Um dos membros, o coronel Paschoal diz que:

> [...] nesse aspecto tem um papel importante, porque daí é a comunidade ajudando, mas ajudando através de órgão específico organizado que vai prestar daquilo que fez junto a sua própria comunidade e não entregando dinheiro para um policial e de repente vinculando esse ou aquele empresário como amigo da polícia, então tira essa figura que poderia gerar quem sabe um tráfico de influência e leva para o CONSEG [...] e o CONSEG faz todo aquele aspecto de administração e prestação de conta e controle disso. Trazendo uma transparência e assim uma tranquilidade para quem doa e pra quem recebe a doação (CORONEL PASCHOAL, vide apêndice B).

As pautas levadas em consideração devem estar diretamente ligadas a sociedade e ao interesse da segurança da cidade "o CONSEG apresenta seu regulamento legal que define suas funções e o interesse geral de atuar na segurança pública, mas são seus participantes que darão sentido e direcionamento para os conselhos" (FILHO, 2011, P. 21).

Dentro do conselho é se pensado em maneiras de usar ações para ajudar a comunidade, para Filho (2011) "as estratégias e mecanismos que as políticas públicas podem utilizar no tratamento do crime, deste modo, a articulação entre Estado e sociedade é uma forma de administração de conflitos" (FILHO, 2011, P. 24). O autor também explica que "essa percepção de políticas públicas é refletida de acordo com uma leitura que se aproxima da sociedade atual, esta é marcada por mudanças e processos que as políticas vêm apresentando dificuldades em acompanhar" (FILHO, 2011, P. 24).

> O que tem sido eficaz são programas e estratégias de segurança baseados numa articulação multi-institucional entre Estado e sociedade (Sherman,1997. Short,1997. Greenwood, 1996. Felson e Clarke, 1997). O crime é uma coisa muito séria para ser deixada apenas sob o encargo de policias, advogados ou juízes,

> pois envolve dimensões que exigem a combinação de várias instâncias sob o encargo do Estado e, sobretudo, a mobilização de forças importantes na sociedade. O Estado deve mobilizar organizações que atuam na área da saúde, educação, assistência social, planejamento urbano e, naturalmente, da segurança. (BEATO, 1998, p. 19).

Quando se fala em segurança pública as polícias militares são sempre o alvo principal e uma mudança muito presente nos dias atuais que são os comportamentos criados com a sociedade civil. No CONSEG Maringá várias cadeiras são ocupadas por integrantes da PM, dessa forma "as polícias militares se destacam nessa relação com a sociedade civil, pois as evidências empíricas disponíveis permitem constatar que apesar da cultura militar, as polícias militares têm-se adequado [...]" (FILHO, 2011, P. 25), criando assim uma efetividade e criando uma relação democrática e direta com a sociedade maringaense.

Assim todas os setores que envolvem a segurança deveriam repensar o modo de agir e criar decisões.

> É preciso repensar as políticas públicas para as áreas urbanas, ampliar e consolidar a participação popular e recuperar a qualidade de vida dos cidadãos. É preciso reconhecer que a solução não é meramente institucional ou jurídica, mas é fundamentalmente política. (SOUZA, 2003, p. 15).

Soares (2006) diz que "várias são as matrizes da criminalidade e suas manifestações variam conforme as regiões do país e dos estados (SOARES, 2006, p. 91), assim a importância da criação de um CONSEG, pois ele é direcionado para sua comunidade, essa no caso a cidade de Maringá.

> Roubos a bancos, residências e ônibus, assim como os seqüestros, particularmente os "seqüestros relâmpagos", também têm se tornado comuns e perigosos, em todo o país, porque, em função, também nesse caso, da disponibilidade de armas, essas práticas, que, por definição, visariam exclusivamente ao

> patrimônio, têm se convertido, com assustadora freqüência, em crimes contra a vida – a expansão dos "roubos seguidos de morte" ou latrocínios constitui o triste retrato dessa tendência (SOARES, 2006, p. 92).

Soares (2006) quando fala na violência fala que "as explicações para a violência e o crime não são fáceis", pois para ele a criminalidade está bem difusa, passando do pequeno roubo ao crime organizado, do ladrão pé de chinelo a grande gestão de tráfico de drogas, mas que todas elas passam pela pobreza e pela desigualdade criada em nosso país (SOARES, 2006, p. 93 e 94).

PUBLICIDADE COMUNITÁRIA

Quando se fala em publicidade Saldanha (2012) uma referência no assunto explica que "Compreende-se que um meio comunitário não pode ser regido nem por atividades comerciais nem pela propagação das mesmas, ainda que as atividades comerciais pertençam ao território ou localidade em questão". No caso em questão as publicidades produzidas e veiculadas pelo conselho comunitário de segurança de Maringá são transmitidos pelas afiliadas das principais emissoras apenas com alcance regional.

A autora explica que fazer propaganda de um órgão comunitário pode ser um crime, desde que a intenção seja por meio de um motivo maior, "aceitar uma publicidade, mesmo que local (desde a produção à veiculação), passou a ser o mesmo que trair um ideal, além de configurar um crime, uma vez que inserção publicitária nas veiculações comunitárias viola a lei penal". (SALDANHA, 2012: 6-7). No caso do CONSEG Maringá, as publicidades tiveram uma intenção, o 1º Vice-presidente explica que a ação:

> É uma parceira do CONSEG juntamente com a Sol Propaganda [58]de Maringá e foram feitas algumas peças publicitárias com a participação de policiais, civis, militares, corpo de bombeiro, guarda

58 Uma das principais agências de Publicidade e propaganda de Maringá.

> civil, enfim, todos das área de segurança das forças policiais de Maringá dando dicas pra população justamente quanto a prevenção na segurança e essas inserções foram veiculadas na televisão e também rádios aqui de Maringá é um projeto de vamos dizer, de educação das pessoas e disseminação de dicas de segurança da cidade (FERNANDO ALVES DOS SANTOS, vide apêndice A).

Já Peruzzo (2006) diz que a comunicação de uma instituição comunitária tem muita coisa em comum, mas que ela vai se adaptando conforme a necessidade "Na prática, a Comunicação Comunitária por vezes incorpora conceitos e reproduz práticas tipicamente da comunicação popular em sua fase original e, portanto, confunde-se com ela, mas ao mesmo tempo outros vieses vão se configurando" (PERUZZO, 2006, p.6).

Com tudo Peruzzo fala da importância em prestar serviço por meio da comunicação, assim deveriam ter essa intenção "Seriam aquelas que, tendo como finalidade primordial servir à comunidade, podem contribuir efetivamente para o desenvolvimento social e a construção da cidadania" (PERUZZO, 1998, p. 253).

DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

O CONSEG Maringá é aberto para todos da sociedade, podendo participar das reuniões, dar sugestões, porém, no entanto não tem poder de voto na formação do conselho "[...] quem vota são os membros do conselho que são entidades, que são cento e quatro [...]" (ANTONIO TADEU RODRIGUES, vide apêndice C).

As tomadas de decisões são feitas a partir das discussões que são levadas aos órgãos competentes, uma vezes que cada um deles tem seu representante no conselho.

> Então nós conversamos com os dirigente e policiais da área de segurança pública, né. Para analisarmos qual a ação que será tomada, né. E várias vezes nós viemos aqui com bom êxito, porque eles também participam do CONSEG (ANTONIO TADEU RODRIGUES, vide apêndice C).

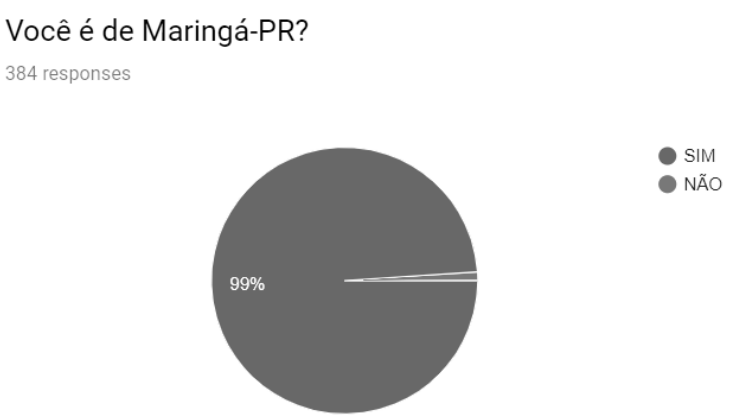
Já a contrapartida vem por meio de ações sociais em vários projetos:

> Sim, nós temos diversos projetos em vários segmentos. Lá no Lar Escola, nós temos dois projetos, né, são crianças de bairros mais sujeitos a violências, né, nós temos um lá que é o dançando no compasso da música, dança. E o outro é dado por um policial, Biazon, que é, são aulas de Karatê, que leva as crianças principalmente a disciplina. Então a gente sente que aquela entidade, é uma entidade muito importante para Maringá e que as crianças que vão lá, são moradores de bairros sujeitos a violência (ANTONIO TADEU RODRIGUES, vide apêndice C).

Dessa forma o CONSEG Maringá ajuda a prevenir a violência. O conselho promove também campanhas na televisão com vídeos de conscientização, mas nenhum deles convida a sociedade a participar de forma efetiva do projeto.

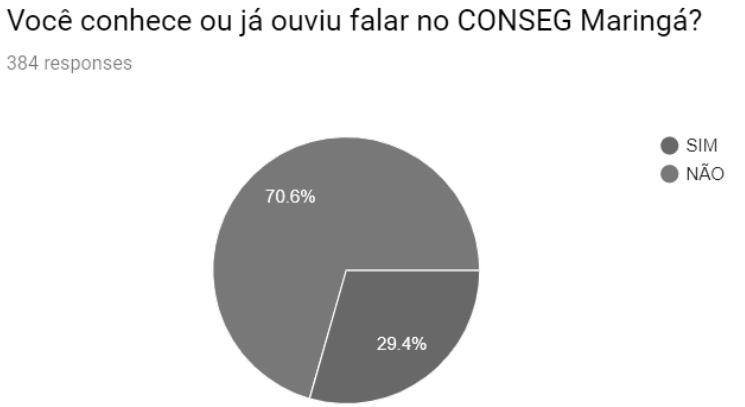
Na pesquisa quantitativa realizada para este trabalho 99 % das pessoas entrevistadas são da cidade de Maringá (imagem 1).

Imagem 1:



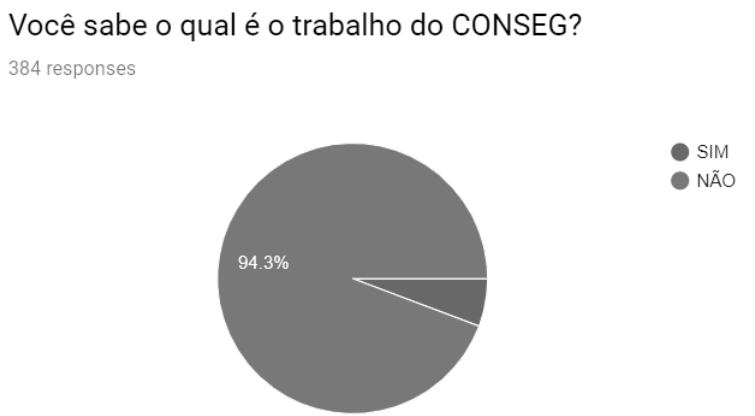
Desse total, 29,4 % dos entrevistados conhecem ou já ouviram falar no CONSEG Maringá (imagem 2).

Imagem 2:



E apenas 5,7 % sabem qual é o trabalho feito pelo conselho de segurança de Maringá (imagem 3), ou seja, poucas pessoas sabem da existência, formação e tomada de decisão do Conselho Comunitário de Segurança de Maringá.

Imagem 3:



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com este estudo pode se considerar que o trabalho de um CONSEG deve ser sem fins lucrativos e suas tomadas de decisões devem ser sempre em grupos. E que trabalhos comunitários têm crescido nos últimos tempos. Isso porque o trabalho dessa ação comunitária é importante para a sociedade.

Podemos considerar também por meio de uma pesquisa realizada nesse estudo que o Conselho de Segurança de Maringá não é conhecido por boa parte da população, sendo que segundo a pesquisa 29,4% (ANEXO B) das pessoas já ouviram falar, contra 70,6 quem não sabem o que é o CONSEG, porém, levando em consideração que a publicidade comunitária não pode ser com cunho de divulgação, mas sim de informação, esse pequeno número pode ser considerado de relevância para a cidade de Maringá.

Quanto às tomadas de decisões fica um intermédio quanto a hipótese desse trabalho, sendo que a crença era que o CONSEG Maringá tinha uma atuação vertical e não horizontal, que caracteriza o trabalho comunitário.

Entretanto, pode-se perceber que no cotidiano, nas pautas, sugestões o cidadão e todos os membros têm vez e voz, sendo assim uma tomada de decisão horizontal, mas quanto a formação e eleição da equipe, ainda é organizado de maneira vertical, uma vez que a população não pode votar.

REFERÊNCIAS

BEATO, C. F. **Políticas Públicas de Segurança: Equidade, Eficiência e Accountability**. In: Seminário Reforma do Estado. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, ago. 1998.

CERQUEIRA, C. M. N. (Org). Do patrulhamento ao policiamento comunitário. Coleção polícia amanhã: textos fundamentais de polícia. Rio de Janeiro e Nova York. 1ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

SITE CONSEG MARINGÁ. Disponível em: <http://www.consegmaringa.org/>. Último acesso em: 12.SET.2018.

CRUZ, Pedro José Santos Carneiro; VIEIRA, Samara Cíntia Rodrigues; MASSA, Nayara Moreira; ARAÚJO, Thaise Anataly Maria de; VASCONCELOS, Ana Cláudia Cavalcanti Peixoto de. **Desafios para a participação popular em saúde: reflexões a partir da educação popular na construção de conselho local de saúde em comunidades de João Pessoa, PB**. Saúde pública. 2012. Disponível em: <https://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S010412902012000400025&script=sci_arttext&tlng=pt>. Último acesso em: 17.NOV.2018.

DELEUZE, G. Foucault. **O silêncio dos sujeitos.** Lisboa: Vega, 1987.

DIMENSTEIN, G. **O cidadão de papel**. 4. ed. São Paulo: Ática, 1994

MALHOTRA, Naresh K. **Pesquisa de marketing: marketing: uma orientação aplicada**. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

MARCINEIRO, N; PACHECO, G. C. **Polícia Comunitária: Evoluindo para a polícia do Século XXI.** Florianópolis: Insular, 2005.

MIRANDA, Ana Paula Mendes de. **A avaliação dos Conselhos Comunitários de Segurança – Revista Avaliação de Políticas Públicas**, 2015. Disponível em: <http://www.avalrevista.ufc.br/index.php/revistaaval/article/view/19>. Último acesso em: 12.SET.18.

PERUZZO, Cicilia M. Krohling. **Comunicação comunitária e educação para a cidadania.** 2000. Disponível em: <http://revistacomsoc.pt/index.php/comsoc/article/view/1427/1358> Último acesso em: 12.SET.2018.

_____. (1998). **Comunicação nos movimentos populares: a participação na construção da cidadania**. Petrópolis: Vozes.

_____. **Participação nas Rádios Comunitárias no Brasil. Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**, 1998. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/peruzzo-cicilia-radio-comunitaria-br.pdf>. Último acesso em: 17.NOV.2018.

_____. (2006b). **Rádios comunitárias: entre controvérsias, legalidade e repressão.** In: Melo, J. M.; Gobbi, M.C.; Sathler, L. (orgs.). Mídia cidadã: utopia brasileira. (pp.183-192). São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo.

SALDANHA, P. (2012). **Publicidade Social ou Propaganda Social? Uma reflexão epistemológica e as possíveis consequências sociais**. In: Encontro Nacional da Ulepicc Brasil, 2012. Acessado em 3 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.williangomes.com.br/ulepicc/pdf/gt2/SALDANHA_publicidade_so cial_ou_propaganda_social_uma_reflexao_epistemologica_e_as_possiveis consequencias_sociais.pdf>. Último acesso em: 17.NOV.2018.

SCARDUELI, Márcia Cristiane Nunes; CASAGRANDE, Maria Aparecida. **Conselho Comunitário de Segurança: espaço de efetivação da cidadania.** Impulso – metodista, 2011. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/impulso/article/view/521> Último acesso em: 12.SET.18.

SOARES, Luiz Eduardo. **Segurança pública: presente e futuro. Estudos Avançados**. 2006.

SOUZA, L. A. F. **Anotações sobre violência, crime e os direitos humanos**. Revista Perfil e vertentes, v. 15, n. 1, 2003.

VASCONCELOS, E. M. **Formar profissionais de saúde capazes de cuidar do florescer da vida**. In: VASCONCELOS, E. M.; FROTA, L. H.; SIMON, E. (Org.). Perplexidade na universidade, vivências nos cursos de saúde. São Paulo: Hucitec, 2006. v. 1, p. 265-308.

ANEXO A

PESQUISA- DADOS

N= Tamanho da amostra

e= Grade de confiança

z= Erro

p= Ocorrência

n= Total

HIPERENCARCERAMENTO E O FORTALECIMENTO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS

Fabiana Teixeira Souza Domingos

1 – Crimes e Facções Criminosa

A história do surgimento das facções criminosas no Brasil é algo bem peculiar e diverso da formação das organizações criminosas em outros países, uma vez que, estas surgiram, de acordo com Feltran (2018), em um ambiente externo às prisões com a formação de grupos com a finalidade de cometer crimes, conforme preceitua a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13) advinda da Convenção de Palermo.

No Brasil a história das Facções Criminosas se originou dentro dos próprios estabelecimentos prisionais com a liderança e organização de grupos de detentos que se uniram com o intuito de se protegerem de abusos do Estado. Uma das facções criminosas de maior relevância no país, é o PCC, Primeiro Comando da Capital, grupo criminoso do Estado de São Paulo.

O PCC surgiu encabeçado por criminosos de roubo a bancos, detentos dotados de extremo raciocínio estratégico e liderança. De acordo com relatos, documentos recolhidos e análise de rebeliões orquestradas, tem-se que o PCC foi fundado em meados de 1996/1997, no anexo da Casa de Custódia de Taubaté. Ainda há relatos e indicações que o mesmo foi criado anos antes na data e 31/08/1993.

Existem no Brasil, outras facções criminosas que dominam os presídios de suas regiões, porém o PCC é o grupo mais consolidado e bem estruturado, possuindo braços inclusive em outros países da América do Sul, Europa e Estados Unidos.

De acordo com dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)[59], o INFOPEN 2019 aponta uma população carcerária de 773.151 pessoas presas em todos os regimes, caso sejam analisadas estabelecimentos prisionais e delegacias. Somente no estado de São Paulo o número de detentos até dezembro de 2019, sem considerar delegacias, estava em 231.287 detentos. Estes números, ao que tudo indica só devem aumentar, tendo em vista a grande quantidade de prisões preventivas e prisões temporárias, além das prisões pena em curso no país sem acompanhamento das progressões de regime, direito assegurado pelo Código de Processo Penal. Esta política de hiperencarceramento, na lição de Dias (2012), acaba por alimentar e fortalecer as facções criminosas.

Atualmente, de acordo com dados estatísticos do DEPEN, os crimes que lotam as nossas prisões são crimes de furto, roubo e tráfico de drogas. Muitos dos delinquentes cometem um único crime, às vezes de furto ou tráfico com pequena quantidade de drogas e acabam adentrando as prisões e ali iniciam sua carreira no crime, uma vez que se veem obrigados a se filiarem às facções criminosas por uma questão de sobrevivência dentro da cadeia e uma garantia de proteção a suas famílias que estão do lado de fora. Nessa esteira, observa-se que o fortalecimento do PCC se deu em virtude dos conflitos e grande violência entre os detentos, surgindo a Facção com um papel mediador e caráter de ordem e proteção dos presos contra outros presos e proteção destes perante o Estado, seu algoz.

Marques (2009, P.44) relata um diálogo com um detento antes da consolidação do PCC, elucidando o cenário de violência que eram os presídios:

> [...] afirma-se que 'a mile anos o que tinha era guerra entre os ladrão', um período em que se permitiam extorsões contra pri-

59 http://depen.gov.br/DEPEN, acesso em 24/04/2020

> sioneiros 'primários', 'estupros entre presos', comercialização de 'pedra' (crack) e 'mortes por qualquer coisa' diariamente. Os 'presos primários', afrontados por 'quadrilhas de pilantras', passavam a ter suas vidas ameaçadas caso seus familiares não atendessem as reivindicações dos extorsiários. Outros era estuprados e até mesmo forçados a serem 'mulheres de presos' para terem suas vidas poupadas. [...] consequentemente, o resultado desse panorama dantesco eram as cifras alarmantes de assassinatos entre os próprios presos.

Desta forma, o PCC surgiu com o intuito de fortalecer os presos frente ao Estado opressor e colocar uma ordem dentro dos presídios. O discurso para amenizar as desavenças internas veio no sentido de que os detentos deveriam se unir para se tornarem mais fortalecidos.

Diante deste cenário de crimes e violência, vislumbra-se a importância de esclarecer o conceito de crime.

Crime é tido como algo artificial, uma vez que foi desenvolvido pela sociedade, cabendo ao legislador tipificar as condutas e atribuir as penas cabíveis a estas. Nesse diapasão, Focault (1999, P.124) afirma: "É verdade que é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural"

Conforme JESUS, Damásio (2012, P. 192 e 193), há quatro sistemas de conceituação de crime:

- Formal – o crime é conceituado levando-se em consideração a técnica jurídica, a lei.
- Material – há uma análise ontológica. São considerados os motivos que levaram o legislador a atribuir determinada conduta como criminosa.
- Formal e Material – conceituado conjuntamente de maneira formal e material.
- Formal, Material e Sintomático – este critério conceitua o crime de maneira formal, material e acrescenta a personalidade do agente.

Para JESUS, Damásio (2012), predominam os sistemas, Formal, em que crime é um fato típico e antijurídico e o Material, que define crime como fato típico, antijurídico e culpável.

Na visão de Nucci (2017, P.114), crime pode ser conceituado sob três prismas:

- Conceito material - é a visão da sociedade sobre o que seria passível de punição, é a conduta que aflige o bem juridicamente tutelado e deve ser punida.
- Conceito formal - é aquele que segue o princípio da legalidade, para o qual não há crime sem lei que o defina, nem haverá pena sem prévia cominação legal. Trata-se do conceito material formalizado como lei.
- Conceito analítico - é a conduta típica, antijurídica e culpável, trata-se de ação ou omissão conforme conduta proibida, contrária ao direito, sujeita a reprovação social, desde que haja imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, inexigibilidade de conduta diversa.

O conceito analítico de crime é o mais aceito pela doutrina, sendo crime, **fato típico, antijurídico e culpável**.

Vale frisar que não há diferença ontológica entre crime e contravenção, o que os diferencia é a dosimetria da pena.

O grande desafio que temos na gestão de Segurança Pública está em como lidar com o crime, as prisões e as penas, posto que, quanto mais detentos houver, maior será o fortalecimento das facções criminosas.

2- Um Panorama do Problema: Hiperencarceramento

Tendo em vista que São Paulo hoje possui a maior população carcerária do país[60], e o PCC é a facção criminosa de maior relevância e organização, o parâmetro utilizado nesta pesquisa é a mencionada

60 http://depen.gov.br/DEPEN, acesso em 15/03/2020

capital e o PCC é a referência do estudo.

Após o massacre do Carandiru em 1992, houve uma reestruturação do sistema prisional no Estado de São Paulo, ocorrendo uma descentralização de unidades prisionais que se espalharam pelo estado, perfazendo atualmente, 294 unidades, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça[61]. Entretanto a quantidade de unidades prisionais não é suficiente para a quantidade de detentos que só aumentou durante décadas, sendo intensificada com a Lei nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, a partir de sua vigência. Nesse diapasão, com a entrada em vigor do chamado "Pacote Anticrime", Lei nº 13.964/19, o hiperencarceramento só tende a aumentar, tendo em vista o recrudescimento em relação à punição de alguns tipos penais, tal como o roubo que passa a ser considerado hediondo em qualquer situação e não apenas quando seguido de morte, o dito "latrocínio", conceito doutrinário.

Cumpre assinalar as características dos crimes hediondos:

O termo hediondo traz consigo a significação de algo terrível, repugnante, medonho, que cause aversão. Seu conceito, portanto, é muito subjetivo, existindo uma linha tênue entre imputar realmente uma pena mais severa devido à gravidade do crime e aplicar o Direito Penal do Inimigo, infligindo as piores penas por uma aversão desmedida ao criminoso e atendimento aos anseios populares, sem levar em consideração o delito em si, mas o indivíduo.

Os crimes hediondos têm como fundamento legal o art. 5º, XLIII, CF[62] e a Lei nº 8.072/90 que elencava o rol taxativo de crimes hediondos em seu artigo 1º, entretanto, com a nova redação da Lei 13.964/19 ocorreu uma modificação quanto aos tipos penais incluídos no rol taxativos, quais sejam:

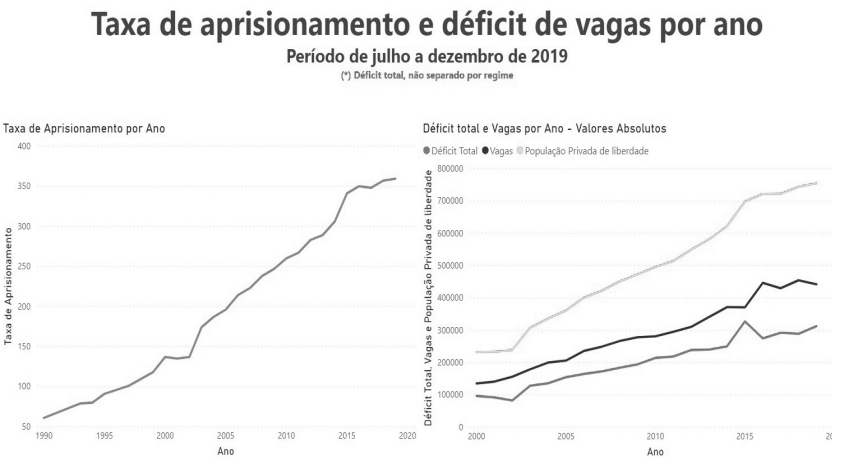
61 https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php acesso em 24/04/2020

62 Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem"

- Homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII);

Lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2o) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3o), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

Roubo: a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V); b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B); c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º); extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º); extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ lº, 2º e 3º); estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º]). Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1 º, § 1º-A e § 1º-B, favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º). Furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A). Crime de genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/56 crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03 crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826/03 crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826/03



http://depen.gov.br

3. O Enfrentamento do Problema

A problemática em questão no que tange ao hiperencarceramento e fortalecimento das Facções Criminosas, já vem sendo assunto amplamente debatido, vislumbrando-se formas de enfrentamento.

Uma temática bastante discutida seria a possibilidade de privatização das prisões e a utilização da mão-de-obra carcerária. Entretanto, este caminho é algo bastante questionável inclusive quanto a sua constitucionalidade, tendo em vista que o poder punitivo do Estado é indelegável. Outrossim, ao se vislumbrar a cadeia como fonte de lucro, torna-se interessante a superpopulação, o que iria na contramão da solução do problema do hiperencarceramento.

No tocante ao modelo estadunidense, o qual é tomado por base nesta questão, de acordo com Loïc Wacquant (2018), criou-se um mito demoníaco em que o encarceramento geraria lucro, em que o "complexo industrial prisional" teria substituído o "complexo industrial militar" da Guerra Fria, entretanto, os lucros prisionais foram apenas consequência, uma vez que a iniciativa privada passou a participar em diversos setores da economia, porém, valendo-se de uma análise mais crítica e profunda, verifica-se que o sistema carcerário não é fonte geradora de lucro, pelo contrário, há poucos detentos trabalhando para a iniciativa privada e os que trabalham para o Estado

geram poucos recursos para fomentar a economia, demonstrando que o sistema carcerário é mais uma forma de escoamento de capital do que fonte de lucro.

Atualmente, os esforços mais relevantes no sentido de se minimizar o hiperencarceramento se delinearam em decorrência da ADPF nº 347 de 2015, ajuizada pelo PSOL requerendo o reconhecimento de inconstitucionalidade relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em virtude de lesões a preceitos fundamentais decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Após o ajuizamento da referida ADPF, foi analisado pedido liminar e deferida medida cautelar determinando a obrigatoriedade da audiência de custódia, audiência realizada logo após a prisão em flagrante, para se verificar eventuais irregularidades, bem como a possibilidade do indiciado responder em liberdade pelo eventual delito cometido. Embora tenhamos a previsão da audiência de custódia e ainda, este instrumento estar previsto no Pacto de San José da Costa Rica, em muitas comarcas esta audiência não é realizada, corroborando assim, para a situação de hiperencarceramento.

Outra relevante medida adotada com o intuito de se reduzir a quantidade de prisões provisórias, surgiu com o advento da Lei nº 12.403/11, a qual introduziu as medidas cautelares diversas da prisão, entretanto estas medidas não lograram êxito na redução da população carcerária, uma vez que acabaram por se tornar uma forma de controle social, servindo como um instrumento de criminalização da pobreza.

O que podemos perceber, sob uma ótica Foucoultniana de controle social e docilidade dos corpos, é que esta postura apresentada ao mundo em sua Obra "Vigiar e Punir", não mais funciona dentro do sistema prisional e punitivo moderno, talvez esta ótica esteja às avessas e quem detenha o Controle do Panóptico, sejam os líderes das ditas facções criminosas.

A grande questão que se deve enfrentar ao se pensar em diminuir o encarceramento, seria pensar não somente em instrumentos repressivos e imediatistas. Os esforços deveriam ser dirimidos na direção de desenvolvimento de políticas para a redução da criminali-

dade e consequentemente chegaríamos a políticas públicas voltadas a educação, saúde, alimentação, lazer, dentre outros direitos e garantias constitucionais.

O enfrentamento do problema possui duas vertentes relevantes, uma de longo prazo, em que o enfoque estaria no desenvolvimento de programas sociais de melhoria para o fortalecimento da sociedade como um todo e por outro lado, temos a necessidade de elaboração uma ação a curto prazo com o fito de evitar o crescimento desenfreado e fortalecimento da máquina do crime e de seus gestores.

Nesse sentido, o RDD, apesar das rebeliões quando de seu surgimento, é uma forma do Estado procurar enfraquecer as lideranças criminosas. Também deve-se levar em consideração as medidas cautelares diversas da prisão com o intuito de coibir o aumento de integrantes das facções criminosas, entretanto, a utilização das medidas cautelares deve ser efetivada com real intenção de redução da população carcerária no curto prazo.

O que podemos inferir diante da atual situação prisional é que o sistema punitivista e repressor está fracassado, a pena não vem atingindo os fins de ressocialização inicialmente propostos no âmago do Direito Processual Penal. O encarceramento tem figurado como força motriz para o fortalecimento das facções criminosas.

Desta forma, faz-se necessária a adoção de medidas tais como a descriminalização de condutas, como por exemplo, o usuário de drogas, tipo atualmente despenalizado, porém a conduta ainda figura como crime. Outrossim, políticas públicas no sentido de buscar uma maior integração social e redução dos danos causados aos indivíduos encarcerados. Ademais, além de políticas públicas voltadas para a população mais exposta e suscetível ao crime, a política penitenciária também deveria ser reformulada, de modo que o apenado tivesse uma maior possibilidade de convívio social com programas de inclusão, de forma a humanizar o cárcere e não isolar completamente o reeducando do convívio social, mantendo programas de inclusão, educação e qualificação profissional, além de auxílio em sua reintegração à sociedade quando do término do cumprimento da pena.

Referência Bibliográficas

BIONDI, Karina. Proibido Roubar na Quebrada: território, hierarquia e lei no PCC. São Paulo: Terceiro Nome, 2018.

BUTING, Jerome F. Ilusão de Justiça. Rio de Janeiro: Best Seller, 2018.

DAVIS, Angela. Estarão as Prisões Obsoletas? Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELTRAN, Gabriel. Irmãos: uma história do PCC. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – Teoria del Garantismo Penal. 2.ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madri, Trotta, 1997.

FOUCAULT, Michel, Vigiar e Punir - Nascimento da Prisão, trad. Raquel Ramalhete, 20ª ed. Petóropolis: Ed.Vozes, 1999

GODOI, Rafael. Fluxos em Cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. São Paulo: Boitempo, 2017.

JESUS, Damásio de, Direito Penal 1, Parte Geral, 33ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MAIA, Clarice Nunes et al. História das Prisões no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. A Guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. São Paulo: Todavia, 2018.

MARQUES, Adalton. Crime, proceder, convívio seguro: um experimento antropológico a partir das experiências entre ladrões. 2009. 120 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Antropologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MISSE, Michel. Crime e Violência no Brasil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, 13ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio Manual Esquemático de Criminologia. 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

http://www4.planalto.gov.br/legislacao/ Acesso 24/04/2020 http://depen.gov.br/DEPEN, acesso em 24/04/2020 https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php Acesso em 24/04/2020

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002008000100002&lng=pt&tlng=pt#nt: Wacquant, Loïc O lugar da prisão na nova administração da pobreza, 2008 Acesso em 25/04/2020

SEGURANÇA: DEVER DO ESTADO (CONTRATO SOCIAL) VERSUS CONTEXTO MOÇAMBICANO

Armindo Armando Nhanombe

INTRODUÇÃO

A investigação intitula-se ***Segurança: dever do Estado (contrato social) versus Contexto Moçambicano***

Neste sentido, procuraremos perceber o papel do Estado na Segurança do indivíduo. Sendo que partiremos da etimologia da segurança perpassando pelas três vertentes da Segurança (tradicional, abrangente e crítica), tendo, também, em conta os tipos de segurança colocando como centro o ser humano, dito de outra maneira tendo o ponto forte a segurança humana.

A segurança deve ser encarada como o dever do Estado na garantia da Segurança Humana. Hobbes diz que é preciso transferir a segurança individual para ao estado. O Estado é que deve garantir a segurança dos cidadãos. Este pensamento de Hobbes é partilhado pelos outros contratualistas como são os casos de Locke e Rousseau que falam da necessidade de se estabelecer um contrato social entre o Estado e os Cidadãos. Daí que só faz sentido falar da Segurança Nacional num estado e até podemos acrescentar num Estado Democrático. Procuraremos ao longo deste trabalho verificar como esta segurança se concretiza na constituição Moçambicana. Todavia, a Segurança Nacional sempre foi entendida como atividade militar e não como Segurança Nacional propriamente dita como políticas do Estado mais amplo. Melhor dito, não há clareza entre a distinção da defesa nacional e segurança nacional

da segurança. Estas duas realidades constituem aquilo que podemos chamar de Segurança interna. Infelizmente, a defesa nacional continua sendo vista como sendo a ação última do estado. Todavia, a constituição Moçambicana ressalva que é dever do estado garantir a segurança do cidadão como se pode ler no artigo 59, §1: "Na República de Moçambique, todos têm direito à segurança, e ninguém pode ser preso e submetido a julgamento senão nos termos da lei" (Constituição da República de Moçambique, 2004).

O dever do estado na segurança do cidadão leva-nos ao contratualismo. É um contrato que se estabelece entre o cidadão e o Estado. Nisso os contratualistas alegam que o Estado é a único organismo revestido de poder para garantir a segurança aos cidadãos. Esta legitimação acontece sobretudo no estado democrático quando os cidadãos através do seu voto elegem o seu governo. É sobre esta temática do dever do Estado na garantia da Segurança que o nosso trabalho irá debruçar-se.

1.1 Problema

A segurança no sentido mais amplo, englobando a defesa nacional e segurança são fundamentais para garantia e estabilidade da segurança de um país. Estes contribuem para a criação da liberdade. Olhando conceito de segurança desde a sua etimologia passando pela sua evolução e a sua aplicação na Constituição Moçambicana até aos nossos dias, que avaliação se pode fazer?

1.2 Hipótese

Quando se pensa na segurança nacional, ocorre-nos logo a segurança Militar

Os estudos de Segurança ajudaram a melhor e ampliar o conceito de segurança

1.3 Justificativa

A segurança é um dos direitos fundamentais da vida. Sem segurança, tudo se torna um caos. Mas, do que nunca, o mundo é dilacera-

do por catástrofes e diante de muitas ameaças, precisamos de refletir no conceito da segurança, sobretudo da segurança nacional, tendo como enfoque o papel do Estado na Garantia da Segurança Humana. A escolha deste tema de segurança deve-se ao facto de ser um tema candente e que tem merecido muito debate. Percebendo este tema, percebo melhor a questão da segurança nacional e o dever do Estado na garantia da segurança humana e os abusos que por vezes este infringe.

1.4 Objetivos

a) Geral

Debruçar sobre o dever do Estado na garantia da Segurança Humana

b) Específicos

- Estudar o conceito da segurança
- Analisar a Segurança nacional na constituição Moçambicana
- Equacionar os instrumentos ao dispor do cidadão para exigir o direito de segurança

1.5 Metodologia

Usaremos o método analítico descritivo, recorrendo a bibliografia existente.

Palavras-chaves: Segurança, dever, contrato social, Constituição, Estado, Cidadão.

TEORIA DA SEGURANÇA: ETIMOLOGIA E HISTÓRIA DO CONCEITO

A segurança não só é um valor como é um direito fundamental. Se é verdade que o direito à vida é um dos direitos fundamentais do homem, não é menos verdade que o direito à segurança é um direito fundamental como reza a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que diz o seguinte no seu Artigo 3.º: "Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal" (UNITED NATIONS (ONU), 2001, p. 27). Conforme vemos, a questão da segurança foi e

é, desde há muito, a preocupação da humanidade. As Nações Unidas representam os valores da humanidade, que clama pela Segurança.

Várias são e foram as tentativas de definição da Segurança. É o que nos mostra a revisão da literatura que fizemos, como podemos constatar a seguir:

> "Segundo Couto, segurança "[…] exprime a efetiva carência de perigo, quando não existem […] as causas dele […] é um estado instável, dependente não só de decisões próprias, mas também das decisões dos outros ou da confluência de circunstâncias variáveis […]" (1988, p.38). Já seguridade "[…] exprime a tranquilidade de espírito, nascida da confiança que se tem […] de que não há perigo […]" (Ibidem). Segundo Bispo, segurança "[…] é simultaneamente um estado e um processo. Um estado, de natureza psicológica e também objetiva, que se traduz em confiança, em capacidade de afirmação, em garantia de proteção e que proporciona um sentimento de não ser interferido, de descanso e tranquilidade" (1999, p.48). Este conceito congrega os dois primeiros, servindo melhor à nossa investigação os teorizados por Couto" (Moutinho, 2015) (Sousa, 2014, p.10)

Esta revisão da literatura que nos traz José Bernardino Moutinho pode completar-se com a que Luís Salgado Matos nos apresenta. Ambos convergem no facto de a segurança implicar tranquilidade e, acima de tudo, cria um estado de confiança no indivíduo, procurando livrá-lo de preocupações. A Segurança é uma *cura*. É a ausência de preocupações.

Luís Salgado Matos, no seu trabalho intitulado *Segurança,* diz-nos que: "(…) a palavra 'segurança' tem origem no latim, língua na qual significa "sem preocupações", e cuja etimologia sugere o sentido "afastar-se do cuidado" (sine+cure). A etimologia dá-nos um bom conselho de ação política, mas deixa-nos na dúvida sobre o seu objetivo (Matos, 2005, p.1). Deste ponto de vista, podemos ver que quem está em segurança vive tranquilo, pois está sem preocupações. De modo que quando esta segurança é posta em causa, emerge uma preocupação

diante do homem. O nosso autor para argumentar a sua tese recorre a São Tomás de Aquino, vejamos o que ele nos diz: "na definição mais comum, a segurança está referida a "um mal a evitar" (Aquino, século XIII, 1ª parte da 2ª parte, questão 40, art. 8.º) – por isso segurança é a ausência de risco, a previsibilidade, a certeza quanto ao futuro" (Matos, 2005, p.1). Não é por acaso que a preocupação pela segurança, nos últimos tempos, se tem revelado fundamental, pois, a cada dia que passa, sente-se que o mundo está a correr riscos, a todos os níveis e, de modo particular, no tema que nos propusemos tratar, sobre a ingerência humanitária. É nesta onda de preocupação pela segurança que o grosso dos Estados, no final da Segunda Guerra Mundial, e após o falhanço da Sociedade das Nações, decidiram criar a Organização das Nações Unidas, constituída formalmente, pelos representantes das Nações reunidas em São Francisco, a 26 de junho de 1945, que assinaram a Carta das Nações Unidas, após o encerramento da respetiva Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele ano. E já no primeiro artigo se deixa bem claro a preocupação das Nações pela Segurança, ao estipular os objetivos da Nações Unidas como a seguir transcrevemos:

> "Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer rutura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz" (UNITED NATIONS (ONU), 2001, p.2).

Esta preocupação pela Segurança fez com que o Direito Internacional tivesse várias ramificações, mas, acima de tudo, foram sendo criadas legislações e incorporado nas constituições para responder às várias situações, como é o caso da Constituição Moçambicana.

Embora as interpretações realistas tenham jogado uma fundamental no conceito de segurança, hoje afiguram-se limitadas e desenquadradas da realidade como bem afirma o grupo de Reflexão estratégica

sobre a Segurança no seu livro de Estratégia de segurança Nacional: Portugal Horizonte 2030 liderado por Nelson Lourenço e Agostinho Costa:

> "as interpretações centradas na teoria realistadas relações internacionais – que restringem a segurança nacional à defesa das fronteiras e a integridade do território contra as ameaças externas e a uma dimensão interna centrada na salvaguarda da ordem e da tranquilidade públicas afiguram-se limitadoras e desenquadradas da realidade vigente"(Lourenço e Costa, 2018, p.27).

Por outras palavras, há hoje toda tentativa de desconstruir e construir o conceito tendo em conta qua a visão realista afigura-se desenquadrada, tendo em quanto que este conceito de tende a ser mais abrangente com a seguir veremos quando formos a falar das três vertentes da Segurança. Mas corroborar esta afirmação chamo de novo o Grupo de Reflexão de Estratégia de Segurança e agora citando um dos coordenadores Nelson Lourenço quando afirma:

> "o conceito de segurança passou a assumir uma outra dimensão, mais alargada, comportando três áreas: a área social, onde a harmonia significa partilha de pertenças ou a ausência do medo; a área funcional, segundo a qual significa obter um padrão de vida sustentável ou a ausência da necessidade; e a área ecológica, traduzida na garantia de um habitat confortável e no acesso aos recursos naturais"(Lourenço e Costa, 2018, p.27-28).

Todavia, há que ressalvar que o conceito de Segurança encontra a sua génese nas Relações Internacionais e logo sofre as metamorfoses do contexto internacional. Nisso *jogou* muito o papel do realismo. Como afirma Alencar citando Buzan no trabalho de Tanno:

> "Após a segunda Guerra Mundial a visão realista se firmou como a principal teoria da disciplina de Relações Internacionais. Este período gerava análises principalmente sobre o ce-

> nário internacional anárquico e a busca constante dos Estados de aumentarem seu poder no sistema internacional. Porém, a teoria realista não conseguiu prever o fim da Guerra Fria, e isso gerou por consequência muitas críticas e questionamentos a esta visão. Estas críticas atingiram os estudos de segurança internacional, o que incentivou a criação de novas teorias na área. Tais debates visavam definir novos significados para o conceito de segurança, que já eram utilizados nas relações internacionais. Buscavam ir além de conceitos realistas; já que o realismo associava segurança principalmente em torno de questões militares e estratégicas (TANNO, 2003, pg. 47).

Outro elemento a ter conta é a contribuição da Escola de Copenhaga[63] na teoria da segurança: "O início de seus trabalhos vincula-se tanto ao debate académico da área dos anos 80, quanto aos anseios de repensar a inserção do continente europeu na ordem internacional no pós-Guerra Fria" (Tamo, 2003, p.48)

As políticas americanas de Ronald Reagan, aliadas à Guerra Fria, criam condições para uma reflexão sobre a nova ordem internacional e, de modo particular, a inserção do próprio continente europeu diante de toda conjuntura mundial. Aliás, a escola de Copenhaga é acusada de estar voltada para a Europa, neste caso de ser ocidentalizada. Tal se justifica pelo facto de todas as atenções e transformações estarem a ser operadas na Europa, sendo preciso repensar o mundo a partir dum contexto concreto e neste caso, como já afirmámos, através da teoria do realismo. Mas de que nunca há que enaltecer o papel de Portugal e se me permite ouso chamar de Escola de Escola Portuguesa nesta batalha do alargamento do conceito de segurança com vista a sua operacionalização e se quisermos ser mais específicos no ensino e na investigação. São exemplos disso a criação de Cursos de Direito a Segurança,

63 A Escola de Copenhaga surgiu no Conflict and Peace Research Institute (COPRI) em 1985 na Dinamarca. Um importante escritor da Escola é Barry Buzan (1946). As principais contribuições da Escola de Copenhaga para os estudos de segurança são o conceito de securitização, os novos temas de estudo de segurança e os setores abordados no campo da segurança (DUQUE, 2009, p. 470). Conjuntura Global, Vol. 4, n. 2, maio/ago., 2015, p. 185-195.

como elenca o Professor Jorge Bacelar no seu recente livro intitulado Direito da Segurança: cidadania, Soberania e Cosmopolitismo, a saber:

> "- a Faculdade de Direito da universidade Nova de Lisboa, que conta com dois cursos nesta área: um Mestrado em direito e segurança e um Doutoramento em Direito e Segurança;
>
> - a Faculdade de Direito da Universidade do Porto, com um curso e mestrado em Criminologia;
>
> - a Universidade Lusíada de Lisboa, com um curso de políticas de segurança e um mestrado em segurança e justiça;
>
> - a Universidade Lusófona, com um curso de políticas de segurança;
>
> - As escolas superiores dos ramos das forças Armadas – a Academia Militar, a Escola Naval e a Academia da Força Aérea – com cursos de mestrado integrado na área das Ciências Militares, com diversas especialidades;
>
> - O Instituto Universitário Militar, com mestrados e cursos de formação em áreas das Ciências Militares;
>
> - O Instituto Superior de Ciências Policiais e de Segurança Interna, com mestrado em Ciências Policiais" (Gouveia, 2018, p. 134).

Mas, também não se pode colocar de lado o Grupo de Reflexão de Estratégia de Segurança que publicou o livro que temos vindo a citar intitulado Estratégia de Segurança Nacional: Portugal Horizonte 2030 cujo objetivo é estimular debate sobre assuntos de Segurança, centrados na sua dimensão estratégica e influenciar as políticas públicas. Por outro lado, seria injustiça e de algum modo desonestidade académica não citar alguns nomes sonantes e impulsionadores da Escola Portuguesa de Direito a Segurança como os casos de Jorge Bacelar, Nelson Lourenço, Luís Salgado Matos, Agostinho Costa entre outros. Esta ressalva histórica visa mostrar o quão este conceito de Segurança tem despertado atenção na academia. Tendo-se tornado objeto de pesquisa, interdisciplinar e até

auxiliar há outros cursos e ramos. Sendo assim, interessa-nos olhar como está sendo deito este processo da desconstrução e construção do conceito de Segurança.

Nisto houve, se assim podemos dizer, uma (des)construção do conceito de Segurança, olhando para três vertentes teóricas. É o que a seguir fazemos.

2.1 A (des)construção do conceito de segurança: as três vertentes teóricas

Embora o conceito de desconstrução tenha surgido pela primeira vez na introdução a tradução de Edmund Husserl em 1992 no seu trabalho "Origem da Geometria", foi elaborado Por Jacques Derrida, como uma crítica de pressupostos dos conceitos Filosóficos. E se quisermos ir mais a fundo podemos dizer que os paradigmas de Karl Popper não são outra coisa senão um processo que a ciência deve ser sujeita para poder evoluir. Ou por outra, temos que ter coragem de contrariar ou usando a própria expressão de Popper falsear o conhecimento para poder chegar a verdade. Mas, estas palavras de Popper não constituem novidade pois, de algum modo Descartes com a sua dúvida metódica já tinha dito algo parecido, quando afirma que é preciso duvidar para chegar-se a verdade. Sem esquecer de Gaston Bachelard que a propósito afirmou que o verdadeiro conhecimento só começa quando somos capazes de sair de um conhecimento preliminar feito de senso comum, preconceitos e outros para o racionalismo, ao que ele apelidou de novo espírito científico.

Assim sendo, segundo Ana Brandão, a (des)construção do conceito da segurança move-se, sobretudo, em passar duma visão somente militar para uma visão mais abrangente:

"Tradicionalmente, o estudo sobre questões de segurança incidia sobre as dimensões político-militar e estadual. No pós-Guerra Fria, afirma-se, crescentemente, a investigação sobre as dimensões não-militar e global da segurança, num contexto de profunda mudança da sociedade internacional que estimula a reflexão sobre a segurança como conceito, como disciplina e como política. Habituados a equacionar o termo 'segurança' com 'militar', 'defesa' e 'Estado', somos hoje confron-

tados com realidades e com propostas teóricas que desafiam essa forma de pensar" (Brandão, 2016, p.1)

De facto, a ideia que existe sempre quando se fala da segurança é aliar questões militares, defesa com Estado. De tal modo esta perceção mereceu uma enorme reflexão, é necessário desconstruir para fazer-se uma construção. Aliás, o avanço da ciência deve-se a desconstrução e à construção. Nesse sentido, o conceito de segurança mereceu uma vertente tradicionalista, abrangente e crítica. Este trabalho não poderia passar-lhe por cima sem invocar estes três conceitos para a discursão da teoria de segurança. Estas três vertentes assentam em três áreas: Social, Funcional e Ecológica como podemos aferir nesta citação:

"o conceito de segurança passou a assumir uma outra dimensão, mais alargada, comportando três áreas: a área social, onde a harmonia significa partilha de pertenças ou a ausência do medo; a área funcional, segundo a qual significa obter um padrão de vida sustentável ou a ausência da necessidade; e a área ecológica, traduzida na garantia de um habitat confortável e no acesso aos recursos naturais"(Lourenço e Costa, 2018, p.27-28).

A SEGURANÇA COMO DEVER DO ESTADO

Sendo o Estado, no dizer Jorge Bacelar Gouveia "uma estrutura juridicamente personalizada, que num dado território exerce um poder político soberano, em nome de uma comunidade de cidadãos que ao mesmo se vincula" (Gouveia, 2018, p.26), então podemos afirmar que é dever do Estado garantir a segurança aos seus cidadãos. Todas as Constituições e a Moçambicana não foge a regra constam dos objetivos (que podem traduzirem-se em deveres) do Estado para com os seus cidadãos (cfr. Artigo 11 da CRM). É assim que podemos falar do contratualismo, espécie de acordo que o cidadão faz com o Estado em que há direitos e deveres por ambos. Importa, salientar que já aludimos ao facto que a segurança aqui referida é um fruto de todo o processo da reconceptualização ou alargamento do conceito de segurança, tendo em conta a vertente da segurança interna que visa a defesa nacional assente nos pilares deste que, também já nos referimos. Sendo que pode-se encontrar no contratualismo uma plataforma da defesa nacional.

3.1 Contratualismo

A era moderna é caracterizada por uma discursão acesa da teoria do Estado. Neste debate não se pode colocar de lado alguns contratualistas que tiveram como representantes Thomas Hobbes e seguido por John Locke e Jean Jacques Rosseau, entre outros. Hobbes advogava que o ser humano era caracterizado por dois estados: Estado natural e estado Social. O estado natural é aquele em que o homem pode tudo, pois, para Hobbes, o homem é mau por natureza. Aliás, Hobbes, acabou sendo conhecido com a sua expressão famosa, segundo a qual o homem é o lobo do próprio homem, pois este possui o poder de violência ilimitada.

É na sequência disso que Hobbes, a exemplo dos outros contratualistas, propõe o contrato social com o Estado. Dito de outra maneira, seria uma espécie de alienação da liberdade do homem em detrimento do Estado. Na verdade, seria delegar a sua segurança no Estado. O homem contrata o Estado para lhe garantir segurança. Portanto, Hobbes propõe que a segurança do cidadão seja garantida pelo Estado, pois este detém o seu monopólio. Neste sentido, o homem passa do Estado natural (homem-homem) para o Estado social (Estado-Sociedade). É neste contexto que deve ser entendida a segurança coletiva e cooperativa, pois, este conceito de Segurança foi-se ampliando de tal modo que o homem não deposita somente a sua segurança no seu Estado, como também a nível da comunidade internacional, isto é, associando vários países com um objetivo comum que é defender a segurança. É neste âmbito que a segurança deixa de ser somente uma questão de um Estado, mas passa a ser regional e, grosso modo, também universal. Estão bem presentes entre nós agrupamentos de países regionais, inter-regionais e universais para assegurar a segurança das pessoas. Não por caso que as Nações Unidas um dos objetivos pelos quais foram criadas é para garantir a Segurança e isso está bem patente na sua carta. Ademais, um dos órgãos fortes das Nações Unidas é o Conselho de Segurança que na realidade tem o papel fundamental e decisivo nas Nações Unidas.

3.2 Nações Unidas (Conselho de Segurança)

É preciso ter sempre presente que as Nações Unidas surgem para substituir a Sociedade das Nações criadas ao final da Primeira Guerra

Mundial para garantirem a manutenção da paz e da segurança. Mas, infelizmente a Sociedade das Nações ao não conseguir cumprir este objetivo caiu no descrédito, o que levou a criação de um novo organismo que perseguir os objetivos falhados. Percebe-se que as Nações Unidas ao darem este papel preponderante há um dos seus organismos, nesse caso o CS implicitamente está a colocar o poder decisor fundamental neste, ou poderíamos ariscar a dizer que o CS de Segurança é a Personificação das Nações Unidas. Esta é a melhor maneira de perceber o artigo 24:

"A fim de assegurar uma ação pronta e eficaz por parte das Nações Unidas, os seus membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que, no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade, o Conselho de Segurança aja em nome deles"(ONU, 1945, p.7). Por outro lado, o Artigo 1 e 3 da Carta das Nações Unidas mostram os direitos dos indivíduos em relação a segurança, mas também a finalidade pela qual foram criadas as Nações unidas.

Artigo 3º: "Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal"(UNITED NATIONS (ONU), 2001, p. 27);

Artigo 1º: "Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer rutura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz" (UNITED NATIONS (ONU), 2001, p.2),

4 APLICAÇÃO NO CONTEXTO MOÇAMBICANO

4.1 Contextualização

A Independência de Moçambique deu-se no dia 25 de junho de 1975 no Estádio da Machava, proclamado Pelo Presidente Samora Machel. Tendo como Divisão Administrativa: Províncias (11), Autarquias/Municípios (53 – criados em 1998), Distritos (154), Postos Administrativos e localidades, numa extensão de 799,380 km^2 com uma

população de 28,8 Milhões de habitantes: 15,061 milhões – mulheres e 13,800 homens, segundo o último recenseamento de 2017 (vale pena lembrar que em 1997 eram 16,1 milhões e 2007 eram 20, 5 Milhões). Faz fronteira a norte com a Tanzânia, a oeste com o Malawi, Zâmbia, Zimbabwe e Suazilândia e ao sul com a África do Sul e a este é banhado pelo Oceano Índico numa extensão de costa marítima cerca de 2 770 Km

4.2 Constituição Moçambicana

São identificáveis três fórmulas principais da Lei fundamental de Moçambique. A Constituição fundadora, datada de 1975 e as versões que se lhe seguiram, a de 1990 e a atual, de 2004. Cada uma espelha contextos políticos diferentes correspondendo a fases que marcaram a evolução do país.

4.3 Evolução da Segurança nas constituições Moçambicana

Se a Constituição de 1975 visa a fundação do Estado, a de 1990 visa a sua democratização. É depois dela, em outubro de 1997, que ocorre a publicação de uma lei que aprova a Política de Segurança e Defesa e, em simultâneo, da Lei da Defesa Nacional e das Forças Armadas.

A Defesa Nacional, é entendida por referência a ameaças ou agressões armadas e como devendo ser exercida pelos cidadãos e pelo Estado, por forma a assegurar independência, unidade nacional, soberania, integridade e inviolabilidade do país, normalidade institucional e segurança das pessoas. A sua componente militar corresponde em exclusivo às Forças Armadas e a não militar aos demais órgãos do Estado.

A Constituição de 1975, elaborada pelo Comité Central da Frente de Libertação de Moçambique (Frelimo) e datada do dia da independência, reflete a dinâmica da luta pela emancipação nacional e a inspiração marxista e revolucionária do regime saído dessa luta, bem assim como a sua natureza monopartidária, consubstanciada na Frelimo, organização que nos anos da guerra com Portugal representou o nacionalismo moçambicano e conduziu a correspondente luta. No que tange à

Defesa, essa Constituição prescreve que "as Forças Populares de Libertação de Moçambique, dirigidas pela Frelimo, elemento essencial do poder do Estado, detêm responsabilidades na defesa e consolidação da independência e da unidade nacional", entende-as como sendo igualmente "forças de produção e de mobilização política" e estipula que "o Presidente da Frelimo é o Comandante-Chefe das Forças Populares de Libertação de Moçambique", além de ser o Presidente da República (PR). Em matéria doutrinária a Constituição de 1975, enuncia que Moçambique defende "o desarmamento geral e universal" e "o Oceano Índico como zona desnuclearizada e de paz", além de ser um estado que apenas "usa a força em legítima defesa". Ao mesmo tempo elege "a defesa do país como o dever mais alto de cada cidadão e cidadã".

Este texto constitucional foi objeto de alterações em 1976, 1977, 1978, 1984 e 1986, mas nenhuma delas modificou ou influenciou o entendimento que em matéria de Defesa Nacional de Moçambique foi fixado em 1975. A Constituição de 1990 traduz um outro contexto político e ideológico. Surgiu na esteira do acordo de 1987 entre Moçambique, o Banco Mundial e o FMI, com o consequente abandono de uma visão coletivista e estatizante da economia e também no contexto do processo que havia de levar à assinatura, em outubro de 1992, dos acordos que puseram termo à guerra civil entre a Frelimo e a Resistência Nacional Moçambicana (Renamo). Elaborada pela Frelimo, ainda que com colaborações exteriores, esta Constituição é um autêntico corte com o passado, atenta aos cidadãos, aos seus direitos e ao multipartidarismo.

Para a política designada de Defesa e Segurança, cobrindo as Forças Armadas e as Polícias, fixa objetivos inteiramente clássicos (salvaguarda da independência, da soberania e da integridade territorial, garantia do normal funcionamento das instituições e a segurança dos cidadãos). E estipula que FA e Polícias têm um dever de fidelidade para com a Constituição e a Nação. Moçambique afirma-se como um país não-alinhado que observa os princípios das Cartas das Nações Unidas e da União Africana. As grandes ameaças e riscos que Moçambique enfrenta ou pode vir a enfrentar são: conflitos pós-eleitorais; tráfico de órgãos humanos; pandemias; raptos, litoralização; propagação da raiva causada pelos cães vadios, prostituição infantil;

guerras étnicas (tendo em conta que Moçambique tem 18 grupos étnicos), acesso a saúde e educação que resulta no analfabetismo e na desnutrição, fraca rede transporte.

4.4 Segurança como dever do Estado (uma das tarefas fundamentais do estado)

Os direitos e liberdades individuais são diretamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas são garantidos pelo estado e devem ser exercidos no quadro da constituição, como se pode ver no artigo 59, §1:

"Na República de Moçambique, todos têm direito à Segurança, e ninguém pode ser preso e submetido a julgamento senão nos termos da lei (Art. 59, §1: Direito a liberdade e a segurança)". No Dizer dos contratualistas este seria um contrato social que se estabelece entre O estado e o cidadão.

4.5 Concretização da Segurança Nacional

4.5.1 Constituição: Capítulo I, artigo 265 (Princípios fundamentais)

A política da defesa e Segurança do Estado visa defender a independência nacional, preservar a soberania e integridade do país e garantir o funcionamento normal das instituições e a segurança dos cidadãos contra qualquer ameaça ou agressão armada.

No artigo 266, números 1-4: As forças de defesa e serviços secretos devem:

- Fidelidade e respeito a constituição da República
- São apartidárias
- Devem obediência especial ao Presidente da República na qualidade de Comandante-Chefe

4.5.2 Lei da Defesa Nacional e das Forças Armadas

A Defesa Nacional e as Forças Armadas estão incorporadas em duas

leis que são as leis orgânicas e estratégicas da defesa nacional. A Defesa Nacional assim como a Segurança Nacional são princípios e atividades militares que visam garantir integridade do pais e a independência nacional, cumprindo assim o dever do Estado de garantir a segurança ao estado.

- Lei n º17/97: Política da defesa Nacional e Segurança – conjunto de princípios e diretrizes, que visa defender a independência nacional, preservar a soberania e integridade do país e garantir o funcionamento normal das instituições e a segurança dos cidadãos.
- Lei n º18/97: Defesa Nacional das Forças Armadas: é a atividade desenvolvida pelo Estado e pelos cidadãos que visa assegurar a independência e a Unidade Nacional (…) contra-ameaças e agressão armada.
- É nesta lei que aparece o Conceito Estratégico de Defesa Nacional

Tanto a constituição moçambicana como os respetivos decretos da lei da defesa nacional continuam virados a atividade militar. Há uma certa dificuldade em encontrar uma lei que possa abranger a segurança no sentido mais amplo a não ser sempre ligado a atividade militar. Peço que é o caminho que moçambique deve fazer de olhar a segurança nacional no sentido mais amplo.

5.2.3 Instrumento de fiscalização

Do que temos vindo a expor resulta que tendo o cidadão feito um contrato social com o Estado, por outra, o cidadão delegou o seu poder para ao Estado e este por sua vez deve garantir a Segurança ao cidadão. Esta delegação ou legitimação acontece no dia do sufrágio universal, direto, igual, secreto, pessoal e periódico na eleição do Presidente da República (art.145) e da Assembleia da República (art.170) do CRM. Porém, vezes sem conta, estes legítimos mandatários do povo não têm cumprido a missão que é lhes confiado. Sendo que procuramos encontrar instrumentos ao dispor do cidadão que possam forçar a estes representantes a cumprirem a sua missão. Tais instrumentos chamei-os de fiscalização, que a seguir podemos ver:

5.2.4 Constituição Moçambicana

a) Referendo

O povo moçambicano exerce o poder político através do sufrágio universal, direto, igual, secreto e periódico para a escolha dos seus representantes, por referendo sobre as grandes questões nacionais e pela permanente participação democrática dos cidadãos na vida da Nação (Art. 73)

5.2.5 Tribunais e Ministério Público

a) Tribunais

O cidadão tem o direito de recorrer aos tribunais contra os atos que violem os seus direitos e interesses reconhecidos pela Constituição e pela lei (Art.70: Direito de Recorrer aos tribunais).

b) Ministério Público

Ao Ministério Público compete representar o Estado junto dos tribunais e defender os interesses que a lei determina, controlar a legalidade, os prazos das detenções, dirigir a instrução preparatória dos processos-crime, exercer a ação penal e assegurar a defesa jurídica dos menores, ausentes e incapazes (Art.236)

5.2.6 A nível Internacional

Pode-se recorrer as Nações Unidas através do seu Tribunal Internacional de Justiça com sede em sede em Haia, nos Países Baixos. Foi instituído pelo artigo 92 da Carta das Nações Unidas:

Artigo 92: "A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta".

Sua principal função é resolver conflitos jurídicos a ele submetidos por Estados e emitir pareceres sobre questões jurídicas apresentadas ordinariamente pela Assembleia Geral das Nações Unidas ou pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Sendo que os cidadãos de um

Estado que se sentem lesados nos seus direitos podem recorrem a este Tribunal. Outrossim, não se deve confundir este Tribunal Internacional de Justiça com o Tribunal Internacional Penal, pois este julga indivíduos enquanto aquele julga Estados.

6 CONCLUSÃO

Debruçamos neste trabalho sobre a Segurança como dever do Estado, tendo partido desde a sua etimologia da Segurança, passando pelas suas vertentes sem esquecer a ampliação até desaguar na Globalização: Risco e Ameaça. Percebe-se que a Segurança além do facto ser direito fundamental é uma questão existencial do Ser Humano. É uma preocupação recorrente do ser humano de sentir-se assegurado, dai que podemos dizer que a Segurança pode ser objetiva ou subjetiva. Objetiva é aquilo que é na realidade a Segurança. Aqui, podemos recorrer ao termo verdade que significa coincidência do pensamento com a realidade e por analogia Segurança objetiva é a verdade. Enquanto a Segurança Subjetiva é a perceção ou o sentimento que cada um tem da Segurança que pode não coincidir com a realidade. Há uma tendência em a segurança ser vista com Subjetiva ou melhor, como sentimento, pois quando dizemos juntamente com São Tomás de Aquino que Segurança é ausência de preocupação, no fundo estamos a olhar esta experiência tem partido do sujeito. Ademais, a experiência prova que o que cada um vivencia na sua vida contribui grandemente para a segurança ou insegurança. Quem viveu num lugar objetivamente inseguro é natural que vezes sem conta se sinta inseguro. Esta ilustração prova que não é por acaso que o conceito de Segurança mereceu grande destaque sobretudo nos anos 80 na academia a toda tentativa de mudança, desconstrução ou ampliação do mesmo.

Sabemos que até então o conceito de Segurança estava ligado a questões militares, a tal vertente tradicional e só nos anos 80 e sobretudo com a Escola de Copenhague ampliou-se ou tornou-se o conceito mais abrangente, não se limitando somente a questões militares, mas a todas áreas e sectores possíveis. Não se pode olhar a Segurança duma maneira isolada, ela deve ser vista num mundo global e quando dizemos mundo global estamos a dizer que a Segurança deve ser vista no

contexto da Globalização. Nisso apercebemos que mais do que nunca a Segurança é um conceito repensado face aos vários desafios típicos da Globalização como são os casos as ameaças e riscos. E diante disso a Segurança terá que encontrar uma resposta adequada e consentânea aos riscos e ameaças.

Tendo percebido e clarificado o conceito de Segurança, fizemos uma aplicação prática no contexto Moçambicano, percorrendo a constituição e a legislação existente em matéria de Segurança. Apercebemo-nos que a Segurança no contexto da Segurança Nacional continua sendo vista como uma atividade militar. Todavia, nota-se uma evolução desde a Constituição de 1975 que funda a República Popular de Moçambique com a actual que data de 2004 que está num contexto de um Estado Democrático que deve olhar a Segurança não somente como atividade Militar, mas no sentido mais amplo do termo que visa despreocupar o cidadão.

Outrossim, afloramos a necessidade de o cidadão dispor de um instrumento que possa fiscalizar ou quiçá revindicar o direito a Segurança, querendo, se sente lesado pelo Estado. Podemos socorrer a nível Nacional da Constituição que coloca o referendo e os tribunais onde o cidadão pode recorrer para revindicar os seus direitos. A nível internacional, sendo o Estado Moçambicano Membro e Signatário da Carta das Nações Unidas, segundo o artigo 17 e 18, podem os cidadãos recorrem ao Tribunal Internacional da Justiça para ver os seus direitos ressalvados. Tanto mais, que a Constituição da república de Moçambique no seu artigo 2, nº 3 afirma que "o estado Moçambicano se subordina à Constituição e funda-se na legalidade".

E a terminar, gostaríamos de deixar duas recomendações que achamos essenciais para que o contrato Social se efetive entre o Estado e o Cidadão:

a) As organizações da sociedade civil têm um papel preponderante na educação aos cidadãos dos seus direitos (concretamente no concerne a Segurança);

b) As escolas são chamadas a disseminar e a colocar nos seus curricula esta matéria de segurança;

c) Olhar a segurança nacional não somente como defesa nacional, mas nas suas várias vertentes ou se quisermos nos seus vários pilares.

d) Descentralizar as instituições e aproximar estas e as pessoas e estas entre elas.

e) Definir o centro de gravidade da segurança

f) Criar um grupo de reflexão de Estratégia de Segurança.

BIBLIOGRAFIA

ALENCAR, Mirela Nogueira De - **Debates dos Estudos de Segurança Internacional e Segurança Humana: uma breve análise sobre a evolução dos Estudos de Segurança**, (2015). Disponível em: http://www.humanas.ufpr.br/portal/pdf. Acesso em 23.Jan.2018

BRANDÃO, Ana Paula - **Segurança: um conceito contestado em debate**, (2016) Disponível em: http://www.google.co.mz/url?url=http://www.fd.unl.pt/docentes_docs. Acesso em 20. Ago.2017

ESCORREGA, Luís Carlos Falcão - **A Segurança e os "Novos" Riscos e Ameaças: Perspectivas Várias**. Revista Militar (2009). Disponível: https://www.revistamilitar.pt/artigo/pdf. Acesso em: 15. Jun.2017.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - **Direito da Segurança: Cidadania, Soberania e Cosmopolitismo,** Almedina, Coimbra, 2018. ISBN 978-972-40-7492-4.

LOURENÇO, **Nelson - Sociedade Global, Segurança e Criminalidade, Documentos para o Ensino 1**. Luanda. 2018.

LOURENÇO, Nelson - **As novas fronteiras da Segurança: Segurança Nacional, Globalização e Modernidade. S&D**. Lisboa (2015). Disponível em https://www.academia.edu. Acesso em: 30. Ago.2018

LOURENÇO, Nelson; COSTA, Agostinho - **Estratégia de Segurança Nacional: Portugal Horizonte 2030**. Lisboa (2018). ISBN 978-972-40-7458-0. Acesso em: 15. Ago.2018

MATOS, Luís Salgado De - **Segurança**. Disponível em: http://www.ifilnova.pt/file/pdf. Acesso em: 17.Jun.2017

MONTEIRO, José Cauby Soares - **Estudos de Defesa e Teorias de Relações Internacionais**, (2008). Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/pdf. Acesso em: 15.Abr.2018.

MOUTINHO, José Bernardino De Sousa - **Comunicação Organizacional, Segurança Psicológica e Produtividade nas Forças De Segurança**. CEDIS Working Papers | Direito, Segurança e Democracia | Nº 11 | outubro de (2015)**. Disponível em:** http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/pdf. Acesso em: 16.Jun.2017.

NODARI, Paulo César - **Ética da Responsabilidade em Hans Jonas**. Disponível em: http://www.faculdadejesuita.edu.br/simposio/cd10/textos/doutores/paulo_nodari.pdf. Acesso em: 15.Jun.2017.

ONU - **Carta das Nações Unidas**, (1945). Disponível em: www.onuportugal.pt. Acesso em: 7.Mar.2018

PUC-RIO - CERTIFICAÇÃO DIGITAL N 0610356/CA - **Segurança e Securitização : desenvolvimentos conceituais e teóricos situados historicamente**. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13091/13091_3.pdf. Acesso em: 23.Jan.2018.

SILVA, Caroline Targino *et al.* - A evolução Teórica do Conceito de Segurança e a Percepção das Novas Ameaças pela Região Andina e o Cone Sul. Disponível em: http://www.defesa.gov.br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cadn/artigos/xii_cadn/a_evolucao_teorica.pdf. Acesso em: 22.Jan.2018.

SOUSA, Francisco Xavier Ferreira De - **Os Novos Desafios de Segurança do Norte de África**. Cadernos do IESM (2014). Disponível em: https://cidium.ium.pt/docs/artigos/CADE. pdf. Acesso em: 23.Jan.2018

TAMO, Grace - **A Contribuição da Escola de Copenhague aos Estudos de Segurança Internacional**. (2003). Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/cint/v25n1TAMO, Grace/v25n1a02.pdf. Acesso: 15.Jan.2018.

UNITED NATIONS (ONU) - A Carta Internacional dos Direitos Humanos, Ficha Informativa, (2001). **Disponível em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/pdf. Acesso em: 19. Fev.2018**

UMA ABORDAGEM SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS: A SEGURANÇA COMO PRESSUPOSTO PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

Bruno Fediuk de Castro
Gilberto Bomfim
Renato Maia de Faria

INTRODUÇÃO

A segurança sempre foi uma preocupação da espécie humana. Não diferente de outros animais sociais, os seres humanos passaram a viver em grupo de modo a majorar os seus potenciais de defesa recíproca bem como ampliar a possibilidade de realização de atividades mais complexas por meio da cooperação.

Com o desenvolvimento social, houve uma modificação radical dos perigos. De agentes exógenos, mormente grandes predadores, as maiores ameaças à vida, à integridade e ao patrimônio do ser humano passaram a ser exercidas pelos membros da própria espécie. Nesse toar, as guerras e conflitos bélicos sempre foram uma constante na história da humanidade até o seu ápice de letalidade na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), com um número estimado de mortos entre 40 a 72 milhões de pessoas, dos quais mais da metade eram civis (AGUIAR, 2011, s.p).

Naquele momento histórico, efetivou-se um grande esforço mundial de modo a reduzir os conflitos armados entre nações. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) estabeleceu, pela primeira vez, uma norma comum a todos os povos e nações na qual se sustenta a proteção universal dos direitos humanos.

Não obstante tal previsão normativa, diuturnamente, em diversos países ao redor do globo, os direitos humanos continuam sendo violados de maneira grave, constante e impune.

Na esteira dessa gravíssima problemática, o presente artigo tem por objeto a constante violação aos direitos humanos pelo desrespeito por parte do Estado Brasileiro ao direito constitucional e convencional à segurança pessoal e pública.

Por meio do método hipotético-dedutivo, buscar-se-á revisão bibliográfica acerca do direito à segurança, o debate acerca da (im)possibilidade de categorização como direito humano e também como direito fundamental.

Em um segundo momento, já realizado o corte epistemológico necessário, pretende-se contextualizar o estudo com os dados e índices de violência da realidade brasileira de modo a avaliar se há o efetivo respeito por parte do Poder Público e da coletividade ao direito à segurança, bem como analisar a possibilidade de concretização dos direitos humanos em um ambiente de tamanha insegurança.

Por fim, pretende-se realizar um cotejamento crítico da doutrina hiperbólica monocular dos direitos humanos que parece ter imperado no país a qual deixa de observar a dimensão social do direito à segurança para, ao final, concluir, que a concretização de um ambiente seguro é pressuposto necessário para a fruição dos direitos humanos.

O trabalho mostra-se de evidente importância social pela própria ontologia do debate, bem como ganha elevada relevância acadêmica diante da escassez de produções nacionais, principalmente no âmbito da ciência jurídica, que abordem os direitos humanos sob uma perspectiva social.

1 O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA E PESSOAL

Embora a busca pela segurança tenha sido uma das mais relevantes razões para a reunião do homem em sociedade, é com o Estado moderno que tal fator – a segurança pública - torna-se o fundamento explícito da própria existência da sociedade.

Ao negar o fundamento natural da convivência social, diversos autores, posteriormente conhecidos como contratualistas, passam a afirmar que a sociedade se constitui, em verdade, no produto de um acordo de vontades, isto é, um contrato hipotético celebrado entre os indivíduos que a integram (DALLARI, 2003, p.12).

Talvez o mais célebre desses autores, Thomas Hobbes, no clássico ensaio Leviatã, afirma que o ser humano vive o chamado "estado de natureza" tanto nos estágios mais primitivos do desenvolvimento social, como em ocasiões em que não tem suas condutas reprimidas por parte de instituições públicas eficientes. Com efeito, esse estado de desordem não estaria superado na realidade humana, mas seria sempre uma constante e potencial ameaça que poderia se tornar uma realidade quando a autoridade pública fracassar. Indo além o autor cunha a expressão "guerra de todos contra todos" para definir a situação vivida durante o período de desordem, porquanto, na sua visão, o espírito natural do homem no estado de natureza é tendente à agressividade e às guerras, situação que metaforiza na expressão "o homem é o lobo do homem"(HOBBES, 2012, cap. XVIII).

Embora neguem a natureza agressiva do homem no estado de natureza, tanto Rousseau quanto Montesquieu impõem ao Estado como dever fundante da sua própria razão de existir a garantia de segurança de modo a trazer maior tranquilidade aos integrantes da sociedade do que encontravam em um estado natural (DALLARI, 2003, p. 15-18).

Tais ideias foram claramente recepcionadas pelos primeiros movimentos constitucionalistas da era moderna, os quais, trazendo tal concepção da ciência política para o Direito, declararam a segurança pública como um dos mais relevantes deveres estatais e, como consectário,

direito dos cidadãos. Aliás, como pontua Ferreira Filho as declarações de direitos são marcas inerentes ao constitucionalismo:

> a opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações. Destas a primeira foi a do Estado da Virgínia, votada em junho de 1776, que serviu de modelo para as demais na América do Norte embora a mais conhecida e influente seja a dos "Direitos do Homem e do Cidadão", editada em 1789 pela Revolução Francesa. (1999, p.281)

Nesse sentido, a Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776, estabelece em seu artigo III: **"**Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança.".

Na mesma senda, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, dispõe: "Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada".

A segurança, como pressuposto fundamental para a existência social digna, foi também reconhecida expressamente em um dos documentos jurídicos internacionais de maior envergadura na atualidade, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. A Carta funciona como um guia axiológico para as décadas vindouras, pontificando em seu artigo 3º: "Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal".

Do exposto, fica evidente que o panorama jurídico internacional sempre estabeleceu – e continua a fazê-lo- a segurança pública e pessoal como um direito inerente ao ser humano, obrigação fundante de um pacto social e dever primordial de qualquer autoridade estatal. Do ponto de vista jurídico, sua categorização como direito humano mostra-se patente.

No cenário internacional há, ainda, um processo gradativo de ampliação no conceito de segurança como direito humano. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PUND), em 1994, inova

em seu relatório anual, trazendo para a realidade jurídica transnacional o conceito de segurança humana. Nessa dimensão, o relatório afirma a premente necessidade de superar o conceito estrito de uma segurança nacional para abranger um conceito globalizado de segurança humana, que envolve sete categorias principais: a) segurança econômica; b) segurança alimentar; c) segurança em matéria de saúde; d) segurança ambiental; e) segurança pessoal; f) segurança da comunidade e g) segurança política (ONU, 1994, p.27-28). A despeito da complexidade do seu conteúdo, "a definição de segurança humana consiste em proteger a essência vital de todos os seres humanos de maneira que realce as liberdades humanas e a potencialidade de realização humana" (SUXBERGER, 2012, p. 152).

No ano de 2003, uma Comissão de Segurança Humana é constituída no âmbito das Nações e conclui que a segurança humana emerge como um necessário complemento da segurança estatal de modo a reforçar os direitos humanos e fortalecer o desenvolvimento humano. Afirmam os autores do relatório:

> A comunidade internacional precisa urgentemente de um novo paradigma de segurança. Por quê? Porque o debate sobre segurança mudou drasticamente desde o início da segurança do estado preconizado no século XVII. De acordo com essa ideia tradicional, o Estado monopolizaria os direitos e os meios para proteger seus cidadãos. O poder e a segurança do estado seriam estabelecidos e ampliados para sustentar a ordem e a paz. Mas no século 21, os desafios à segurança e seus protetores tornaram mais complexos. O estado continua sendo o fornecedor fundamental de segurança. No entanto, muitas vezes falha em cumprir suas obrigações de segurança – e às vezes até se tornou uma fonte de ameaça para seu próprio povo. É por isso que a atenção deve agora mudar da segurança do estado para a segurança do povo – para a segurança humana (ONU, *Commission on human security* , 2003, p. 2 tradução nossa).

Como se nota, o conceito de segurança humana passa a ditar novos paradigmas de atuação governamental e dos próprios cidadãos para a defesa e fortalecimentos dos direitos humanos.

Conquanto uma evidente caracterização da segurança pública como direito humano, mister se faz avaliar a possibilidade de sua definição também como direito fundamental, isso porque, na esteira do que ensina Canotilho (2009, p.372) embora as expressões 'direitos do homem' e 'direitos fundamentais' sejam frequentemente utilizadas como sinônimas, há sensíveis distinções que merecem apontamento.

Segundo a sua origem e significado os direitos do homem seriam direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, denotando uma concepção de extrema valorização do aspecto jusnaturalista-universalista. Lado outro, os direitos fundamentais podem ser conceituados como os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, isto é, albergados pela dogmática positivista. Nessa esteira, ensina o mestre português: "os direitos do homem decorreriam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta" (CANOTILHO,2009, p.372).

Não obstante essa diferença conceitual, a acepção de direito fundamental da segurança pública é expressa e reiteradamente institucionalizada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Já em seu preâmbulo, a Constituição Cidadã estabelece a segurança como valor supremo da sociedade que se pretende construir:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, [...].

No título dos direitos e garantias fundamentais, a Lei Maior pontifica a garantia do direito à segurança já na cabeça do seu art. 5º, *verbis*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)".

Ainda que a segurança tenha sido listada após a vida, liberdade e igualdade, percebe-se que a garantia do direito à vida perpassa necessariamente pelo preenchimento do direito à segurança. Com efeito, caso o cidadão corra o risco de sofrer violação constante ao seu bem jurídico mais precioso, a vida, cada vez que saia de casa – ou mesmo no interior da sua residência – desrespeitado estará o seu direito à vida. Assim, imperioso reconhecer que a segurança constitui-se, em verdade, pressuposto essencial para a fruição dos demais direitos individuais, bem como condição essencial de uma vida digna.

Nessa toada, Baltazar Júnior (2010, p.187) ensina que a segurança é um bem jurídico que conforma e condiciona o exercício dos direitos fundamentais na medida em que, "sem segurança, não é possível o gozo dos demais direitos materiais, nem o livre desenvolvimento da personalidade humana com dignidade".

Não satisfeito com o destaque já conferido ao direito à segurança, de modo a extirpar quaisquer dúvidas sobre a sua relevância para a concretização do Estado Democrático de Direito da República, o constituinte originário elencou o direito à segurança como direito social no artigo 6º nos seguintes termos:

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

Em tal aspecto, a segurança está diretamente relacionada aos anseios da ordem social, evidenciando a necessidade de serem tutelados também direitos coletivos tais como o meio ambiente, a paz, a ordem econômica, a saúde pública (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p.187). Demais disso, no âmbito social, a segurança coaduna-se com os valores supremos da sociedade, como constante no preâmbulo; configurando, portanto, de maneira concomitante um dos objetivos do Estado brasileiro e meio para que o indivíduo alcance seus próprios objetivos.

O regramento da segurança pública na Constituição da República de 1988 não se encerra em tais dispositivos. Há capítulo específico dedicado ao tema: "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado,

direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio[...]".

Nesse sentido, ao pontuar no art. 144 da Constituição que é dever do Estado a manutenção da segurança pública estabeleceu uma obrigação indelegável ao Poder Público razão pela qual o direito à segurança pública, visto sob o prisma estatal, corresponde a um serviço público essencial. A parte inicial do comando constitucional possui, pois, duas funções primordiais: a) estabelece o direito à segurança pública como garantia fundamental individual e social e b) atribui competência para o legislador organizar o funcionamento dos órgãos responsáveis pela manutenção da segurança pública (SATIN, 2004, p. 81).

Pelos seus termos imperativos e claros, a norma constitucional que emana da cabeça do art. 144 tem eficácia plena e imediata, dando conteúdo específico ao direito, qual seja: receber do Estado a proteção eficiente -art. 37, *caput*, CF- para manutenção da ordem pública e da incolumidade pessoal e individual.

2. O INEFICIENTE SERVIÇO PÚBLICO DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

Há certo consenso doutrinário sobre a impossibilidade de conceituar serviço público em razão da imbricada relação que possui com as funções do Estado, as quais variam tanto no tempo quanto geograficamente.

Não obstante essa dificuldade conceitual, a escolha constitucional de atribuir à segurança pública a ontologia de direito fundamental do cidadão acarreta como consectário lógico a responsabilidade estatal de manter o funcionamento adequado das organizações policiais, bem como evitar que haja a violação dos bens jurídicos incluídos no ordenamento pátrio – mormente no Código Penal – como tuteláveis pela força policial. Em palavras simples, impedir o cometimento de crimes.

Percebe-se, pois, que embora não se possa estabelecer um conceito universal de serviço público, existe a possibilidade de delimitação de uma noção fundada nos valores constitucionais.

Nesse sentido a noção de serviço público, trazida por Marçal Justen Filho (2014, p.725) sobreleva alguns dos seus aspectos fundamentais:

> Serviço público é a atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculada diretamente a um direito fundamental, insuscetível de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre-iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

O objetivo imediato que se espera com o serviço público é a comodidade do cidadão e não o lucro, como acontece na atividade econômica em sentido estrito. O conceito trazido por Justen Filho é extremamente relevante porque traça um paralelo direto com os direitos fundamentais. Ora, se a Constituição estabelece uma série de direitos entre os quais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*) deve manter o aparato material necessário para a sua concretização.

Entre as diversas classificações de serviço público relevantes no ordenamento pátrio pode-se definir segurança pública como um serviço público próprio e essencial, de caráter geral e indivisível e de prestação compulsória compulsório. Dessa forma, a atividade de manter a ordem e paz social, a integridade física e patrimonial dos cidadãos deve ser prestada pelo estado como sua função primordial (SANTIN, 2004, p. 42- 44).

Apesar de todos esses dispositivos legais determinantes tanto no plano internacional quanto na esfera constitucional pátria, o Estado brasileiro não vem desempenhando o seu papel de garantir a segurança pública do seu povo, possibilitando constantes violações nos direitos fundamentais das vítimas e no direito social da segurança pública.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2018, p.6-7), relatório publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, estabelece que no ano de 2017 foram registradas 63.895 (sessenta e três mil, oitocentos e noventa e cinco) mortes intencionais no país, o que

representa 175 (cento e setenta e cinco) mortos por dia, resultando em uma taxa de 30,8 mortes por 100 mil habitantes. No mesmo período, foram registrados 61.032 (sessenta e um mil e trinta e dois) estupros e 221.238 (duzentos e vinte e um mil, duzentos e trinta e oito) registros de lesão corporal dolosa no âmbito doméstico.

Para se ter a dimensão da gravidade desses números, importante salientar que, segundo a Organização das Nações Unidas, no ano de 2017, em todo o mundo foram vítimas de homicídios 464 mil pessoas. Dessa forma, conquanto o Brasil tenha uma população de 212 milhões de habitantes, representando cerca de 2,82% da população mundial, no ano de 2017, foi palco de cerca de 13,77% de todos os homicídios ocorridos no mundo. De acordo com informações da ONU, entre 1991 e 2017, cerca de 1,2 milhão de pessoas perderam a vida no Brasil (ONU, 2019, s.p).

A taxa de homicídios brasileira é mais de cinco vezes maior que a média mundial, que é de 6,1 para cada 100 mil habitantes e mais de dez vezes maior que as regiões mais seguras do mundo, Ásia, Europa e Oceania, onde os índices de homicídios são de 2,3; 3,0 e 2,8 para cada 100 mil pessoas, respectivamente. (ONU, 2019, s.p).

Não há qualquer margem de discricionariedade na interpretação dos números, o Brasil é um dos países mais violentos e inseguros do mundo, demonstrando, de maneira evidente, que, na realidade nacional, não há eficiência na prestação do serviço público de segurança e uma clara violação a esse direito fundante para qualquer Estado

A exigência social e jurídica de um serviço de segurança pública eficiente mostra-se totalmente adequada à base de formação dos estados modernos. Não faz sentido o cidadão abdicar da liberdade que teria no estado de natureza, se, ao se submeter a uma autoridade central, essa é fraca na manutenção da ordem e na garantia dos direitos dos seus integrantes. Ao ceder parcela da sua liberdade ao Estado com as obrigações a ela decorrentes como o pagamento de tributos, o indivíduo espera encontrar amparo para o desenvolvimento da sua personalidade e de suas atividades e caso haja uma prestação eficiente desse serviço "há um acréscimo do direito de personalidade, em sentido amplo, tendo em vista que o cidadão protegido pela ação de segurança pública terá um maior escudo ao

ataque do delinquente à sua incolumidade pessoal e ao seu patrimônio" (SANTIN, 2004, p. 90)

Apesar dessas diárias violações aos direitos das vítimas, muito pouco tem sido trabalhado no sentido de evidenciar a violação ao direito fundamental de segurança do cidadão. Na realidade pátria, os estudos concentram-se quase que exclusivamente nos direitos fundamentais de liberdades individuais e não nos deveres dos cidadãos para a coletividade de modo a construir um ambiente seguro e ordeiro.

O movimento pós-constitucionalista, que emergiu nos países europeus depois da Segunda Guerra Mundial e, no Brasil, após um grande período de limitação de liberdades durante a Ditadura Militar de 1964, preocupou-se, compreensivelmente, em evidenciar as garantias individuais, com vistas a limitar a opressão dos estados totalitários. Dessa forma, as Constituições foram abundantes em instituição de direitos e tímidas no estabelecimento de deveres.

Fundada em tal superestrutura histórica, a sistematização do direito à segurança pública quedou relegada a segundo plano, no âmbito acadêmico ou no cotidiano forense, porquanto os cidadãos, oprimidos por regimes totalitários ou ditatoriais, não mais suportariam ser demandados e exigidos na construção da sociedade. Era o momento de concretizar as liberdades fundamentais.

Nesse sentido já afirmava Suxberger (2012, p.135) quase 10 anos atrás:

> Muito devido à história recente da política brasileira que experimentou amargo regime de exceção na década de 60 até meados da década de 80, hoje, passados mais de vinte anos de abertura democrática, vê-se ainda um excessivo tributo às ideias advindas do liberalismo. Fixa-se atualmente, de modo mais intenso no campo penal, um individualismo arraigado pela destruição de valores da comunidade e pela progressiva deterioração da vida pública.

Como pontuado, passadas três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, mister se faz uma reanálise desse cenário político-jurídico, bem como dos consectários de uma interpretação hi-

perbólica e monocular dos direitos fundamentais. A democracia está consolidada no Brasil. Têm-se eleições, periódicas, livres e, ao menos do ponto de vista técnico, eficientes. As instituições de controle – Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, Controladorias *etc*- ganharam força. A imprensa é independente e crítica. Não obstante todos esses fatores, o Estado brasileiro não é eficiente na segurança pública.

É o momento de evoluir de uma doutrina individualista dos direitos humanos para uma teoria social dos direitos humanos.

3. UMA ABORGDAGEM SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS – A COLETIVIDADE TAMBÉM SOFRE

Os direitos fundamentais de liberdade representam uma conquista de inestimável valor do movimento liberalista impulsionado pelas revoluções burguesas do século XVIII. Não se está com o presente estudo a negar essa importância para a construção da realidade moderna, mas questiona-se o limite que esse individualismo atingiu.

Consoante ensina Sarmento (2005, p.182), a liberdade e autonomia privada não podem ser absolutas, devendo, primeiramente, ser conciliadas com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, "com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade, a segurança".

Em que pese essa sensata constatação, verifica-se um exagero, mormente na seara penal e processual penal, da interpretação das garantias individuais a ponto de inviabilizar a concretização do direito social da segurança pública e a noção coletiva de sociedade.

Realizando uma análise da doutrina e dos entendimentos jurisprudenciais, percebe-se que uma interpretação excessivamente liberal e permissiva das regras jurídicas tem gerado "uma destruição do elo social devido à promoção liberal do indivíduo, que apenas sabe cuidar dos seus próprios interesses e rejeita qualquer obrigação suscetível de embaraçar a sua liberdade" (SUXBERGER, 201, p. 135).

Sobre a necessária interpretação bifronte dos direitos fundamentais, o professor português Manuel da Costa Andrade (1988, p.332-

333), no ano da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil já ensinava: "os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade como valores ou fins a que esta se propõe perseguir".

Como notório, em grande medida, a garantia da segurança pública perpassa pelo sistema jurídico penal, ou seja, é com o Direito Penal que o Estado faz valer o monopólio da força que adquiriu no pacto social e nesse aspecto, a investigação, o processo criminal e a imposição de uma pena àqueles que desrespeitam as normas é uma forma de, por meio da prevenção geral positiva, garantir a segurança entre os pares que não macularam a ordem jurídica (FISCHER, 2015, p.46).

Caso os direitos individuais daqueles que perpetram um delito cheguem ao ponto de inviabilizar o sistema penal, está-se diante de uma crise institucional com graves problemas estruturais. Ao não aplicar a pena devida àquele que cometeu o crime, o Estado não está apenas violando os direitos fundamentais da vítima e de seus entes queridos, mas estimulando que outros possíveis infratores sintam-se estimulados à prática delitiva.

Douglas Fischer (2015, p.42), ao criticar essa interpretação individualista dos direitos humanos, afirma:

> Dai que falamos, em nossa crítica, que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico: evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se veem investigados, processados ou condenados.

O garantismo hiperbótico monocular, com a falaciosa ideia de concretizar o direito fundamental à liberdade de um indivíduo, põe em xeque toda a estrutura coletiva afinal, como já asseverava Hobbes, a segurança é o fundamento da criação do próprio estado, o qual emerge do pacto social com a função de colocar ordem no caos inerente a um hipotético "estado de natureza".

Assim, a lição célebre do pensador iluminista mostra-se cada vez mais atual, porquanto não há qualquer sentido em uma postura do homem de abrir mão de suas vantagens - direito de autodefesa do estado natural – se os seus agressores não passam a ser detidos/punidos pelo poder soberano. Nesse sentido adverte o pensador iluminista pela possível ruptura das próprias bases estatais, uma espécie de exceção do contrato não cumprido no âmbito social: "a obrigação dos súditos perante o soberano permanece apenas enquanto dura o poder por meio do qual este os protege. Porque o direito que, por natureza, os homens têm de se defender não pode ser abandonado mediante qualquer pacto" (HOBBES, 2012, p. 179)

Ademais, é importante sempre grifar que o direito à liberdade não é absoluto e a presunção de inocência deve ser sempre ponderada no caso concreto com outros princípios constitucionais, como o da eficiência da jurisdição e dos direitos à vida e a segurança pessoais, que são expressões da dignidade da pessoa humana, valor básico do Estado Democrático de Direito e princípio iluminador de todos os direitos fundamentais.

Esse verdadeiro valor-guia e fio condutor de toda a ordem constitucional não se circunscreve a uma esfera individual, mas possui uma dimensão social, que se concretiza por intermédio de políticas e práticas que permitam proteger a sociedade contra aqueles que insistem em desestabilizá-la por meio da prática de infração penal. Como anota BECHARA (2005, p.44): "É inegável que o direito à segurança de todos também constitui uma das muitas fôrmas de realização da dignidade da pessoa humana e, portanto, de proteção de todas as suas manifestações".

A segurança, aliás, deve ser considerada como um pré-requisito essencial para o exercício dos demais direitos constitucionais assegurados constitucionalmente. Nesse sentido, afirma Shue (1980, apud AVILLA, 2014, p. 158-159):

> Ninguém pode usufruir plenamente nenhum direito que é supostamente protegido pela sociedade se alguém puder livremente ameaçar tal pessoa de assassinato, estupro, agressões etc., quando a pessoa tentar usufruir os direitos em discussão. Tais ameaças à segurança física estão entre as mais sérias e – na

> maioria do mundo – os obstáculos mais difundidos ao gozo de qualquer direito. [...] Na ausência de segurança física as pessoas não são capazes de fruir qualquer outro direito que a sociedade diga estar protegendo, pois estão susceptíveis de enfrentarem muitos dos piores perigos que eles enfrentariam se a sociedade não protegesse os seus direitos.

Daí resulta que, apesar de sempre colocados em confronto, não há propriamente contradição entre segurança pública e liberdade. A segurança e a liberdade pessoal estão estreitamente unidas, de modo que uma não pode existir sem a outra. São dois conceitos sociopolíticos indissolúveis e interdependentes, que integram o conceito de paz, imprescindível para o desenvolvimento da pessoa humana.

Por isso, como adverte BANACLOCHE PALAO (1996, p.141),

> *de debe huir de uma postura tan excesivamente garantista que, com el pretexto de proteger el derecho a la libertad de uma persona, impida el libre desenvolvimiento de la libertad de los demás y ponga em peligro el fundamento de toda sociedade democrática, que nos es outro que la pacífica coexistência de los derechos de todos los que la conponen*.

Evidentemente, longe de se sustentar que a defesa da implementação adequada e eficiente por parte do Estado do direito constitucional à segurança pública não perpassa necessariamente por um jogo de pode tudo. Pelo contrário, a imposição da constituição federal de responsabilidade de todos na garantia da ordem pública implica a premente atuação da sociedade civil também para o controle dos abusos cometidos pelas corporações policiais, "tendo em vista que a sociedade deseja a intervenção mais forte seja em face do delinquente e não do cidadão comum" (SANTIN, 2004, p.92*).* Para tanto, paralelamente ao aumento do poder estatal deve aumentar o controle, interno ou externo, tanto por órgãos públicos – Corregedorias Policiais e Ministério Público, mas principalmente por organizações da sociedade civil, ONGs, ONGs, imprensa e o próprio cidadão.

Com efeito, mister que se avance nessa superada doutrina parcial e minimalista do garantismo monocular e para adotar o garantismo

integral, com sólidas bases constitucionais, no qual os direitos fundamentais de primeira geração (entre os quais sobreleva-se a liberdade) são plenamente respeitados, contudo não de maneira absoluta, tendo em que vista que, em determinadas situações devem ceder em favor direitos fundamentais sociais difusos, de toda coletividade, mormente a segurança pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança pública e pessoal é, desde as origens da formação social, uma das maiores preocupações do ser humano. Nesse aspecto, com a formação dos Estados modernos, essa condição foi alçada a fundamento de existência do pacto social e, como consectário, do próprio Estado nação.

Diante das graves violações impostas aos direitos humanos pelos movimentos totalitários que desencadearam a Segunda Guerra Mundial, as atenções da ciência jurídica voltaram-se quase que exclusivamente para a defesa e proteção dos direitos individuais, liberdades dos indivíduos contra o Estado. Embora de extrema importância para a configuração de tais fundamentais garantias, o momento histórico atual evidencia outros desafios. O individualismo extremo, proclamado por teorias essencialmente individualistas dos direitos humanos, tem ocasionado, em muitos países, a desestruturação de valores coletivos e da tranquilidade social.

O Brasil é um dos maiores exemplos dessa distorção. Com taxas de homicídio que superam em mais de cinco vezes a média mundial, prevalece uma preocupação acentuada e focada exclusivamente nos direitos de liberdades individuais. É chegada a hora de enfrentar essa falácia de retorno ao totalitarismo sempre que se fala em fortalecer o aparato de repressão da violência.

Uma abordagem social dos direitos humanos, primando pelo direito da coletividade em detrimento do individualismo parece ser uma alternativa razoável para enfrentar essa visão míope dos direitos humanos. Desprovido de um Estado de Direito forte, que faça os integrantes da nação respeitarem as normas jurídicas, mostra-se quase impossível a

concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade, livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Lívia. Os 12 conflitos armados que mais mataram pessoas. **Revista Super Interessante.** Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/superlistas/os-12-conflitos-armados-que-mais-mataram-pessoas/>. Acesso em: 6 jul. 2020.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consenso e oportunidade**. *In*. Jornadas de Direito Processual Penal: O novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1988.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo Baltazar Junior. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegra: Livraria do Advogado, 2010.

BANACLOCHE PALAO, Julio. ***La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el Derecho español***. Madrid: Editora McGraw-Hill, 1996.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 maio 2020.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão Cautelar.** Editora Malheiros, São Paulo, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª edição. Lisboa: Almedina, 2009.

EUA. **Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 19 mar. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**.24ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

FISCHER, Douglas. ***O que é garantismo penal (integral)?*** In Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella.3ª edição, São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf>. Acesso: 6 jul. 2020.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão -1789**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-à-criação-da-Sociedade-das--Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 29 mar. 2020.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo, Martins Claret, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 217 (III) A (Paris, 1948), Disponível em:<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2020.

ONU. ***Informe sobre dessarrollo humano*** 1994. Disponível em:<http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nostats.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

ONU. ***Commission on human security Human Security Now***. Disponível em: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/91BAEEDBA50C6907C1256D19006A9353-chs-security-may03.pdf> . Acesso em: 6 jul. 2020.

ONU. **Brasil tem segunda maior taxa de homicídios da América do Sul, diz relatório da ONU**, 2019 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-tem-segunda-maior-taxa-de-homicidios-da-america-do-sul-diz-relatorio-da-onu/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle Judicial da Segurança Pública**. Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, v. 14, p. 167-217, 2005.

SHUE, Henry. ***Basic rights: subsistence, affluence, and U.S. foreign policy***. *Princetown (NJ): Princetown University Press*, 1980 *apud* AVILA, Thiago André Pierobom. A atuação do Ministério Público na Concretização do Direito Fundamental à Segurança Pública. Revista do Conselho Nacional do Ministério Público, n. 4, Ano 2014.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Ministério Público e Política Criminal**. Uma Segurança compromissada com os direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2012.

PROVIDÊNCIAS POLICIAIS PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER À LUZ DA LEI MARIA DA PENHA

Luisa Leal Ferreira Ravagnani

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo na análise da atuação policial no combate à violência doméstica. A fim de compreender como o Estado lidava com o tema antes da promulgação da Lei Maria da Penha, em um primeiro momento, procura-se estudar o panorama social, legal e político que culminou na criação da primeira delegacia especializada de apoio à mulher, em 1985, bem como na contínua luta dos movimentos feministas e da pressão internacional para que o Brasil convalidasse a violência doméstica como uma realidade fática no país e implementasse políticas públicas no sentido de combatê-la.

Estuda-se, na segunda parte do trabalho, a relevância da Lei Maria da Penha para a percepção do papel policial como uma importante ferramenta do Estado no combate à violência de gênero, a importância de fortalecê-lo, criando delegacias especializadas para o atendimento de mulheres em todo o país, qualificando policiais para o atendimento das vítimas, bem como investindo, de todas as formas, nas polícias para que haja não só o seu combate, mas também a prevenção e, consequente redução dos casos de violência doméstica no Brasil.

Nesse segmento, analisam-se os dispositivos da Lei 11.340/06, relativos à atuação policial, utilizando-se, para tanto, de doutrina policial, através da análise de artigos escritos por Delegados de Polícia que atuam na área, utilizando-se diretamente a lei em tela na sua prática diária de combate à violência contra a mulher, bem como doutrina jurídica de outros segmentos, escrita por Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Magistrados, a fim de abarcar uma visão ampla a respeito do tema. Utilizou-se, assim, a pesquisa bibliográfica como recurso metodológico, analisando-se textos já publicados de tais profissionais.

Contexto brasileiro da violência contra a mulher e o surgimento da Lei Maria da Penha

A violência doméstica contra a mulher no Brasil, antes da promulgação da Lei Maria da Penha, era percebida pelo Estado como fruto de conflitos internos das relações matrimoniais, não sendo-lhe dispensada um tratamento específico por parte das instituições estatais. Essa visão se refletia em uma espécie de permissão judicial nas análises dos casos de violência contra a mulher, em que os juízos amorteciam a punição dos homens, conforme relata Alberto Carvalho Amaral:

> No âmbito dos Tribunais e da doutrina, existia, inclusive, entendimento, que autorizava ou, ao menos, mitigava a crueldade de estupros e atentados violentos ao pudor praticados em face da esposa, quando não tinha intenção de realizar atos sexuais com seus maridos, sob a justificativa de ser um dos deveres matrimoniais e a ação do marido, no contexto, nada mais era do que o exercício regular de um direito (2017, p. 128).

A década de 1970 foi extremamente relevante para a luta em prol dos direitos das mulheres. A Carta dos Direitos Humanos da Mulher, que entrou em vigor em 1981, a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher, de 1979, precedida pela forte luta dos grupos feministas, com o desiderato de promover reformas no Código Civil então vigente que começam a trazer à tona a temática da violência de gênero (AMARAL, 2017, p.131).

Nesse contexto, em 1980, "foram criadas as primeiras delegacias com especialização em violência contra a mulher, sendo que o foco primordial da atuação buscava oferecer respostas criminalizadoras aos agressores" (IZUMINO, apud AMARAL, 2017, p.132). Destaca-se, entre elas, a primeira delegacia especializada no atendimento à mulheres vítimas de violência do Brasil, no estado de São Paulo, em 1985, Lei 5.467/86, fruto da luta de movimentos feministas em São Paulo, conforme relata a advogada Adriana Gragnani (MODELLI, 2020), militante feminista que participou de tais movimentos: "Se existe delegacia de defesa da mulher hoje, é porque existiu uma grande luta do movimento de mulheres; mulheres que dedicaram tempo de suas vidas para isso".

Importa ressaltar que "a criação das DDMs atraiu a atenção da mídia nacional e internacional e elas se expandiram pelo estado de São Paulo, bem como por todo território nacional" (CARLOTA, 2018, p.136-137). Ainda sobre a origem das delegacias especializadas, discorre Alberto Carvalho Amaral:

> A criação das delegacias especializadas foi fruto dessas movimentações feministas, já que, a partir de uma análise própria e atenta, buscava-se publicizar essa violência. Ao reconhecer que as mulheres necessitavam de uma polícia própria, era o primeiro passo para considerar a violência praticada contra elas de matiz diverso de outras violências cotidianas, merecendo especial consideração (2017, p.132).

A criação das delegacias especializadas, na década de 1980, não foi suficiente para minimizar a violência contra a mulher, vez que o Estado não efetuou reformas legislativas efetivas nesse período, "tampouco houve grande avanço jurisprudencial, mantendo-se quase inalterados entendimentos baseados em postulados machistas" (AMARAL, 2017, p.133).

A promulgação da Constituição Federal de 1988, muito embora tenha firmado um extraordinário avanço no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos humanos, entre eles a garantia da igualdade de direitos entre homens e mulheres, no seu art.5, I, além da inovado-

ra previsão do artigo 226, §8, estipulando a obrigação do Estado em coibir a violência no âmbito doméstico, como norma programática, necessitava de legislação que regulamentasse especificamente a proteção de violência de gênero. O que só veio a ocorrer em 2006, com a promulgação da Lei Maria da Penha.

Na esfera internacional, o Brasil manteve um histórico de incorporação de diversos tratados de Direitos Humanos, ratificando, entre eles, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção Belém do Pará – em 1995, "com a preocupação de garantir o direito a uma vida sem violência para as mulheres" (CHAKIAN, 2019, p.257).

Apesar do aparente engajamento com a causa, o país pouco avançou no que diz respeito à materialização dos direitos humanos das mulheres, até que, com o advento do Informe n° 54/2001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, responsabilizando o Brasil por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres, no caso suscitado por Maria da Penha Fernandes, em 2001, o país foi pressionado internacionalmente à efetivação de política pública voltada ao seu combate e somente então iniciou o processo de elaboração da Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha, para que não incorresse na penalidade internacional, o que causaria inúmeros desgastes nessa esfera.Conforme discorre Silvia Chakian:

> Em 2001, a cearense Maria da Penha Fernandes acionou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pretendendo o reconhecimento da negligência do Estado brasileiro na apuração do seu caso, uma vez que, passados mais de 15 anos das duas tentativas de homicídio em que foi vítima do marido, deixando-a paraplégica no segundo atentado, seu marido ainda não havia recebido qualquer punição e o processo se arrastava sem decisão definitiva (2019, p.259).

Esse caso simbolicamente representou o descaso e abandono do Estado brasileiro de todas as mulheres vítimas de violência doméstica no país que assim eram tratadas até o advento da Lei Maria da Penha, em 2006. Conforme ilustra Alberto Carvalho Amaral (2017, p.136), a

respeito do tratamento dedicado à violência doméstica anteriormente à lei em tela: "a ausência de respostas efetivas ao tipo de criminalidade praticada no interior dos lares representou a impunidade dos agressores, sem fazer cessar o círculo de violência [...]". Assim, as mulheres se viam impedidas de se libertarem do agressor e muitas acabavam mortas à deriva de qualquer apoio estatal.

A Lei Maria da Penha, fruto da condenação internacional destacada, tornou-se um marco importante no combate à violência doméstica, "representando o rompimento do paradigma de tolerância à violência doméstica que sempre prevaleceu no país" (CHAKIAN, 2019, p.263), além de enfocar na interdisciplinaridade, prevendo uma cadeia de atendimento e acolhimento integral da mulher, abrangendo diversas medidas, não somente jurídicas, formando uma rede de proteção multifatorial. "A ofendida passou a contar com precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial, criando mecanismos aptos a coibir essa modalidade de agressão" (CUNHA e PINTO, 2019, p.1758).

A respeito dos reflexos da criação da lei Maria da Penha, Maria Berenice Dias, salienta:

> A Lei Maria da Penha veio corrigir perversa realidade histórica. A ausência de legislação própria desestimulava a vítima a denunciar o seu algoz, o que tornava a violência doméstica um crime praticamente invisível. Após sua edição, a voz das mulheres ganhou força, e toda a sociedade passou a enxergar essa chaga que corrói a vítima em silêncio (2019, p.199).

Dessa forma, a Lei Maria da Penha tornou-se um marco da luta das mulheres para que o Estado reconhecesse seus direitos, sendo ainda relevante o fato de a lei ter recebido a alcunha de um nome feminino. A inovadora lei trouxe uma gama de artigos ainda não implementados, mas já obteve sucesso por ter chamado atenção para a causa da violência doméstica, uma grande conquista das mulheres, fruto de lutas de décadas em um país que teima em negar-lhes o reconhecimento à dignidade.

Inovações da Lei 11.340/06 no tocante a atuação policial

A Lei Maria da Penha buscou criar uma rede integrada para a proteção à mulher, que se inicia nas Delegacias, local onde primeiramente as vítimas se dirigem, na sua maioria. Dessa forma, dedicou diversos artigos relacionados à área de segurança pública, estabelecendo, entre outras, a necessidade de implementação de delegacias especializadas, qualificação dos policiais e medidas a serem adotadas nesses espaços para o melhor acolhimento das vítimas, fortalecendo, assim, a rede de apoio como um todo, a partir de sua base. Conforme destaca a Delegada de Polícia de São Paulo, Celi Paulino Carlota: "A Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher, DDM, constitui a principal política pública para prevenir e punir a violência contra a mulher no Brasil, pois continua sendo o principal espaço de denúncia da violência" (2018, p.136).

O reforço a necessidade de medidas conjuntas de prevenção trazido pela lei tem por objeto ações convergentes entre os entes federativos, além do destaque para a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com as áreas de segurança pública. De acordo com André Nicolitt, Mayara Abdala e Laís Silva:

> As medidas integradas de prevenção são políticas públicas que visam principalmente definir as diretrizes das políticas públicas e ações integradas para a prevenção e erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa previsão vem de encontro do previsto no art.8° da Convenção de Belém do Pará, que trata do comprometimento dos Estados partes em adotar medidas específicas para modificar os padrões sociais e culturais, promover educação e treinamento do pessoal judiciário e policial, promover programas de educação governamentais, dentre outras medidas (2019, p.121).

Defendem, também, Cleopas Isaías e Jacqueline Valadares, a relevância do papel da atuação policial dentro da rede integrativa de atendimento às mulheres

> Apesar de a Lei Maria da Penha trazer a ideia de um trabalho articulado entre os diversos órgãos públicos, leia-se, Polícias, Ministério Público e Poder Judiciário, que nos parece ser o modelo ideal, é fato notório que o primeiro 'pedido de socorro' feito pela vítima é dirigido às Delegacias de Polícia (2018, p.11).

O artigo 8, IV, Lei 11.340/06, prevê a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres nas Delegacias de Atendimento à Mulher, constituindo uma conquista relevante nessa seara, vez que, conforme relata a Delegada Patrícia Orrim, "muitas mulheres não denunciavam os agressores por vergonha de relatar detalhes íntimos aos profissionais do sexo masculino, outras noticiavam o crime, mas não recebiam o tratamento adequado" (2018, p.53). Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, na mesma linha de raciocínio, discorrem:

> É de rigor que se promova treinamento especializado aos policiais que exercerão suas atividades junto a tais unidades (Delegacias especializadas no atendimento à mulher). Que se escolham pessoas que revelem aptidão para o trato da mulher e sensibilidade para a abordagem dos problemas por ela suportados. E que se dê preferência a policiais do sexo feminino em face do constrangimento natural que se verifica cotidianamente, quando a mulher se vê obrigada a narrar fatos incômodos (a prática de um crime contra sua liberdade sexual, por exemplo) para homens nem sempre preparados para ouvi-la (2019, p.1795).

Endossando a previsão do artigo 8°, inciso IV, a referida lei prevê no seu inciso VII a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, demonstrando a sua especial atenção dedicada a efetivação de um acolhimento qualificado às vítimas no meio policial e, consequentemente, facilitando o êxito das investigações, vez que as vítimas passam a se sentir mais confortáveis e compreendidas, fornecendo mais dados para a autoridade policial (ORRIM, 2018, p.53). O "caráter de formação de uma autoridade policial mais participativa, mais protetiva e mais zelosa no atendimento à vítima" é entendido por Maria Berenice Dias como

umas das consequências favoráveis da Lei Maria da Penha (2019, p. 200). Ademais, ressalta a referida autora que "mesmo as delegacias não especializadas devem contar com servidores previamente capacitados e, de preferência do sexo feminino [...]" (ibidem, p.201).

O art. 10-A, LMP, incluído pela Lei 13.505/2017, prevê ser direito da mulher vítima de violência doméstica, o atendimento policial especializado, ininterrupto e prestado por servidores, de preferência do sexo feminino, previamente capacitados. A norma veio corroborar a previsão do art.8, da lei Maria da Penha e definir "as diretrizes para a inquirição da vítima, pautada pela integridade física, psíquica e emocional da mulher" (NICOLITT, ABDALA e SILVA, 2019, p.133). Segundo Rogerio Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinho, acerca da revitimização, prevista no inciso III do citado dispositivo:

> O atendimento à mulher [...] pressupõe certa especialização, realizado por pessoas dotadas de sensibilidade para ouvir e adotar as medidas cabíveis [...]. Sob pena de vitimá-la pela segunda vez, a mulher que já foi agredida deve ser acolhida e não, simplesmente, tratada como vítima de um outro delito qualquer (2019, p.1784).

Acrescenta André Nicolitt, Mayara Abdala e Laís Silva que, por ser a violência doméstica fruto da histórica relação de poder entre homem e mulher, "a presença, portanto, de uma figura masculina no momento em que a vítima mulher procura socorro pode intimidá-la, prejudicando sua oitiva" (2019, p.133). Ademais, os autores acrescentam que, para evitar a revitimização, além de um tratamento especializado por parte do policial, conforme previsto no artigo em tela, "em nenhuma hipótese a mulher, familiares e testemunhas terão contato direto com os investigados ou suspeitos e pessoas a ele relacionadas" (ibidem, p.133).

O §2 do art.10-A, da referida lei, trata do procedimento a ser adotado no momento da inquirição, destacando a necessidade de um recinto especialmente projetado para esse fim nas Delegacias, de modo a garantir o direito à privacidade das vítimas (DIAS, 2019, p.201). Extrai-se, assim, a grande preocupação do legislador com o momento da inquirição da vítima em sede policial.

Insta observar que o art.10, da Lei 11.340/06, exige que a autoridade policial tome não só medidas repressivas, mas também preventivas à ocorrência da violência doméstica, com o intuito de alargar a esfera protetiva sobre a mulher. No entanto, caso já tenha ocorrido algum indicador de cometimento do fato típico, ou mesmo sem esse indício, mas com o mero pedido da vítima de aplicação de medida de segurança (ainda que o fato seja atípico) deverá a autoridade policial proceder ao registro de ocorrência e remeter a juízo o expediente solicitando a aplicação da medida requerida, no prazo de 48 horas (de acordo com o art.12, III, lei 11.340/06) vez que "é direito da vítima ter o seu direito fundamental de viver sem violência resguardado" (DIAS, 2019, p.203).

A respeito da esfera multidisciplinar elencada pela Lei Maria da Penha, no que tange à atividade policial, caso a vítima esteja em um grave estado de vulnerabilidade a inquirição poderá ser intermediada por profissional especializado em violência doméstica e integrante da equipe multidisciplinar da polícia ou da justiça (art.10-A, §2, I, Lei 11340/06). De acordo com Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

> Boa parte das vítimas que acorrem a uma delegacia de polícia, busca um socorro que não se restringe à mera adoção das medidas de cunho penal visando a punição do agressor. Mais que isso, necessitam de um apoio psicológico capaz de garantir-lhe algum conforto sob o aspecto emocional. Ou precisam do auxílio de um assistente social, capaz de assegurar-lhes um teto distante de seu algoz. Ou de um médico habilitado a atendê-las pelo mal que experimentaram. É dizer: o atendimento da mulher vitimada deve envolver uma equipe multidisciplinar, que vá além da orientação jurídica (2019, p.1787).

Os artigos 11 e 12 da lei 11340/06, detalham o tratamento que deve ser destinado às vítimas pela autoridade policial, justificado, conforme André Nicolitt, Mayara Abdala e Laís Silva:

> […] pelo inadequado tratamento que era dispensado à mulher que se dirigia à delegacia de polícia na busca de socorro, que

> era desastroso. Dessa forma, a autoridade policial passou a ter, no que tange às questões afetas à violência doméstica, além das suas atribuições investigatórias, atribuições administrativas, de cunho protetivo e assistenciais (2019, p.135).

Dessa forma, conforme se extrai do art.11, da lei em tela, a autoridade policial, durante o seu atendimento, deverá analisar a necessidade de garantia de proteção policial (I), acompanhando a vítima para assegurar a retirada de seus pertences (IV), fornecer transporte para a vítima e seus dependentes para abrigo ou local seguro (III), encaminhar a vítima ao hospital ou posto de saúde e ao IML (II). Ressalte-se, ainda, o dever da autoridade policial em esclarecer a vítima a respeito de seus direitos e das medidas protetivas que pode pleitear (V), sendo também informada dos serviços disponíveis que existem para socorrê-la,como assistência social, à saúde e à segurança, além da possibilidade de representar ou não contra o agressor.

Importa destacar que, nas hipóteses em que não houver solicitação da vítima à adoção de qualquer providência urgente, não inibe o desencadeamento da investigação policial e nem da instauração do inquérito, nos crimes de ação pública incondicionada, cabendo à autoridade policial instaurar inquérito ainda contra a vontade da vítima, havendo informação da ocorrência de algum crime (DIAS, 2019, p.204). Ademais, os autores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto defendem a possibilidade de o Ministério Público, já em juízo, "agir *ex officio*, pleiteando as medidas cabíveis, sobretudo quando em defesa de eventuais incapazes que convivam em meio ao conflituoso relacionamento" (2019, p.1791), além do dever da autoridade em oficiar ao juízo em tais casos, opinião não seguida pela autora Maria Berenice Dias, que salienta que "nenhuma providência caberia ser tomada pelo magistrado diante dessa comunicação" (2019, p.204).

O art.12, da Lei Maria da Penha, estabelece procedimentos visando a apuração da infração penal, entre eles, a lavratura do boletim de ocorrência e tomar a representação da vítima a termo (I e §1), nos crimes de ação pública condicionada a representação ou ação privada. Nesses casos, somente após a manifestação da vontade da ofendida instaurar-se-á o inquérito policial.

Outro papel relevante da autoridade policial, extraindo-se do artigo supramencionado, será o da colheita de provas, determinando a realização do exame de corpo de delito da mulher e, em sendo o caso, e outras perícias que se fizerem necessárias, devendo com elas embasar o seu indiciamento, caso haja elementos para tanto, o que constitui um ato privativo do Delegado de Polícia após a sua análise técnica dos fatos.

A respeito da possibilidade da prisão em flagrante, Maria Berenice Dias se manifesta no sentido de caber à autoridade policial em qualquer espécie de infração, "independentemente da pena cominada ou do fato de o delito exigir representação", não havendo controvérsias na doutrina (2019, p.206). No entanto, o mesmo não pode ser dito quanto a concessão de fiança. A autora defende a sua impossibilidade, dizendo ser uma prerrogativa reservada ao juiz, conforme se extrai do art. 24-A, da lei em análise (ibidem). Já, outra parcela da doutrina, como Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, defendem o oposto, dizendo caber à autoridade policial o seu arbitramento, nos termos do art. 322, do CPP, levantando a tese de que se "quisesse o legislador, de fato, vedar a concessão de fiança pelo Delegado de Polícia, seguramente, o teria feito de maneira expressa na lei, incluindo dispositivo que impedisse esse favor legal" (2019, p.1790).

Importante previsão relativa à Polícia Civil na Lei Maria da Penha é a do art.12-A, dispondo sobre a prioridade que os estados e o Distrito Federal darão à criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMS), de Núcleos Investigativos de Feminicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação de violências graves contra a mulher. Apesar de já haver tímida previsão da criação das DEAMS no art.8, IV, da lei 11340/06 "[…] onze anos após sua entrada em vigor o legislador entendeu necessário reforçar o objetivo, fazendo constar expressamente que essa deve ser uma prioridade [...]" (NICOLITT, ABDALA e SILVA, 2019, p. 141).

No entanto, apesar da nobre intenção do legislador, a doutrina não acredita que a inovação legal terá "efeito diverso das disposições originárias da Lei ou que acelerará a implantação do atendimento especializado à mulher", tendo em vista que políticas de prevenção à violência

doméstica ainda ficam em último plano no país, dando lugar a "alta alocação de recursos com policiamento ostensivo" e não em políticas de prevenção e educação (ibidem, p.142). Destacam, nesse sentido, Rogerio Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, a carência de recursos e da falta de maior cuidado do poder público (2019, p.1788), concluindo:

> […] não podemos deixar de apontar as imensas dificuldades de sua implementação na prática, sobretudo em face das conhecidas carências que afligem este país. Novamente destacamos o rol de boas intenções, que devem ser louvadas, mas consideramos que, por exemplo, a maioria das cidades não conta nem mesmo com uma delegacia especializada no atendimento à mulher, vítima de violência doméstica, como se esperar que tais medidas, previstas para um cenário ideal sejam efetivamente adotadas? Oxalá estejamos errados e, quem sabe, a médio ou longo prazo, a forma de atendimento proposta nestes dispositivos seja efetivamente adotadas (2019, p.1785-1786).

Segundo o site agência de notícias do IBGE, pesquisa publicada no final de 2019, referente a 2018, apenas 8,3% dos municípios brasileiros possuem delegacias especializadas de atendimento à mulher, sendo a maior concentração nos municípios mais populosos (MUNIC, 2018), comprovando o fato de que na maioria das cidades brasileiras não há nenhuma delegacia especializada no atendimento à mulher.

O relatório final da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito), de 2013, cuja finalidade era a de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência, conclui que o número de delegacias especializadas no atendimento à mulher "ainda é reduzido quando comparado aos municípios existentes em cada estado ou mesmo no país" e, além do mais, "as Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres (DEAMs) ou as Delegacias de Defesa dos Direitos da Mulher (DDMs) estão, assim como todo o sistema de Segurança Pública dos estados, em processo de sucateamento" (CPMI, 2013).

A Presidência da República juntamente a Secretaria de Políticas para as Mulheres promoveu em 2010 um trabalho intitulado "Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres", indicando o número ideal de tais delegacias correspondente à população das cidades: até 300 mil habitantes, 2 delegacias; até 500 mil habitantes, 3 delegacias; de 500 mil à 1 milhão de habitantes, 4 delegacias; mais de 1 milhão, 5 delegacias. Previsão, no entanto, ainda muito distante da realidade brasileira (CUNHA, PINTO, 2019, p.1797). Também notando a ausência de aplicação da lei pelos entes públicos no que diz respeito à criação das delegacias especializadas nos estados, conclui Maria Berenice Dias:

> Ainda que haja determinação legal para que a Polícia Civil dê prioridade à criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher - DEAM, Núcleos Investigativos de Feminicídio e mantenha equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher (art.12-A), ainda é pouco significativo o número de tais espaços neste imenso Brasil (2019, p.199).

Extrai-se dos dados levantados a permanente carência de delegacias especializadas, a falta de profissionais qualificados e o baixo investimento financeiro à rede de apoio às vítimas de violência doméstica como um todo, principalmente na sua base, relativa à área de segurança pública.

Conclusão

A violência doméstica contra a mulher, antes da promulgação da Lei Maria da Penha, era uma questão cultural. Os casos que conseguiam alcançar à esfera judicial eram abafados pelos tribunais, que entendiam ser questões internas dos casais nas quais não deveria interferir. Dessa forma, as mulheres padeciam sem qualquer reconhecimento e apoio, sendo abandonadas pelo Estado, que, assim, tornou-se também sujeito ativo na violência doméstica ao longo do tempo.

A história da Lei Maria da Penha é simbólica, uma vez que o Estado somente efetivou medidas públicas nessa seara a partir de pressão

internacional, o que deixa claro a ausência de voz das mulheres brasileiras que sofrem e falecem sem atenção do Estado e que necessitam recorrer, ainda, ao apoio de outrem, nesse caso, a organizações externas, para que, intermediadas, possam falar. O que deixa claro que, apesar do reconhecimento constitucional da igualdade entre homens e mulheres, a realidade fática permanece outra.

Desde que a Lei Maria da Penha entrou em vigor, enfocando na integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, observou-se a necessidade de investimento nas Delegacias de Polícia, por serem a principal porta de entrada para as vítimas de violência doméstica. Assim, a lei detalhou a atividade a ser prestada pelos policiais, além de prever um atendimento qualificado e a urgência da criação dessas delegacias em todo o país.

O destaque dedicado ao campo policial pela Lei 11.340/06 comprova a relevância do papel policial no acolhimento à vítima, tornando-o essencial para a manutenção da rede de apoio, contribuindo para que a mulher possa se libertar do ciclo de violência com segurança e atenção específica à sua condição.

Resta evidente que a doutrina diverge sobre a interpretação de aspectos legais específicos trazidos pela Lei Maria da Penha sobre a atuação policial para com as vítimas de violência doméstica, no entanto, se alinha no que diz respeito à constatação de que a lei não está sendo devidamente implementada no país nesse campo, havendo uma carência impactante de delegacias especializadas, profissionais qualificados, com o destaque para o sucateamento das delegacias especializadas existentes.

Conclui-se que a violência doméstica no país ainda é uma questão cultural e, apesar do grande avanço trazido pela Lei Maria da Penha nesse aspecto, principalmente a atenção dedicada pela lei à atuação policial, demonstra ser a lei um norte, cujos passos na direção de sua efetivação devem dar toda a sociedade, alterando a sua mentalidade para a valorização da mulher e para campo da segurança pública como um todo. Só assim o Estado deixará de ser conivente com a violência doméstica e começará a atuar, fora do papel, para alterar a realidade trágica do país.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Alberto Carvalho. *A violência doméstica a partir do olhar das vítimas: reflexões obre a Lei Maria da Penha em juízo.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

NICOLITT, André; ABDALA, Mayara Nicolitt; SILVA, Laís Damasceno. *Violência doméstica: estudos e comentários à Lei Maria da Penha*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CARLOTA, Celi Paulino In: SANTOS, Cleopas Isaias; SILVA, Jacqueline Valadares da [Orgs.]. *Lei Maria da Penha – comentários artigo por artigo e estudos doutrinários*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SANTOS, Cleopas Isaias; SILVA, Jacqueline Valadares da. In: SANTOS, Cleopas Isaias; SILVA, Jacqueline Valadares da (Orgs.). *Lei Maria da Penha – comentários atigo por artigo e estudos doutrinários.* Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. Salvador: 6ªed. Editora JusPodivm, 2019.

MODELLI, Lais. *Mudanças nas delegacias da mulher têm descaracterizado atendimento especializado, diz primeira delegada da mulher do Brasil.* 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/03/08/mudancas-nas-delegacias-da-mulher-tem-descaracterizado-atendimento-especializado-diz-primeira-delegada-da mulher-do-brasil.ghtml. Acesso em 28 de junho de 2020.

Munic 2018: Apenas 8,3% dos municípios têm delegacias especializadas de atendimento à mulher. Agências IBGE notícias. 2019. Disponível em: https://www.agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25499-munic-2018-apenas-8-3-dos-municipios-tem-delegacias especializadas-de-atendimento-a-mulher. Acesso em 28 de junho de 2020.

ORRIN, Patrícia Chalfum de Matos Fonseca. In: SANTOS, Cleopas Isaias;; SILVA, Jacqueline Valadares da [Orgs.]. Lei Maria da Penha – comentários atigo por artigo e estudos doutrinários. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Relatório Final da CPMI sobre violência contra a mulher, 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres. Acesso%20em%2028%20de%20junho%20de%202020.

CUNHA, Rogério Sanches; Ronaldo Batista Pinto. In: CUNHA, Rogério Sanches; Ronaldo Batista Pinto; SOUZA, Renee do Ó, (coord). *Leis Penais Especiais: comentadas artigo por artigo*. Salvador: 2ª ed., Editora JusPodvm, 2019.

CHAKIAN, Silvia. *A construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ARTIGOS – TEORIA DO ESTADO

BREVES REFLEXÕES ACERCA DA CRISE ATUAL DO MODELO DE ESTADO BRASILEIRO NO CENÁRIO DA PANDEMIA DO CODIV-19

Luciano Eustáquio da Silva

1. Introdução

Primeiramente, este artigo foi elaborado antes do cenário atual vivenciado pela população mundial causado pela pandemia da doença Codiv-19. Não poderia, deixar de refletir, ainda mais o papel dos Estados Nacionais diante de uma crise global que levará a uma recessão econômica. (PASCOAL, 2020)

A pandemia foi decretada pela Organização Nacional de Saúde no dia 11/03/2020, isso significa que a doença se espalhou em todo o mundo. GONZATTO (2020) explica que pandemia é quando "uma doença é classificada como pandemia quando afeta um número significativo de países e de pessoas." Vale lembrar que há mais de uma década o mundo tinha enfrentado uma pandemia causada pelo vírus HIN1 que causou a morte 18,5 mil no mundo, no Brasil, o vírus provocou pelo menos 2 mil mortes. (GONZATTO, 2020)

Antes de tudo, quando se realiza uma reflexão da crise vivenciada no nosso país, isso implica, porventura, a análise dos modelos socioeconômicos consagrados nos textos Constitucionais que estão em crise. É necessário repensar o papel do Estado no combate ao vírus e à crise econômica e social. Segundo PASCOAL (2020)"os

efeitos do novo coronavírus nas contas públicas são graves e ainda imensuráveis".

Acerca da crise dos modelos o mestre BONAVIDES (2001) explica:

> A crise não é do Estado Constitucional, mas do modelo adotado em seu texto. Entende-se como Estado Constitucional aquele cujo poder é limitado e organizado por uma Constituição escrita nos moldes do constitucionalismo do final do século XVIII, representando os movimentos políticos da sociedade burguesa em oposição ao Estado Absolutista. O Estado Constitucional da "separação de poderes e das declarações de Direitos é o que entrou para a história sob a denominação de Estado Liberal. (2001, p.31)

O nosso Estado é uma síntese do Estado de Direito com o *Welfare State*; porém, é inegável a afirmativa de que os princípios contidos no preâmbulo do Texto Constitucional e no capítulo dos direitos fundamentais, preconizados pelo Estado Social, não estão sendo alcançados. Na revisão do modelo de Estado à luz da proposta neoliberal poderá negligenciar a efetivação dos direitos sociais. .

Não se pode esquecer que antes da crise da pandemia já havia uma "crise estrutural do capital iniciada em 2008 colocou mais lenha na fogueira do debate sobre o colapso do neoliberalismo e, por conseguinte, do social-liberalismo." (CASTELO, 2006, p. 353)

A ideia de Constituição não surgiu na modernidade, mas na antiguidade. É de Aristóteles o conceito: "designava assim a finalidade política – o justo – enquanto as leis eram os meios pelos quais se buscava o estabelecimento de justiça.". A autora Simone Goyard-Fabre afirma que tal ideia significa uma Constituição justa e foi dessa maneira remetida à Idade Média. (GOYARD-FABRE, 1999, p. 102)

GOYARD-FABRE (1999, p. 207-343) aduz a diferença de Estado de Direito e Estado do Direito é bastante significativa e não pode ser confundida. Sinteticamente, a diferença é que, para o Estado do Direito, expressão jurídica racional dos princípios de legalidade, e de legitimidade e, no Estado de Direito, opera-se síntese entre ordem e liberdade.

A evolução do Estado significa que sociedade requeria uma nova forma de organização de poder, para tanto, os Estados nacionais evoluíram, modificaram com o passar dos séculos. Cada Estado, passou agregar os valores axiológicos do Estado anterior, nem sempre significou uma ruptura a evolução de um Estado para outro. Pode-se dizer que buscou-se conformar as muitas ideologias por meio da Constituição vigente do país que regia o Estado nacional por exemplo.

Por sua vez, as crises econômicas foram o grande motor para mudanças de paradigmas, e nesse quadro de evolução destacamos a crise do modelo do *Welfare State*, eis que sempre retorna-se ao questionamento desse modelo do Estado social nas crises econômicas, não seria diferente questionamentos no atual momento da pandemia do codiv-19. Em contrapartida, ocorreu o renascimento do neoliberalismo no início do século como resposta para a crise do *Welfare State*.

No contexto atual, depara-se com os Estados da federação endividados (dívida pública) a tal ponto que os salários dos servidores públicos estão sendo parcelados ou quando, ainda, pagos com atrasos de mais de trinta dias e as muitas políticas sociais foram interrompidas por falta de verba orçamentária. Tais problemas se tornaram, ainda, maiores com a crise pandêmica.

É preciso pontuar, ainda, que neste momento o Estado minimalista puro como modelo não pode imperar na atual crise de pandemia causada pelo Coronavírus (CODIV-19) em todo mundo, hoje assola as sociedades ocidentais, em especial, as nações europeias e os Estados Unidos da América. PASCOAL (2020) diz que "em contextos de crise econômica grave, como na depressão econômica, a "mão invisível" do mercado não é suficiente para resolver os flagelos sociais e a aguda anemia econômica."Dessa forma, o livre mercado não pode coexistir em tempo de combate ao Codiv-19.

A PDL 88/2020, que reconheceu o Estado de calamidade pública no país. o governo poderá descumprir, até 31 de dezembro deste ano, a meta fiscal, que é de deficit de R$ 124 bilhões, e liberar mais recursos para o combate à Covid 19. Além do mais, diante da crise causada e a recomendação de medidas como o isolamento social, foi necessário salvaguardar a subsistência dos trabalhadores informais e autônomos

privados de trabalho, assim foi sancionado uma lei de auxílio emergencial de R$ 600,00 (inicialmente de três parcelas) para o trabalhador informal, microempreendedor individual, autônomo e desempregado começa a ser pago nesta quinta-feira (09/04/2020). (BRASIL, Agência Senado[64], 2020).

O isolamento social foi imposto para evitar a propagação da doença e a enfermidade de um grande contingente de pessoas, além de morte para as pessoas dos grupos de riscos provocou também uma paralisação econômica. A questão isolamento e a recessão econômica tem sido debatida, porém no passado o mundo passou por esse dilema, SCHWARTSMAN (2020) parafraseando o Primeiro Ministro inglês Winston Churchill, "nos é dada a escolha entre a pandemia e a recessão; se escolhermos a pandemia, teremos também a recessão."

O mundo ocidental se viu impotente diante de uma doença que causa agravamento e complicações no sistema cardiorrespiratório, causando infecção pulmonar, tendo alto índice de mortalidade para as pessoas dos grupos de riscos, em especial aos idosos (acima de 80 anos, diabéticos ou asmáticos são alguns deles. (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAUDE, 2020)

A pesquisa abordará o esgotamento do *Welfare State* e o conflito com o Neoliberalismo. Será realizado apontamentos acerca da crise da pandemia que desafia os modelos de Estado atuais, bem como as principais medidas econômicas adotadas pelo Brasil e as medidas provisórias de flexibilização das leis trabalhistas no combate a crise social e econômica acentuada pela pandemia do Codiv-19.

É certo que a pesquisa contribuíra, principalmente para avaliar se os modelos de Estados precisaram ser repensados nas nações em que distanciaram há décadas cada vez mais do modelo do Welfare State (EUA e a Inglaterra). No caso do Brasil, a defesa de uma política baseada exclusivamente no dogma neoliberal neste atual cenário é questionável (PASCOAL, 2020).

64 Agência Senado. Disponível em:<https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/04/senadores-comentam-inicio-do-pagamento-do-auxilio-emergencial-de--r-600 >. Acesso em 11/04/2020.

A pesquisa não buscará respostas definitivas para as questões levantadas, mas, certamente, suscitará reflexões, pois os problemas da pandemia são recentes e as consequências sócias e econômicas ainda não podem serem prevista totalmente.

2 Desenvolvimento

2.1 O esgotamento do modelo Welfare State

O Estado de bem-estar ou *Welfare State* surgiu após a crise acentuada do Capitalismo no entre guerras. Kenys pregou a intervenção do Estado no arbitramento da atividade econômica. Consoante a lição de SOUZA (2001, p. 37-38) "Keynes, um dos principais inspiradores do *Welfare State*, que defendia a possibilidade de uma transformação da política estatal por via democrática, respeitando uma economia de mercado capitalista, assim como o direito de propriedade sobre os bens de produção".

Ao contrário dos liberais que acreditavam no mercado para solucionar os problemas do Capitalismo, os seguidores de Kenys criticaram o Liberalismo extremado e afirmaram que a intervenção do Estado na economia era vital para impedir a deterioração do próprio sistema capitalista.

Os problemas de arrecadação do *Welfare State* já se iniciaram na década de 1960. A crise econômica, por sua amplitude e profundidade, atinge indistintamente todos os países em maior ou menor escala, reduzindo os excedentes econômicos e, por via de consequência, a capacidade financeira dos governos para fazer face às demandas sociais e aos investimentos necessários à acumulação.

Em face das transformações ocorridas com o processo de Globalização, as mesmas trouxeram uma nova dimensão política ao debate sobre o papel do Estado na sociedade pós-industrial. Apesar de esse debate ter-se iniciado na década de 70, ele só veio a tomar impulso na década de 80, quando a análise passa a centrar-se na chamada crise financeira e de legitimidade do Estado e a saída não pode ser exclusivamente a solução da política neoliberal. Atualmente, o modelo preconizado pelo Estado social será desafiado em razão da crise econômica

causada pela pandemia do Codiv-19, assim questiona VILA-NOVA (2020) adiante.

2.2 O Neoliberalismo versus *Welfare State.*

As políticas neoliberais adotadas para superar a crise do *Welfare State* iniciaram-se na década de 1980. Segundo os neoliberais, era preciso criar condições para o acúmulo e expansão do capital, provocando o surgimento de riquezas e empregos.

Segundo os liberais contemporâneos, "Liberalismo renunciou ao dogma da não-intervenção do Estado na vida econômica e social" e deve-se autolimitar para poder manter-se forte e democrático. Consideram que o Estado Social é um Estado fraco, incapaz de realizar seus objetivos constitucionais. (BOBBIO, *et al*, 1998, p. 703)

O Neoliberalismo existente é senão o Estado que patrocina a perda de direitos constitucionais, desrespeitando os princípios constitucionais e tornando o Estado Democrático de Direito uma falácia. Além da derrota ideológica imposta pela onda neoliberal em todo o mundo, os ditames foram tão fortemente recebidos que possibilitaram inclusive a formação de um pensamento único em vários seguimentos da sociedade. (TOLEDO,1995)

ROCHA (1995) faz severa crítica ao modelo de neoliberal globalizado que priva o homem de seus direitos mais fundamentais conquistas que representam o avanço da humanidade na sociedade.

A razão de se destacar os direitos fundamentais se dá em razão de considerarmos ser esse princípio "a fonte ética dos direitos fundamentais, não sendo estes senão emanações do valor básico mencionado. Por esse motivo, fala-se hoje em dimensões e não mais em gerações de direitos fundamentais, sendo a relação deles com a dignidade da pessoa humana equiparada àquela que há entre existência e o Ser."(MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 136).

E acrescenta "A dignidade da pessoa humana é o valor fonte, a base material para definir os direitos fundamentais. A cidadania é a projeção político-jurídica da condição de ser da pessoa."(MAGALHÃES FILHO, 2001, p. 126) Para minimizar as consequências so-

ciais, resta-nos a implantação de uma democracia participativa, ou seja, "a construção de uma democracia participativa, dialógica, como forma de resistência e destruição do megapoder das corporações."(MAGALHÃES FILHO, 2001 p. 25)..

Contudo, a solução encontra um obstáculo já apontado por MAGALHÃES FILHO (2001) "a discussão neoliberal está distante da compreensão de muitos no Brasil", e não era por menos que Voltaire disse: "Nada emancipa como a educação" e "Quando uma nação começa a pensar, é impossível detê-la". (VOLTAIRE. *apud* DURANT, 1996, p.201-202).

STIGLITZ (2008) sobre o fim do neoliberalismo, como a ideologia do fundamentalismo de mercado, diz que teria levado ao mal funcionamento do mercado, tido por ele como a melhor forma de organização social que o ser humano já inventou em toda a sua história. Tratar-se-ia, na verdade, do fim do receituário ideal, e não do projeto neoliberal. (STIGLITZ, 2008 *apud* CASTELO, 2006)

2.3 Impacto da crise de pandemia do Codiv-19 no modelo do Estado Social (Wefare State)

Uma das questões suscitadas hoje é a capacidade dos países que adotaram o modelo de *Welfare State* em manter uma rede proteção aos cidadãos na época do isolamento, pois estão privados de trabalhar. (VILA-NOVA, 2020). Resta claro, que o desafio é maior nos países que adotam a cartilha do neoliberalismo ser maior em comparação com os Estados que adotam o modelo do *Wefare State.*

Isso se comprova, pois "muitos representantes do livre mercado defendem ações econômicas de amparo social." O Fundo Monetário Internacional (FMI) informou que vai ampliar fortemente os financiamentos emergenciais e poderá emprestar até US$ 1 trilhão. (LACERDA, 2020)

Analistas econômicos não duvidam que um dos efeitos é a recessão econômica, como já ressaltado por Pascoal (2020). Nos países que possuem uma rede de saúde ampla e universal as preocupações são menores. Desse modo, os Estados mais inclusivos com políticas sociais

(norte e oeste europeu, Dinamarca e etc.), já oferecem serviços a população, assim os efeitos do isolamento social terão um impacto menor na economia (pelo menos num primeiro momento), pois já era absorvido pelo Estado o dispêndio com o custo de benefícios que asseguravam as pessoas desempregadas por mais tempo. Não há dúvidas que nenhum sistema conseguiria suprir todas as necessidades de uma parcela considerável da população. (VILA-NOVA, 2020)

MATTEI (2020) sugeriu os países agirem de duas formas: implementar medidas urgentes no sentido de controlar o avanço do coronavírus e, adotar medidas fiscais, especialmente de aumento do gasto governamental, visando manter e estimular as atividades econômicas e, consequentemente, a demanda agregada.

ALDERMAN (2020) afirma que os programas sociais e regras trabalhistas protetoras constituem uma espécie de vacina contra o alto custo econômico imposto pelo Codiv-19. Para HEMERIJCK a crise do coronavírus, certamente reforçará o imperativo de um Estado de bem-estar social revigorado. (HEMERIJCK *apud* VILA-NOVA, 2020)

Desse modo, os anos de ajuste fiscal de níveis diferentes promoveram às vezes a redução do alcance da rede proteção ou o desmatelamento do Estado de bem-estar social, que, ainda é característico no modelo dos Estados sociais europeus. (VILA-NOVA, 2020)

Na crise econômica de 2008, medidas impensáveis da cartilha neoliberal foram implementadas pelos Estados e das instituições internacionais, como ONU e Banco Mundial, "para o tratamento de expressões da "questão social"(fome e o pauperismo), através da liberação de empréstimos para os países mais pobres investirem em políticas sociais focalizadas e assistencialistas em parceria com o chamado Terceiro Setor." (CASTELO, 2006)

Como consequência, o social liberalismo permanece vivo com medidas mais amplas de intervenção do Estado na economia, como pacotes econômicos e aumento dos programas de assistência social. Desse modo, o desmantelamento dos Estados Social europeus, hoje é questionado diante da pandemia do Codiv-19.

Os Estados devem se preocupar com os trabalhadores informais ou autônomos, pois precisam ser cobertos por um sistema de pensões

públicas ou de seguridade social, pelo menos os trabalhadores formais têm uma proteção salarial, advinda do governo. (VILA-NOVA, 2020) Contudo, segundo OREIRO citado por MATTEI (2020) os pacotes econômicos brasileiros não impediram a economia brasileira entrar em colapso, pois é necessário uma rede de proteção social capaz de impedir que milhões de brasileiros caiam na miséria absoluta. "O resultado será o caos social, inclusive com milhares de mortes."

É certo que o isolamento social obrigará os Estados a custearem a sobrevivência da população mais carente, além dos gastos com saúde, perda de receitas. De certo modo revela a crise econômica não apenas afeta a classe mais humilde, pois empresas de vários setores temem a falência como de transporte, aéreo, rodoviário, de cargas.

A recessão econômica será mundial e poderá ser comparada a crise de 1929, conforme previsão do Fundo Monetário Nacional [65]será mais grave que 2008. As projeções do Fundo são ruins, no relatório divulgado no dia 14/04/2020, no mundo são 2 milhões de casos confirmados de coronavírus e 120 mil mortes. Foi projetado uma recessão mundial de queda de 3% e para o Brasil de 5,3% este ano. A economista-chefe do fundo, Gita Gopinath disse: "A perda cumulativa para o PIB global entre 2020 e 2021 pela crise da pandemia podem ser em torno de US$ 9 trilhões, maior do que as economias do Japão e da Alemanha combinadas.

Importante destacar que a pandemia obrigou as pessoas a repensarem hábitos, planos e até a existência. O vírus não distingue classe social, nação, raça, idade, sexo e etc, o contágio pode ser disseminado num condomínio ou no aglomerado, ressort, em qualquer lugar. É certo que "Consumir por consumir sai de moda, morar perto do trabalho, atuar mais no coletivo com colegas de empresas, ou vizinhos do bairro. A Covid-19 vai rever valores e mudar hábitos da sociedade." (MELO, 2020). Segundo Lilia Schwarcz, professora da Universidade de São Paulo e de Princeton, os especialistas entendiam que

65 Coronavírus deve levar o mundo à maior recessão desde 1929. Publicado em 14/04/2020. Estadao.com.br. Disponível em:<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,com-coronavirus-fmi-projeta-queda-de-3-na-economia-global-e-de-5-3-no-brasil,70003270301 >. Acesso em 14 abr. 2020.

"faltava um símbolo para o fim do século 20, uma época altamente marcada pela tecnologia. E esse marco é a pandemia do coronavírus." (SCHWARCZ *apud* MELO, 2020).

2.4 Pacotes emergência do Governo na economia e as medidas de flexibilização das normas trabalhistas.

O pacote emergencial brasileiro liberará 200 bilhões de reais, equivalente a 2,6% do Produto Interno Bruto (PIB). (QUINTINO, 2020). Não se sabe precisar, ainda se o pacote de financiamento salarial, também é uma forma do Governo minimizar o pagamento de seguro-desemprego para um contingente ainda maior de trabalhadores caso ocorresse a falência de milhares de microempresas e pequenas empresas. (PL 1.066/2020) (BRASIL, Agência Senado[66], 2020)

Para reduzir os impactos causados pela pandemia nas relações de trabalho o Governo Federal editou a medida provisória MP 927/2020 no artigo 18 permitia que as empresas suspendessem o contrato de trabalhadores sem salário por até quatro meses. Tal artigo não protegia os trabalhadores e sob forte pressão foi revogada pelo próprio Presidente. (BRASIL, MP 927/2020)

As Medidas Provisórias 927/2020 e 936/2020 flexibilizam as relações trabalhistas. Ressalta-se que a MP 927/2020 foi editada com amparo artigo 8º da CLT, que dispõe que, na hipótese de ausência de lei, as autoridades administrativas e as Cortes Trabalhistas devem considerar a preponderância do interesse público sobre o privado. (RANGEL e OLIVEIRA, 2020)

A MP 927/2020 Foi estabelecido a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário em até 50%, mediante acordo individual; simplificação dos requisitos legais do teletrabalho, principalmente para os funcionários com mais de 60 anos ou pertencentes ao grupo de risco ao coronavírus; regulou a antecipação de férias individuais; a redução do prazo para aviso de férias individuais e coletivas; flexibilização das

66 Agência Senado dados disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/04/coronavirus-propostas-de-enfrentamentro-aprovadas-no-senado >. Acesso em 10/04/2020.

regras do banco de horas; adiamento do prazo de pagamento do FGTS durante o período de calamidade; suspensão de exames médicos admissionais, periódicos e demissionais, para não sobrecarregar o sistema de saúde; e ainda a redução em 50% das contribuições de tributos do Sistema S por três meses. (BRASIL, MP 927/2020)

RANGEL e OLIVEIRA (2020) argumentam que no atual contexto de calamidade pública mundial, aliado ao clamor público de se manter os empregos e atenuar os reflexos econômicos e sociais decorrentes da pandemia de Covid-19, é urgente reconhecer a possibilidade de se flexibilizar os direitos trabalhistas, através de acordos escritos diretamente com os empregados, como forma de preservação do interesse público e da continuidade da atividade empresarial no país.

No entanto, o ministro Ricardo Lewandowski relator da ADI 6.363[67], MC/DF considerou inconstitucionais as negociações individuais, ou seja, sem a participação dos sindicatos, que causarem redução salarial ou de suspensão temporária do contrato de trabalho. Desse modo somente terão validade os acordos individuais se houver anuência dos sindicatos de trabalhadores em até dez dias. (BRASIL, STF 2020a)

Segundo o ministro Lewandowski o constituinte originário estabeleceu o princípio da irredutibilidade salarial em razão de seu caráter alimentar, somente poderá ser flexibilizado mediante negociação coletiva, ou seja, a MP 936/2020 contraria dispositivos constitucionais, razão pela qual foi admitida a ADI 6.363 MC/DF.

Lado outro, a pandemia do Codiv-19, sendo um "evento de força maior, o que legitima, para todos os efeitos, a flexibilização das regras trabalhistas, (…) para assegurar a continuidade das atividades empresariais, e, por consequência, dos empregos do país." (RANGEL e OLIVEIRA, 2020)

Por sua vez, na decisão da liminar dispôs: "que os dispositivos contestados da MP 936/2020 desperta forte suspeita de que estes, (...), afrontam direitos e garantias individuais dos trabalhadores, que, como se sabe, configuram cláusulas pétreas." Portanto, os direitos trabalhis-

67 Supremo Tribunal Federal. Portal. STF. Disponível em:<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440927&ori=1 >. Acesso em 12/04/2020.

tas são cláusulas pétreas. (STF, ADI 6.363 MC/DF, relator Ricardo Lewandowski, em 06/04/2020)

Na decisão da liminar, destaca a violação dos preceitos constitucionais, *in verbis*: "Tudo indica que a celebração de acordos individuais "de redução da jornada de trabalho e redução de salário ou de suspensão temporária de trabalho", (…) sem a participação dos sindicatos de trabalhadores na negociação, parece ir de encontro ao disposto nos arts. 7, VI, XII e XVI, e 8, III e VI, da Constituição.(STF, ADI 6.363 MC/DF, relator Ricardo Lewandowski, em 06/04/2020)

No entanto, liminar deferida foi cassada pelo plenário do STF[68], desse modo não é necessário o aval dos sindicatos para a validade dos acordos individuais celebrados na forma prevista pela MP 936. (BRASIL, STF, 2020b)

Passado a validade da MP 936, o Presidente da República a converteu a MP em lei, assim sancionou a Lei 14.020, de 6 de julho de 2020, e criou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Uma das novidades da lei, é a possibilidade de prorrogação, mediante ato do Poder Executivo, da duração dos acordos de redução proporcional de jornada e de salários, ou de suspensão do contrato de trabalho.

Portanto, as empresas façam acordo direto com o empregado, sem o sindicato, para diminuir a jornada e o salário, ou suspender o contrato de trabalho por tempo determinado. Para compensar os trabalhadores atingidos, assim foi instituído o BEm, benefício emergencial pago pelo governo, que pode chegar até R$ 1.813,03 por mês ao trabalhador assalariado.

Diante de um cenário de a incerteza social e econômico, não se pode esquecer da defesa dos direitos individuais e coletivos da Carta Constitucional de 1988, lado outro, há também princípios constitucionais regidos pela supremacia do interesse público sobre o privado, desse modo deve se ponderam se as medidas avaliadas pelo governo de flexibilização das leis de trabalho não são inconstitucionais.

Para RANGEL e OLIVEIRA, 2020 a flexibilização das regras trabalhistas, devem se tornar válidas e efetivas, com vistas à manutenção

68 Supremo Tribunal Federal. Portal. STF. Disponível em:http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441651&ori=1>. Acesso em 24/04/2020.

não somente da saúde e integridade física dos empregados, quanto para reduzir o desemprego, fomentar o consumo consciente, bem como minimizar os impactos econômicos da Covid-19.

Em suma, ao analisar as medidas do Governo Brasileiro, pode-se dizer que buscou-se a manutenção do emprego depois que revogou a sua própria medida provisória de suspensão do contrato de trabalho sem salário, o que impediria de demitido e receber seguro-desemprego. (MP 927/2020, artigo 18, vetado). De fato, almeja-se evitar a demissão em massa, e como consequência o pagamento de seguro-desemprego pelo governo de um grande contingente de pessoas foi adiado.

A crise econômica global, Blanchard, por exemplo, sugeriu que os países atuem em duas direções: por um lado, implementem medidas urgentes no sentido de controlar o avanço do coronavírus e, por outro, adotem medidas fiscais, especialmente de aumento do gasto governamental, visando manter e estimular as atividades econômicas e, consequentemente, a demanda agregada. (MATTEI, 2020)

Desse modo, deve-se proteger os trabalhadores e os empregadores de forma a evitar que as medidas vulnerabilizem ainda mais a população no enfrentamento da pandemia sem causar maiores danos social e econômico à população. Espera-se que as medidas e os pacotes econômicos amenizem a crise econômica que afeta diretamente os trabalhadores, inclusive os já desempregados, assim a preocupação com os trabalhadores informais ou autônomos e pequenas empresas se tornaram maiores a medida que a quarentena não possui previsão de término definido.

CONCLUSÃO

Pelo exposto no trabalho, espera-se ter trazido uma reflexão sobre a crise de Estado atual (já existia antes da pandemia do Codiv-19) por meio da evolução do Estado moderno constitucional, eis que as crises passadas não foram resolvidas de imediato e quando vivencia-se a crise é preciso refletir sobre as posições ideológicas assumidas no passado, a fim de entender as causas e consequências das escolhas, a par disso os modelos de Estado servem para o encapamento das ações governamen-

tais ao eleger os princípios fundantes que traçarão a forma de atuação do Estado e quais são os valores axiológicos escolhidos para dirigir as principais ações políticas para a sociedade.

Por sua vez, constatou-se que o modelo do *Welfare State* na sua acepção inicial encontra-se ultrapassado, em razão da nova demanda que o Capitalismo global impõe para sua concretização. Dessa maneira, o Neoliberalismo (res)surgiu então como uma doutrina político-econômica a servir de respaldo para a implementação de reformas estatais.

Esse regaste, de fato, se assemelha as políticas do *Welfare State*, porém o modelo brasileiro é bem diferente do europeu ou americano. Em contrapartida, a crise atual demanda que as futuras políticas sociais não podem persistir como antes, pois a crise de 2008 obrigou os países a largarem a cartilha neoliberal e assim o social liberalismo cresceu, tudo para evitar o colapso da economia. No entanto, a pandemia da Codiv-19 causar uma recessão econômica mundial, assim os modelos de Estados serão repensados. A sociedade também mudará, e o consumismo exacerbado será repensando.

Dessa maneira, o controle do deficit público se era imprescindível, além de poder manter a capacidade do Estado em gerir e sustentar programas sociais, ainda mais, no cenário atual da pandemia (custos de assistência social, seguridade e saúde aumentam), é necessário gerir os escassos recursos com mais eficiência. Não há dúvidas que a pandemia do Codiv-19 causara efeitos devastadores, pois a economia global estará em recessão, desse modo. É certo que os pacotes econômicos tentaram sanar os efeitos imediatos causados pela estagnação econômica, porém a recessão econômica no Brasil é inevitável.

Lado outro, a crise pandêmica desafiou todos os modelos de Estado, ao passo que o Estado Social difundido pelo modelo do *Welfare State* como nas nações europeias em que é mais acentuada consegue oferecer maior proteção a população, pois políticas sociais mais incisivas já eram implementadas, é o futuro poderá dizer se tiveram mais êxito na recuperação econômica que os Estados Neoliberais, ou, ainda as consequências econômicas e sociais foram mais amenas.

Por fim, o trabalho demonstra que a questão da realização da ordem principiológica do Brasil como Estado Democrático de Direito (art. 1º, Constituição Federal de 1988) não pode ser abandonada e re-

quer um contínuo estudo e pesquisa por parte dos pensadores e operadores do Direito.

REFERÊNCIAS

ALDERMAN, Liz. *Rede de proteção social da Europa alivia custo da pandemia*. Publicado em 16/03/2020. (The New York Times traduzido e veiculado pelo Estadão.com.br) Disponível em: link: https://internacional.estadao.com.br/noticias/nytiw,coronavirus-europa-protecao-social,70003232059>. Acesso em 02 abr. 2020.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil***.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. 19. ed. Editora Saraiva São Paulo: Saraiva, 2016. (Vade Mecum Saraiva)

_____, Senado Federal. CORONAVÍRUS veja os projetos já aprovados pelo Senado. Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/04/coronavirus-propostas-de-enfrentamentro-aprovadas-no-senado >. Acesso em 03 abr. 2020

_____, **Medida Provisória Nº 927, de 22 de março de 2020.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em 11/04/2020.

_____,L**ei nº 14.020, de 6 de julho de 2020, D**isponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm >. Acesso em 07/07/2020.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* Trad. Carmen C. Varriale [Et al], 11. ed., v. 2., 1998, Verbete: Estado do Bem-estar, Liberalismo.

_____, Noberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Yrad. Alfredo Fait, 4.ed., Brasília: UNB, 1997.

_____, Noberto. *Estado, governo, sociedade: Para uma teoria geral da política.*Trad. Marcon Aurélio Nogueira. 4. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed., Malheiros: São Paulo, 2001.

CASTELO, Rodrigo. *O social-liberalismo:* uma ideologia neoliberal para a"questão social" no século XXI / Rodrigo Castelo. Riode Janeiro: UFRJ/ESS, 2011.

DORNELES, João Ricardo W. *Globalização, exclusão social e pobreza: conseqüências para os direitos humanos*. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 1991.

DURANT, Will. *História da Filosofia.* Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito moderno*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GONZATTO, Marcelo. O que significa declarar pandemia de coronavírus. Publicado em 11/03/2020. *Gauchazh.clicrbs.com.br.* Disponível em:<https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus--servico/noticia/2020/03/o-que-significa-declarar-pandemia--de-coronavirus-ck7npyzi803j001pqewweooie.html >. Acesso em 11/04/2020.

LACERDA, Nara. Governo está perdido e medidas vão causar pandemia social, avalia economista. *Brasildefato.com.br*. Disponível em:<https://www.brasildefato.com.br/2020/03/23/governo-esta-perdido-e-medidas-vao-causar-pandemia-social-avalia-economista >. Acesso em 12/04/2020

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira *In Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direitos humanos e democracia participativa no Brasil.* Direitos humanos e direitos do cidadão. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001, v. 1.

MATTEI, Lauro. O pacote de ações do ministro 'fake economics. Apublicado em 18/03/2020. *Cartamaior.com.br.* Disponível

em:<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Economia-Politica/O-pacote-de-acoes-do-ministro-fake-economics-/7/46826 >. Acesso em 14 abr 2020.

_____, Lauro. A crise econômica e as falácias do posto Ipiranga. Publicado em 16/03/2020. *Cartamaior.com.br.* Disponível em:<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Economia-Politica/A-crise-economica-e-as-falacias-do-posto-Ipiranga-/7/46803 >. Acesso em 14 abr 2020.

MELO, CLAYTON. Como o coronavírus vai mudar nossas vidas Publicado em 13/04/2020. *Elpais.com.* Disponivel em:<https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-04-13/como-o-coronavirus-vai-mudar-nossas-vidas-dez-tendencias-para-o-mundo-pos-pandemia.html > Acesso em 13 abr. 2020.

PASCOAL, Valdercir. Papel do Estado em tempos de pandemia: combate ao vírus e à crise econômica e social. Publicado em 05/04/2020. *Jota.info.com.br.* Disponível em:<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/papel-do-estado-em-tempos-de-pandemia-combate-ao-virus-e-a-crise-economica-e-social-05042020 >. Acesso em 12/04/2020.

QUINTINO, LARISSA. *Bolsonaro assinará 'coronavoucher' e mais 3 MPs; pacote libera R$ 200 bi*. Publicado em 01/04/2020Veja.abril.com.br. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/bolsonaro-assinara-coronavoucher-e-mais-3-mps-pacote-libera-r-200-bi/ >. Acesso em

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil:tração constitucional da organização política brasileira*. 1995.

SOUZA, Luiz Eduardo de. *A transformação do paradigma legal no Estado de Direito: considerações oportunas*. Estudos de Direito Público: desafios e utopia. Porto Alegra: Síntese, 2001.

SCHWARTSMAN, Alexandre. *Pandemia vs. Recessão.* Publicado em: 01/04/2020. infoMoney. Disponível em:<https://www.infomo-

ney.com.br/colunistas/alexandre-schwartsman/pandemia-vs-recessao/ >. Acesso em 11 abr. 2020.

TOLEDO, Enrique de la Garza. *Neoliberalismo e Estado. Estado e Políticas Sociais no Neoliberalismo* (Ana Cristina Laurel, Org.). São Paulo: Cortez, 1995.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VILA-NOVA, 2020. Pandemia põe à prova modelo de Estado de bem-estar social europeu. Publicado em 22/03/2020. *Folha de São Paulo.* Disponível em:<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/03/pandemia-poe-a-prova-modelo-de-Estado-de--bem-estar-social-europeu.shtml >. Acesso em 02 abr. 2020.

O MODELO FEDERALISTA BRASILEIRO EM REFLEXÃO: UMA ANÁLISE PRELIMINAR SOBRE OS MUNICÍPIOS NA GESTÃO DOS COMITÊS DE BACIAS HIDROGRÁFICAS

Anysia Carla Lamão Pessanha
Tauã Lima Verdan Rangel

INTRODUÇÃO

A convocação da Assembleia Constituinte e a redação do texto espelharam a busca pelo pluralismo político e a implantação da democracia participativa. Todos os partidos estavam representados, preservando-se, inclusive, a representação das minorias, nas subcomissões dos municípios e Estados, como também nas de sistematização. Desta feita, a representação partidária na Assembleia refletia a nova ideologia estatal, porém, aprofundou-se mais a representação em nível regional.

Assim, a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, representou um importante marco de ruptura no modelo federalista nacional. Neste sentido, o modelo cooperativo, inspirado no federalismo alemão, passou a ser implementado de forma mais robusta, conferindo especial ênfase no quadro de repartição de competências entre os entes federativos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

O Constituinte originário previu a vedação da União em intervir no domínio de outros entes federativos, tal como colocou a forma federalista como cláusula pétrea, impossibilitando sua extinção por emenda constitucional. A implementação do Texto Constitucional de 1988 não apenas colocou em prática os ideais de um modelo federalista cooperativo, mas também trouxe uma série de inovações que não foram experimentadas anteriormente no Brasil. Ainda assim, o modelo federalista estabelecido não foi capaz de diminuir o fosso de protagonismo e as fragilidades na gestão democrática em sede dos municípios, em especial no objeto de exame proposto no presente: Comitês de Gestão de Bacias Hidrográficas. Em decorrência dos interesses subjetivos identificados nos municípios, a gestão democrática ainda se apresenta como um grande desafio a ser enfrentado.

A metodologia empregada assenta-se nos métodos historiográfico e dedutivo. Em relação ao método historiográfico, opta-se por uma abordagem evolucionista do processo de implantação do modelo de federalismo brasileiro. No que se relaciona ao método dedutivo, estabelece-se como recorte a atuação dos municípios em sede de Comitês de Gestão de Bacias Hidrográficas. Como técnicas de pesquisa utilizadas, foi empregada a revisão de literatura sob o formato sistemático.

1 O MODELO DE FEDERALISMO BRASILEIRO

A experiência de formação do federalismo brasileiro apresenta peculiaridades e traços caracterizadores próprios, capazes de estabelecer uma espécie própria dentro da teoria do federalismo. Neste sentido, de acordo com Paulo Bonavides (2018, p. 193), a concepção tradicional de federalismo se baseia em um Estado soberano, constituído por uma pluralidade de Estados, no qual o poder do Estado é advindo dos Estados-membros, vinculados em uma unidade estatal.

Veja-se que o Estado, pautado no federalismo, pressupõe o estabelecimento de uma transposição de poder dos Estados-membros para uma figura de cunho federal, que exercerá, a partir da união, a soberania em todo o território nacional. Hesse (1998, p. 177-178), ainda, complementa dizendo que a compreensão do federalismo

perpassa pelo reconhecimento como um princípio político fundamental, cujo objetivo consiste em unificar a totalidade de políticas diferenciadas em um conjunto de regras comuns, colocadas de modo a proporcionar a efetivação de uma colaboração comum entre seus componentes.

Assim, apesar das divergências acerca do federalismo, pode-se, em uma primeira análise, afirmar que duas características são comuns nas análises comparativas, quais sejam: a divisão do poder por administrações de unidades subnacionais (aspecto territorial), bem como a assinatura constitucional (aspecto formal) de garantias recíprocas entre as unidades federativas (aspecto institucional *stricto sensu*). Em complemento, Arretche (2009, p. 378), descreve que a federação "supõe um contrato constitucional entre as unidades constituintes, que definem proteções constitucionais a fim de evitar futuras expropriações por partes das demais unidades ou do governo central". Lipjhart, em mesmo caminho, prossegue:

> Podemos encontrar uma grande variedade de definições existentes na literatura sobre o assunto, porém há um amplo acordo sobre sua característica mais básica: uma divisão de poder garantida entre governo central e governos regionais (LIPJHART, 2008, p. 214).

Assim, verifica-se que um contorno interessante estabelecido pela literatura especializada toca a maior solidez do acordo federativo quando há limites definidos expressamente, tornando a fixação dos pactos federativos em constituições escritas como algo orgânico. Elazar, inclusive, apresenta que,

> The term "federal" is derived from the Latin *foedus,* which, like the Hebrew term *brit,* means covenant. In essence, a federal arrangement is one of partnership, established and regulated by a covenant, whose internal relationships reflect the special kind of sharing that must prevail among the partners, based on a mutual recognition of the integrity of each partner and

> the attempt to foster a special unity among them[69] (ELAZAR, 1991, p. 5).

A elasticidade, portanto, que emoldura a ideia de Federal deve-se em parte ao cenário maior na qual se insere a problemática, sendo assim, incumbe enfocar os elementos que constituirão a base na formação daquilo que se chama de *federalismo* e a especificidade que ganha em cada Estado. Santos e Andrade (s.d., p. 04) afirma que não é possível abordar o Estado Federal sem antes, porém, analisar a sua criação por um texto constitucional. Trata-se de uma concepção que não pode ser generalizado, mas encontra sua concretização a partir de uma norma fundamental criadora. Hesse assinala que

> Mas, apesar da comunidade da estrutura fundamental, cada estado federal é, todavia, uma individualidade concreto-histórica. Ordem estatal-federal experimenta, em conseqüência de limitações históricas, políticas, sociais e econômicas diferentes, e, em conseqüência das tarefas diferentes que ela tem que cumprir, também cunhos completamente diferentes. Já por isso a consideração jurídico-constitucional não pode ligar-se a um conceito de estado federal "pré-constitucional". Uma tal ligação é proibida, tanto mais que o conceito, para ela decisiva, de estado federal é um conceito normativo (HESSE, 1998, p. 179).

Dessa forma, mesmo que haja o estabelecimento de aspectos comuns aos modelos federalistas estabelecidos, é impossível a criação de uma teoria geral sobre a temática, porquanto, dentro de suas *práxis*, sempre será uma variante histórica, assentada no terreno constitucional e o ponto culminante de interesses políticos recortados em um dado momento. Sem embargos, somente o poder constituinte pode fundar o Estado Federal, devendo, por meio da Constituição, estabele-

69 O termo "federal" é derivado do latim *foedus,* o qual significa pacto. Em essência, um arranjo federal é uma parceria, estabelecida e regulada por um pacto, cujas conexões internas refletem um tipo especial de divisão de poder entre os parceiros, baseada no reconhecimento mútuo da integridade de cada um e no esforço de favorecer uma unidade especial entre eles (tradução-nossa)

cer os delineamentos basilares da organização federal, designando, de maneira taxativa, as esferas de competência entre Estado Federal e os Estados-membros, conferindo forma às instituições e estabelecendo autonomia político-administrativa para cada um, sujeito a todos a sua ordem constitucional.

Há duas estruturas responsáveis por estabelecer a organização coesa do Estado Federal. No âmbito da União, é constituído um ordenamento central e suas decisões ou normas de administração, legislação ou jurisdição vão dispor em incidência nacional, compreendendo o território e a população do Estado Federal no seu conjunto. Os ordenamentos advindos dos Estados-membros, com suas disposições normativas e decisões administrativas, legislativas e judiciais, são ordenamentos parciais e intra-estatais (HORTA, 1986, p. 10).

Os ordenamentos jurídico-políticos dos Estados apresentam pluralidade e correspondem ao número de Estados-membros que integram o Estado Federal. Doutro passo, o ordenamento advindo da Federação ou da União é unitário. Santos e Andrade, ainda, observam que a instituição do Estado Federal deve observar dos princípios fundamentais do pacto federativo.

> [...] a) princípio da participação: que conceitua que todo Estado-membro é parte ativa no processo de elaboração da vontade política da organização Federal constituindo, portanto, sua vontade peça fundamental dentro do funcionamento do aparelho institucional da Federação; b) princípio da autonomia. Segundo tal princípio, os estados-membros têm liberdade para estatuir suas próprias ordens constitucionais, estabelecendo as competências de seus órgãos e exercendo quase todos os poderes que goza a Federação, desde que tudo se faça na estrita observância dos princípios básicos da Constituição Federal (SANTOS; ANDRADE, s.d., p. 05).

Assim, a Constituição é o fundamento sobre o qual se edifica a construção federativa, incumbindo somente a ela a delimitação das esferas de ambas as sociedades inseridas uma na outra, sem, porém, perder a união e a harmonia. Cada Estado-membro, conforme o prin-

cípio federativo, possui sua parcela dos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, igual ao Estado Federal, somente em proporção concernente ao seu território. Dessa forma, é possível afirmar que cabe a Constituição definir a forma como será distribuída a soberania em dado território.

O emprego do termo *soberania* busca-se referir a um poder Estatal, advindo desde seu fundamento unitário-imperialista e que constitui um traço unitário dentro da organização Federal. Ora, ainda que, de certo modo, os Estados-membros tenham sua parcela de soberania – denominada, comumente, pela teoria como "autonomia" -, sendo tal poder detentor da mesma natureza e espécie que o detido pelo Estado Federal. Contudo, é importante destacar que a *soberania* dos Estados--membros não se confunde com aquela concentrada na figura do Estado Federal, como também não detém o privilégio de aparecer frente à ordem internacional sob o aspecto de uma vontade originariamente soberana e independente.

Andrade e Silva (s.d., p. 05) apontam que o poder soberano do qual o Estado Federal é detentor não se orienta para a ordem internacional, mas, sobretudo incide internamente no sistema de organização jurídica. O poder soberano exercido estende-se para todo território nacional, todo povo e subjuga a todos a uma única ordem normativa, uma única jurisdição. Bonavides (2018) assinala que a supremacia do Estado Federal sobre os Estados federados é manifesta constitucionalmente em três pontos fundantes, quais sejam: a observação de alguns princípios básicos fixados como fundamentais para a organização Federal; adoção de um sistema de competências repartido entre Estado Federal e Estados federados; e a instituição de um tribunal supremo encarregado de resguardar o Texto Constitucional. Horta, por sua vez, apresenta elementos mais amplos para a conformação do Estado Federal:

> [...] A construção normativa do Estado Federal pressupõe a adoção de determinados princípios, técnicas e de instrumentos operacionais que podemos condensar na seguinte relação, recolhendo os subsídios da contribuição doutrinária e da organização constitucional dominante do federalismo: 1. A decisão

> constituinte criadora do Estado Federal e de suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-membros. 2. A repartição de competências entre a Federação e os Estados-membros. 3. O poder de auto-organização constitucional dos Estados-membros, atribuindo-lhes autonomia constitucional. 4. A intervenção federal, instrumento para restabelecer o equilíbrio federativo, em casos constitucionalmente definidos. 5. A Câmara dos Estados, como órgão do poder legislativo federal, para permitir a participação do Estado-membro na formação da legislação federal. 6. A titularidade dos Estados-membros, através de suas Assembleias Legislativas, em número qualificado, para propor emenda à Constituição Federal. 7. A criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado. 8. A existência no Poder Judiciário Federal de um Supremo Tribunal ou Corte Suprema, para interpretar e proteger a Constituição Federal, e dirimir litígios ou conflitos entre a União, os Estados, outras pessoas jurídicas de direito interno, e as questões relativas à aplicação ou vigência da lei federal (HORTA, 1986, p. 12).

Em contraposição, o modelo federativo apresenta como uma das principais formas de participação dos Estados federados na formação da vontade política do Estado, o bicameralismo ou legislativo dual, em que é conferido aos Estados-membros por meio da câmara representativa dos Estados. Consiste, pois, em uma técnica vertical de separação de poderes com ampla participação igualitária por partes dos Estados-membros.

Partindo de tais aspectos, estabelecendo o recorte de promulgação da Constituição Federal de 1988, é importante assinalar que "a ideia de criar uma carta constitucional, levando-se em consideração todos os erros cometidos no passado, passava a ideia de que ela era uma verdadeira 'carta para o futuro'" (ANDRADE; SILVA, s.d., p. 21), a ser alcançada pelo Brasil. Assim, houve uma necessidade de sair do quadro de centralização estabelecido durante o regimento de ditadura civil-militar, o que implicou em repensar o federalismo brasileiro. O

investimento deveria ser vultuoso, em razão da deterioração produzido em relação à concepção popular e seu emprego para a manutenção da ordem política dominante.

A convocação da Assembleia Constituinte e a redação do texto espelharam a busca pelo pluralismo político e a implantação da democracia participativa. Todos os partidos estavam representados, preservando-se, inclusive, a representação das minorias, nas subcomissões dos municípios e Estados, como também nas de sistematização. Desta feita, a representação partidária na Assembleia refletia a nova ideologia estatal, porém, aprofundou-se mais a representação em nível regional. A Andrade e Silva explicitam que:

> Esta é a crítica que comumente se escuta sobre a adoção do modelo federalista de 1988, ou seja, esperava-se mais dele, no sentido de que junto com a restauração da democracia, se promovesse o desenvolvimento regional e uma política constitucional de crescimento socioeconômico em prol do término das disparidades entre os Estados. Implantou o federalismo cooperativo, contudo, sob um âmbito mais restrito, deixando-se de lado uma possível, e importante, ferramenta em prol da eficiência do Estado na tutela dos bens jurídicos maiores (ANDRADE; SILVA, s.d., p. 22).

O Constituinte originário previu a vedação da União em intervir no domínio de outros entes federativos[70], tal como colocou a forma federalista como cláusula pétrea, impossibilitando sua extinção por emenda constitucional[71]. Segundo Momo (2013, p. 09), a implementação do Texto Constitucional de 1988 não apenas colocou em prática

70 Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

71 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

os ideais de um modelo federalista cooperativo, mas também trouxe uma série de inovações que não foram experimentadas anteriormente no Brasil. Baggio, em complementação, afirma:

> [...] a atual Constituição brasileira redefiniu os papéis desempenhados pelos entes federados, distribuindo e descentralizando questões de ordem política, administrativa e, principalmente, financeira, que ficaram centralizadas durante o regime militar. Foram instituídas também, possibilidades de desenvolvimento de um modelo cooperativo de federação (BAGGIO, 2006, p. 109).

Acerca do federalismo cooperativo, a Constituição de 1988 ampliou consideravelmente o rol das competências comuns e concorrentes, a fim de que os entes federativos possam atuar sob uma orientação sistêmica e não mais isolada. Desta feita, "a possibilidade de laços e parcerias entre entes federativos para a implantação de reformas necessárias, havendo, para tanto, a previsão de transferência de subsídios" (ANDRADE; SILVA, s.d., p. 22). Contudo, em razão de aspectos históricos, os entes federativos brasileiros, com especial ênfase para os municípios, não "aprenderam" a atuar de modo cooperativo, logo, é importante assinalar que o sistema de divisão de competências é dotado de pouca operabilidade prática.

2 O REGIME DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Lira, Azevedo e Borsani (2014, p. 126-127) afirmam que a Constituição materializou um marco histórico-político de ruptura, pois rechaçou com a tradicional hierarquização das relações sociais e a apropriação do público pelo privado. Instaurou-se um novo modelo de gestão, pautado na descentralização ocorrida pós-Constituição, transferindo parte do poder decisório para instâncias menores, Estados-membros e municípios, que enfrentam os desafios de gerir, com seus próprios orçamentos, em sentido *lato,* políticas públicas setorizadas, decorrentes de novas competências constitucionais.

De acordo com o artigo 18 da Constituição Federal[72], a descentralização como transferência de competências referente ao pacto federativo encontra vinculação à autonomia dos entes federados e a discricionariedade necessária à atuação de suas novas atribuições. A descentralização é responsável por dividir territorialmente o poder e, ao lado da divisão funcional e dos direitos e garantias, constitui-se como elemento de limitação ao poder. A descentralização, portanto, permite uma aproximação entre governo e governados, ao passo que configura um critério de divisão de poder em âmbito geográfico.

Apesar disso, a concepção de descentralização, em uma visão crítico-analítica, guarda dificuldades conceituais. Almeida (2005), em tal contexto, aponta que a ambiguidade do termo *descentralização,* que é usado indistintamente para descrever vários graus e formas de mudança no papel do governo nacional por meio de: a) a transferências de capacidades fiscais e de decisão acerca de políticas para autoridades subnacionais; b) transferência para outras esferas de governo de responsabilidades pela implementação e gestão de políticas e programas definidos no âmbito federal; e c) deslocamento de atribuições do governo nacional para os setores privado e não-governamental.

Arretche (1996, p. 02), com enfoque específico para a dinâmica administrativa, compreende que a descentralização como "institucionalização no plano local de condições técnicas para a implementação de tarefas de gestão de políticas sociais". Por sua vez, Abrúcio concebe descentralização como

> Um processo nitidamente político, circunscrito a um Estado Nacional, que resulta de transferência (ou conquista) efetiva de poder decisório a governos subnacionais, que a) adquirem autonomia para escolher seus governantes e legisladores, b) para comandar diretamente sua administração, c) para elaborar uma legislação relativa às competências que lhe cabem; e, por fim, d) para cuidar de sua estrutura tributária e financeira (ABRÚCIO, 2006, p. 79).

72 Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

A descentralização representa um avanço democrático, porquanto, dentro do contexto que buscava a reforma do Estado, há um novo entendimento de gestão da coisa pública em conformidade com as demandas estabelecidas pela sociedade civil. Nos modelos ideais de participação da sociedade civil, a descentralização se apresenta como estratégia de conquista da justiça social, substancializado por meio de políticas sociais que respondam as demandas nos diferentes âmbitos. A descentralização é encarada a partir de dois enfoques, a saber: intragovernamental e democrático. O enfoque intragovernamental está relacionado ao deslocamento do poder do governo federal para as demais esferas, quais sejam: estadual e municipal.

Teodósio e Resende (2014, p. 179-180) afirmam que a descentralização é apresentada por muitos governos como um dos aspectos centrais das iniciativas de modernização do Estado. Há, assim, uma redefinição do papel do governo federal, a fim de que a prestação de serviços públicos adquira maior flexibilidade e proximidade da população, permitindo, ainda, uma promessa de democratização dos processos que compreendam a provisão dos serviços públicos e das políticas sociais.

Um dos argumentos a favor da descentralização está concentrado na hipótese de que levaria a uma maior mobilização dos cidadãos e organizações comunitárias ou de base local, o que implicaria em uma ampliação da participação, eis que ofereceria oportunidades alargadas para comportamentos políticos compromissados com as discussões públicas no nível local.

A contribuição, neste ponto, de Abrúcio (2006) é importante, pois enfatiza o aspecto político contido no processo, eis que não se restringe ao analisar a descentralização como um processo de cunho essencialmente administrativo de desconcentração de atividade, contudo avança em sua conotação, eis que envolve uma dispersão de poder, o que, por si só, implica no reconhecimento como um processo político.

Assim, o modelo de Estado Federal brasileiro compreende uma peculiaridade, pois eleva os municípios à condição de Ente Federativo, sob a justificativa de diversidade geográfica, cultural e econômica existente (RODRIGUES; JUCÁ, 2005, p. 80). Ora, com autonomia,

o Município tornou-se importante instrumento de concretização das políticas públicas, bem como de estabelecimento de estruturas de gestão democrática e de participação da sociedade civil. Em decorrência da descentralização do poder, o município despontou como o ente mais adequado para o desenvolvimento e a implementação de planos e projetos sociais, tal como para a participação da sociedade civil e para o exercício da cidadania.

3 MUNICÍPIO E GESTÃO DEMOCRÁTICA: UMA ANÁLISE PRELIMINAR DAS FRAGILIDADES NA GESTÃO DOS COMITÊS DE BACIAS HIDROGRÁFICAS

A esfera municipal seria aquela que melhor viabiliza a gestão democrática, pois propicia a aproximação entre os indivíduos e influência, de maneira direta, no aumento do índice de participação ativa cidadã e no êxito de políticas públicas sociais. "É no município que o eleitor tem contato direto com governantes e legisladores, o que lhes permite fiscalizar, exigir o cumprimento das propostas de campanha e denunciar irregularidades" (RODRIGUES; JUCÁ, 2005, p. 81). A partir da dimensão da participação da sociedade civil, o município seria o espaço primário em que se daria a realização do governo democrático.

Apesar disso, os Municípios apresentam uma sequência acentuada de fragilidades. Tal fato decorre, sobremaneira, de acordo com Kerbauy (2001), pelas novas funções assumidas pelo governo municipal, pois, em âmbito de participação, seriam os mediadores de um contrato político entre instituições públicas e sociedade civil. O resultado da gestão pública descentralizada dependeria, de maneira direta, de como é incorporada a participação popular, pelo sistema institucional de governo ou por meio de conselhos em que houvesse a participação da sociedade civil.

Não obstante, de acordo com Rodrigues e Jucá (2005), não se pode deixar de reconhecer que o município, dentro do modelo de Estado federal, apresenta as maiores fragilidades no processo de democratização da participação da sociedade, justamente em decorrência da proximidade com o eleitor. Assim, os entraves existentes na órbita local dificultam o desenvolvimento democrático dos municípios. A

cultura corporativista, clientelista e coronelista, ainda arraigada nas estruturas locais, estabelecem um espaço tendencioso e voltado para interesses distorcidos e subjetivos, sobretudo no que atina à participação da sociedade civil.

Sobre a questão, Rodrigues e Jucá (2005, p. 84) mencionam que "a regra ainda é o favorecimento pessoal, a confusão entre o público e o privado, e a propagação de políticas públicas influenciadas por interesses particulares". Kerbauy (2011, p. 56) identifica que, mesmo concebendo que a descentralização esteja acompanhada de um acentuado enfoque participativo contemplado pela Constituição de 1988 e destacado pelas Leis Orgânicas Municipais, a questão ainda não é colocada de maneira clara para o poder local, sobretudo em razão das dificuldades de adequação dos modelos participativos e de gestão pública.

A situação tende a ganhar maior relevo quando se analisa, a exemplo do pretendido no presente, os comitês de bacias hidrográficas, eis que é possível que haja uma convergência de interesses de cunho local e que são potencializados para segmentos interlocais, dialogando com as fragilidades e com as subjetividades existentes nos municípios envolvidos.

De acordo com Abrucio e Soares (2001), ao se pensar em tais modelos e em um sistema de comitês de bacias hidrográficas, a maior problemática decorre do aspecto autárquico que subsiste no municipalismo nacional, o que, tradicionalmente, estabelece uma atuação isolada dos municípios e, não raramente, competitiva em relação aos demais.

O municipalismo, sob o formato autárquico, é acompanhado da "prefeiturização" do poder local, o que implica em uma preponderância do município no sistema político municipal e no protagonismo inchado dos prefeitos, enquanto atores, nos planos interno e externo de suas localidades. A convergência de tais fragilidades endógenas ao municipalismo é agravada, ainda, com mais uma variável, qual seja: o comportamento defensivo e "paroquial", expressado cotidianamente e com maior intensidade no período de pleito municipal (ABRUCIO; SOARES, 2001).

O isolacionismo, enquanto comportamento do arranjo federativo, no segmento municipal, acaba contradizendo a máxima de que a descentralização produziria efeitos a partir dos próprios municípios.

Houve um afastamento, em especial em razão das bases de formação história, entre o desenho projetado com a elevação do município ao *status* de ente federativo e as práticas cotidianas, sobretudo em estruturas que reclamam uma atuação cooperativa.

De acordo, ainda, com Abrucio e Oliveira (2017), não se pode atribuir a dificuldade de atuação cooperativa entre os municípios apenas às fragilidades acima identificadas. Há, ainda, outra convergência de aspectos em um cenário endógeno do próprio comitê de bacias hidrográficas. Neste aspecto, a participação dos municípios tende a ser subutilizada em razão da baixa capacidade técnica de muitos entes, mesmo ao se considerar que não possuem competência constitucional na gestão dos recursos hídricos.

Assim, sem a presença dos Estados-membros, os municípios são incapazes de articular a gestão dos recursos hídricos, sobretudo em razão da escassez de corpo técnico capacitado, pois as discussões envolvem um conhecimento técnico muito específico e com elevada exigência. Além disso, não se deve perder de vista que não apenas a ausência técnica cria obstáculos para a participação mais efetiva dos municípios nos comitês de bacias hidrográficas. Outro elemento que pode ser apontado é a baixa capilaridade do próprio comitê em municípios mais distantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado, a Constituição Federal inovou de maneira robusta no ordenamento jurídico nacional e no modelo federalista adotado. Ao estabelecer as bases de um modelo cooperativo de federação, intentou o Constituinte em estabelecer uma gestão democrática e com amplitude participativa, sobretudo ao se analisar o âmbito municipal e sua proximidade com a figura do cidadão.

Contudo, ao se pensar no histórico de formação dos municípios brasileiros, deve-se reconhecer, sobretudo em se tratando de Comitês de Bacias Hidrográficas, que os desafios para uma atuação intermunicipal são manifestos. A instância de gestão das bacias hidrográficas, sobretudo ao se considerar a relação intermunicipal, é um campo de fragilidades robustas, em especial em relação à cooperação intermu-

nicipal em modelos de comitês. Tal fato decorre do reconhecimento de uma série de aspectos peculiares e os quais colaboram, de maneira direta, para a dependência dos Estados na promoção do diálogo e do aparato técnico necessário.

Pode-se, portanto, identificar dois conjuntos de variáveis que constituem a problemática dos municípios na participação dos comitês de bacias hidrográficas, a saber: um grupo endógeno ao ente Município, com sua atuação autárquica, isolada e comumente competitiva com os demais municípios; e outro grupo endógeno ao comitê de bacias hidrográficas em si, consistente na ausência de quadros técnicas especializados para o debate da temática, interferindo diretamente na qualidade participativa dos municípios envolvidos, e a capilaridade nos municípios mais distintas.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando L. Para além da descentralização: os desafios da coordenação federativa no Brasil. In: FLEURY, Sonia (org.). **Federalismo, descentralização e desenvolvimento:** Brasil e Espanha. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

ABRUCIO, Fernando L.; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Governança do Sistema Nacional de Recursos Hídricos: a visão dos atores. *In*: LIMA, Luciana Leite; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo (orgs.). **Públicas em Ação**: Coletânea em Teoria e Gestão de Políticas Públicas. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017.

ABRUCIO, Fernando L.; SOARES, Márcia M. **Redes federativas no Brasil: cooperação intermunicipal no Grande ABC.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

ANDRADE, Ronaldo Alencar dos; ANDRADE, Priscilla Lopes. **A evolução histórica do federalismo brasileiro:** uma análise histórico-sociológica a partir das Constituições Federais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br>. Acesso em 08 jul. 2020.

ARRETCHE, Marta. Continuidades e descontinuidades na federação brasileira: de como 1988 facilitou 1995. *In*: **Dados:** Revista de Ciências Sociais, v. 52, n. 2, p 377-423, jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v52n2/v52n2a04.pdf>. Acesso em 08 jul. 2020.

ARRETCHE, Marta. Políticas Sociais no Brasil: descentralização em um Estado federativo. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Sociais,** v. 14, n. 40, p. 111-141, jun. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n40/1712.pdf>. Acesso em 08 jul. 2020.

BAGGIO, Roberta Carmineiro. **Federalismo no contexto da nova ordem global.** Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 08 jul. 2020.

ELAZAR, Daniel. **Exploring federalism.** Tuscaloosa: University of Alabam Press, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais,** Belo Horizonte, n. 28-29, 1986, p. 09-32. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br>. Acesso em 08 jul. 2020.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia:** desempenho e padrões de governo em 36 países. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

KERBAUY, Maria Teresa Micel. Federalismo, Descentralização e Democracia. *In*: **Estudos de Sociologia,** São Paulo, 2011, p.

51-61. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br>. Acesso em 08 jul. 2020.

LIRA, Rodrigo Anido; AZEVEDO, Nilo Lima; CARDOZO, Hugo Alberto Borsani. O sucesso do ICMS cultural revisado; determinantes e obstáculos da política de municipalização para a proteção do patrimônio cultural do estado de Minas Gerais. *In*: **Vértices,** Campos dos Goytacazes, v. 16, n. 1, jan.-abr. 2014, p. 123-145. Disponível em: <http://essentiaeditora.iff.edu.br>. Acesso em 08 jul. 2020

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; JUCÁ, Roberta Laena Costa. Município: espaço público ideal para a concretização da democracia participativa. In: **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC,** 2005, p. 75-86. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br>. Acesso em 08 jul. 2020.

TEODÓSIO, Armindo dos Santos de Sousa; RESENDE, Graziele Andrade. Democratização de políticas sociais no Brasil: Venturas e desventuras das organizações da sociedade civil. *In*: **Civitas**, Porto Alegre, v. 14, n. 1, jan.-abr. 2014, p. 177-192. Disponível em: <revistaseletronicas.pucrs.br>. Acesso em 08 jul. 2020.

ORDENAMENTO JURÍDICO JUSTO E COESO: ESTUDO DA TEORIA DE JUSTIÇA DE RAWLS E TEORIA PURA DE KELSEN

Vanessa Albuquerque Rocha Guimarães

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o intuito de estabelecer um sistema jurídico coeso e conexo, nascido do senso comum e bases democráticas, com o objetivo de ser justo, e chancelado pela segurança jurídica.

O primeiro capítulo debruça-se na Teoria de Justiça de Rawls enumerando as etapas para se determinar os princípios de justiça até chegar ao Estado Democrático de Direito, num esforço de consenso social.

No segundo capítulo analisa-se a teoria pura de Kelsen e a concepção de justiça kelseniana, estabelecendo os critérios validade da norma e a importância da segurança jurídica para um sistema jurídico.

No terceiro capítulo é formulado uma proposta de fusão das duas teorias, que possuem matrizes filosóficas semelhantes, mas parecem ser antítese, como forma de criar instituições jurídicas justas, guiados nos princípios de justiça.

1 TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS

A busca pelo conceito de justiça sempre atormentou o homem dotado de moral, inquietude notada desde Platão, amadurecida em Sócrates, até os filósofos da atualidade.

Pires (2013), ao escrever sobre o diálogo entre Sócrates, Céfalo, Polemarco e Trasímaco, ressalta importante indagação sobre justiça. Na narrativa, a primeira conclusão é que, a justiça é uma virtude que permite o homem ser generoso, honesto e justo, retribuindo o que é devido a cada um. Sócrates inquiri sobre a conceituação dos termos utilizados: o que seria amigo? O que seria inimigo? É justo aquele que prejudica ao próximo? É lícito fazer o mal?

Aristóteles idealizou a justiça retributiva concedendo as pessoas o que elas faziam jus. Contudo, quem estabelecia o parâmetro de merecimento, quais seriam as virtudes dignas de recompensa? Numa sociedade democrática, a constituição justa deve ser imposta pela sociedade que estabelece os valores que a nortearam (CUNHA, 2017).

Thomas Hobbes teorizava que era necessário firmar um acordo entre o Estado e os indivíduos fixando um padrão de conduta, pois diante da natureza egoísta dos homens, o mesmo não cuidaria do bem comum, sem a coerção (ENGELMANN, 2001).

John Locke acreditava que o homem era pacífico em condições normais, o que não impediria que numa situação extrema não pudesse adotar uma conduta reprovável, de forma que, seria necessário um contrato social que previsse, dentre outras coisas, a proteção da propriedade, englobando nesse conceito, os bens corpóreos e imateriais, e tudo aquilo que pudesse ser destacado numa esfera de proteção (LOCKE, 1998).

Segundo Kant, a sociedade é o elemento entre o homem e o Estado, sucessor do indivíduo, porém não inferior e ele. A justiça é o produto de homens livre e a vontade, no qual se expressa nas leis (OLIVEIRA, 2003). E o Estado é reunião de pessoas vivendo sob a égide do Direito (BONAVIDES, 2003).

Inspirando-se nos filósofos anteriormente citados, na sua obra Teoria da Justiça, Rawls (2016) supera as concepções contratualistas e utilitárias, filiando-se ao intuicionismo, entendendo que há um conjunto de princípios base que se deve observar e considerar para estabelecer um sistema justo, de forma que posto na balança o bem e o justo, o segundo sempre preponderaria.

Para John Rawls, ao contrário da corrente Utilitarismo, o saldo social positivo não é suficiente para sufocar liberdades individuais. As

liberdades individuais só poderiam ser mitigadas por outra liberdade, isso porque é um direito inerente ao indivíduo de observância obrigatória por previsão contratual na sociedade, posto que não há justiça sem liberdade (STANESCU, 2001).

A teoria de justiça apesar de nitidamente contratualista difere das correntes tradicionais vez que o eixo central não é firmar autoridade ou obrigações, mas criar regras de justiça, num processo dedutivo para que o indivíduo estabeleça os princípios de justiça (DUTRA; ROHLING, 2011).

Justiça estaria conexa com a ideia de equidade, assim, a teoria da justiça seria uma teoria dos sentimentos morais. Em sua obra, Rawls (2016) conceitua de forma abstrata o que é a justiça, e propositalmente deixa o conceito genérico e aberto, contudo oportuniza meios para que os indivíduos possam alcançá-la.

Rawls (2016) conceitua justiça como atribuição de direitos e deveres e divisão adequada de vantagens sociais, mediante incidência do princípio da justiça que somente se alcança com um consenso estruturante (CUNHA, 2017).

A justiça consistiria num ponto de intersecção equilibrada entre as concepções de justiça existente, esse consenso é primordial para uma sociedade com bases justas, adequando as pretensões concorrentes, em vista a cooperação social (RAWLS, 2016).

A sociedade bem ordenada deve fixar uma política de justiça, como forma de preservar as instituições jurídicas democráticas, propondo uma teoria da justiça exequível (QUINTANILHA, 2010).

Rawls (2016), então, propõe a Justiça como Equidade que corresponderia que pessoas livres e iguais que, ao aceitarem a posição originária, vestindo-se do véu da ignorância, alcançariam o consenso sobre o que é justo (QUINTANILHA, 2010).

Esse processo corresponderia a adoção de quatro etapas para que sejam escolhidos os princípios bases das instituições, dessa concepção, parte-se da posição original, vencendo cada uma das etapas, galgando uma sociedade justa (SILVA, 1998).

A primeira etapa para escolha dos princípios de justiça, precederia de diálogo sobre a forma política, social e a justiça. As partes, assim,

escolheriam uma constituição que contemplasse o decidido na posição originária, escolhendo os direitos fundamentais e os poderes constitucionais de governo (QUINTANILHA, 2010), como segunda etapa da formação.

A segunda etapa é a mais crítica para o constitucionalismo, ante o risco de se afastar dos princípios iniciadores de justiça. A Constituição apenas poderia ser justa se garantir a liberdade de participação a todos, sendo essencial a liberdade de crença, e também liberdade de pensamento e exteriorização (DUTRA; ROHLING, 2011).

O indivíduo na posição original retrata-se consoante o seu contexto social, de forma que essa heterogeneidade é essencial à formação dos princípios da justiça, possibilitando a representação social de todos (RAWLS, 2016).

Na terceira etapa estaria a necessidade de criar leis delineadas pelos princípios da justiça, entre elas a liberdades fundamentais, e o estabelecimento de políticas sociais que possibilitem a inserção dos menos favorecidos, respeitando a igualdade equitativa de oportunidades (SILVA, 1998).

A última etapa consistiria na implementação concreta do sistema estabelecido, a aplicação prática das regras, tanto pelos indivíduos, como julgadores e pelos gestores públicos (QUINTANILHA, 2010).

Vencidas as etapas, a sociedade teria delimitado os bens primários e secundários. Na ideologia de Rawls (2016) os bens primários deveriam ser a liberdade-igualdade, isso porque somente o indivíduo livre poderia expressar-se de forma desvinculada e liberto de preconceitos. Depois, deve-se escolher o bem secundário, para tanto, é imprescindível que a Constituição aponte as instituições e os demais bens mais importantes para a sociedade. Como resultado de todo o processo, toda instituição seria justa.

A legislação moral é objeto de acordo entre os homens na posição original, como sujeitos livres e racionais, essa idealização deixa claro a matriz kantiana do pensamento de Rawls (SILVA, 1998).

O diferencial da teoria da justiça é o véu da ignorância. O consenso é obtido com a equidade, e somente seria possível se os homens forem livres e iguais, sendo determinante a empatia pelo próximo, envolvendo a sociedade na formação dos conceitos básicos (RAWLS, 2016), num

pacto social que estabelecerá normas na reconstrução do neocontratualismo. A união de esforço, produto da cooperação social, reverte-se em benefício próprio, com instituições jurídicas justas e seguras.

Estabelece-se assim, um contrato de equidade social firmado entre os indivíduos com seus princípios norteadores visando o benefício de todos, ou ajudar os menos privilegiados como forma de retribuição (OLIVEIRA, 2012).

A concepção de justiça dentro da sociedade não possuiria antecedentes axiológicos, posto que a vontade geral da sociedade já estabeleceria contratualmente o padrão do justo, garantindo a liberdade sem, no entanto, desmerecer a igualdade material plena como forma de estabelecer a justiça retributiva.

O sistema jurídico justo pensado por Rawls é um conjunto de ordens coercitivas criadas pela cooperação social e formalizadas pela expressão democrática dos dententores de liberdade, de modo que, o domínio das leis está intrinsecamente conectado ao princípio das liberdades e ao princípio da justiça (SILVA, 1998).

Não existe um sistema capaz de afastar completamente a elaboração de leis injustas, no entanto, é possível detectar sistemas propícios a injustiças, o que se pretende evitar na estruturação de um sistema justo (SILVA, 1998).

As leis são submetidas ao critério de justiça como validade da norma, através de princípios de justiça e limites constitucionais, como valores extraídos dos anseios da sociedade, pelo consenso democrático.

Se a estrutura social jurídica é justa, todos têm o dever natural de se submeter as normas, pois zelar pela estabilidade da justiça é uma obrigação, até porque a inobservância por um pode induzir os demais criando instabilidade. O consenso de formação é justamente para aceitação voluntária das matrizes sociais, impulsionado o respeito mútuo (RAWLS, 2016).

Adotando a lógica de Rawls, além do princípio da liberdade, o segundo princípio de justiça seria o princípio da desigualdade, e para avaliar o efeito prático dos dois princípios, o princípio da eficiência (STANESCU, 2001).

As instituições jurídicas poderiam ser avaliadas pelo indivíduo injustiçado mediante verificação de três etapas. O primeiro é avaliar

a justiça da legislação e políticas sociais. Em sequência, analisar se os mandamentos constitucionais se coadunam com as concepções de justiça. Por fim, os cidadãos devem analisar quando as leis elaboradas devem ou não ser obedecidas (RAWLS, 2016).

A teoria da justiça é uma teoria social, no qual o interesse coletivo é colocado à frente do individual, que apenas são satisfeitos de forma reflexa, de modo que os princípios aplicados às instituições também são aplicados aos indivíduos.

No âmbito da imposição ao indivíduo, Rawls (2016) distingue em obrigações e dever natural. As obrigações são impostas pelas regras da instituição, frutos do princípio da equidade, e de observância necessária desde que as instituições sejam justas. O dever natural, não é uma imposição legal e sim de ordem natural, como o dever de ajudar ao próximo, portanto, é uma imposição de cunho moral. Por outro lado, o sistema justo também possui permissões aos indivíduos que seriam as liberdades, reguladas pelas limitações legais e morais referidas (STANESCU, 2001).

A forma como Rawls cria o ordenamento jurídico permite a união entre a justiça substancial, os princípios escolhidos pelo consenso como justos, e a justiça formal desaguando na positivação da norma e no princípio da legalidade.

A teoria de justiça delineada por Rawls (2016), visa estabelecer os princípios que confeririam a legitimidade e justiça ao sistema jurídico, trabalhando desde a origem da formação até sua aplicação. Nessa estruturação, os princípios de justiça se firmariam mediante um valor moral público, criado mediante espírito democrático as instituições jurídicas seriam justas (SILVEIRA, 2013b).

2 DIREITO E JUSTIÇA EM KELSEN

A teoria de Pura do Direito prega a neutralidade científica do Direito, cujo objeto nuclear é a norma jurídica, e seu fundamento de validade estaria na norma hipotética fundamental. Assim, o direito estaria alheio aos elementos valorativos externos, preocupando-se com a aplicação e interpretação das normas válidas considerando o ordenamento um conjunto (BITTAR, 2001).

O ordenamento normativo idealizado por Kelsen é coeso, pautado na validade das normas, tendo como ápice do sistema a norma fundamental suposta no qual confere unicidade ao sistema, formando uma estrutura normativa hierárquica (KELSEN, 2009).

Na teoria Pura do Direito, a norma jurídica está alheia ao conceito de Justiça, por se tratar de valor metafísico que não poderia interferir na ciência do direito. O Direito se desvincula de valores para que a ciência do direito alcance neutralidade científica e segurança jurídica (SIMIONI, 2018).

Não obstante, o sentimento de busca ou fazer justiça é inerente ao homem, de forma que cada um nutre uma concepção individual, a sua intensidade e liame em comum, suscita que a sociedade reproduza nas legislações, atuando como mecanismo de criação de normas (PIRES, 2009).

A justiça absoluta para Kelsen é inalcançável, não é cognoscível, de modo que, não é possível um conhecimento racional para a conceituação (CARNEVALE, 2018). A justiça relativa é a almejada pelo homem, e que interfere na formação da norma de justiça, que, por sua vez, reflete na fixação dos valores norteadores da norma jurídica (FERRO, 2018).

Assim, o conceito de justiça não estaria ligado ao bom ou ruim, porque são conceitos de cunho individual, mas o imposto como conduta positivada, por exemplo, no oriente médio é justo e socialmente suportado o tratamento discriminatório da mulher, não o sendo em muitos países, por não compartilharem o mesmo valor.

Kelsen entendia que a ordem justa se basearia na felicidade da maioria, através do contentamento coletivo, como resultado, a autoridade social identificando as necessidades indispensáveis as regulamenta (PIRES, 2013).

A justiça para Kelsen seria o reconhecido pela sociedade, desvinculada de conceito absoluto e abstrato, ou seja, desvinculada de misticismo religioso, mas o pressuposto como regra geral. Nesse ponto, sua concepção aproxima-se de Kant, seria uma lei moral universal, como princípios (GALVÃO, 2006).

A justiça de Kelsen pauta-se na liberdade, democracia e tolerância. O indivíduo deve ser livre, a liberdade engloba inclusive práticas antidemocráticas, já que a democracia não pode ser vista como um fim em si mesma, e deve se auto fundamentar. A tolerância não exclui os intolerantes, para não contradizer a própria democracia (BITTAR, 2001).

Para Kelsen, dizer que a norma é justa ou não, seria um corriqueiro vício de linguagem, posto que, poucos avaliam seus próprios critérios de justiça. Leis mal elaboradas, interpretações equivocadas não importam em injustiça, visto que, foram firmadas por pessoas competentes, e, portanto, válidas até que sejam substituídas por outra estabelecida por autoridade também competente (KELSEN,1998).

Kelsen explica que o indivíduo justo é aquele age em observância da lei. O ideal é que haja a coincidência entre a norma positivada e a norma de justiça, mas para o direito positivo, o que importa é a validade e eficácia (CAVALHEIRO, 2018).

A importância atribuída a neutralidade à ciência jurídica somada ao ceticismo de Kelsen sobre o conceito de justiça, causa uma aparente dissociação da justiça e o direito. Segundo a doutrina kelseniana, não caberia à ciência jurídica conceituar o que é justo, mas qual o comportamento se enquadra como justo, pois a definição de justiça seria ampla e individual.

3 INTERSECÇÃO DA DOUTRINA DE KELSEN E RAWLS NA CONSTITUIÇÃO DE UM ORDENAMENTO JURÍDICO JUSTO E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS ESTÁVEIS

É possível criar um sistema jurídico coeso com instituições sólidas utilizando-se das ideias extraídas da Teoria de Justiça de Rawls, Teoria Pura do Direito, noções de justiça de Kelsen. De pronto, percebe-se um ponto de intersecção dessas teorias que se utilizam de mesma matriz teórica.

Como conceituado anteriormente, a Teoria Pura do Direito analisa a estrutura das normas jurídicas retirando da ciência do Direito aspectos axiológicos iniciais de formação da norma. O ordenamento

jurídico é fechado, coeso e validado pela norma hipotética fundamental. No entanto, como fixar os valores tutelados pelo Direito e Justiça? Como estruturar um ordenamento jurídico de forma a repelir sistema normativo tirano e arbitrário, sujeito a insurreições dos descontentes? Nesse contexto, o estudo em conjunto das teorias de Kelsen e Rawls é relevante.

Extraindo a essência das duas teorias, pode-se chegar à premissa de que a sociedade após arquitetar a construção dos pilares entendidos como justos, tornam apta a autoridade investida de competência para criar a norma.

Kelsen (1998) bem ensinava que, a norma de justiça conduz como deve ser elaborado o conteúdo da norma positivada, de acordo padrão de conduta estabelecido, e sistematizado por normas reguladoras.

Silveira (2013a) ressalta que Rawls propõe um modelo coerentista de justificação, composta de: uma epistemologia coerentista holística, com adoção de procedimento de equilíbrio reflexivo; teoria contratual social, produto do que ficou firmado na posição original; estratégia pragmatista, com o uso do procedimento do consenso sobreposto. Esse modelo é a justificação com a legitimação social e política.

Adotando as ideias normativas de Kelsen e Rawls de formação do princípio da justiça realizando a verificação em quatro etapas para criação de um sistema justo, não haveria lei justa ou injusta, porque todo o sistema seria justo.

Veja, o normativismo de Kelsen se funda na premissa de existir princípios estruturantes do direito, como a norma hipotética fundamental, que nada mais é do que um princípio de validação suposto. Nota-se profunda semelhança com a estrutura de princípios na formação do ordenamento de Rawls, com o princípio de justiça.

Kelsen entende que a liberdade é essencial para garantir a participação do homem na formação do Estado. Dentro da democracia, a vontade de todos deve ser considerada ainda que minoria, posto que não existe maioria se a minoria, e a pluralidade de ideias são vitais para formação do convencimento e legitimação (AMARAL, 1999).

Rawls (2016) também entende que a liberdade e igualdade na par-

ticipação social e política é fundamental para a concepção de um sistema justo viável, e formação do consenso social.

As similitudes não param aí, tanto Rawls como Kelsen, assumem que a Constituição está no ápice do ordenamento e regula as demais instituições. Por sua vez, a Carta Magna é norteada por um princípio, que independentemente de sua positivação está guiando o sistema, esse princípio não poderia ser a norma hipotética fundamental de Kelsen? O princípio de justiça não poderia se encaixar como norma suposta?

Rawls (2016) reconhecia a injustiça das leis. Isso porque, os princípios de justiça norteiam todo o sistema jurídico e instituições políticas, de forma que, caso a lei positivada não esteja dentro do padrão firmado como justo, perde sua coercibilidade, possibilitando o controle social de eficácia da norma.

Por outro lado, Kelsen não admite que a norma jurídica possa ser injusta porque é criada por autoridade competente, gozando de legitimidade, portanto, o legislador escolhido democraticamente quis que a norma ainda produzisse efeitos. Assim, seria possível que essas concepções pudessem se acomodar dentro da teoria de justiça de Rawls. Explica-se melhor.

Para Kelsen (1998), a norma é justa porque segue o trâmite legislativo, estabelecido conforme os rigores legais impostos por autoridade competente, por pessoas democraticamente eleitas, de forma que, a lei pode ser alcançada por outra lei, seguindo o procedimento legislativo previsto no ordenamento.

Rawls (2016) diz que, firmados os princípios de justiça que, na sua teoria seria a igual liberdade, a Constituição formataria o ordenamento fixando um sistema jurídico e político, com viés moral, baseado na cooperação social em atenção ao constituinte.

Na idealização da liberdade de Rawls, conciliando a teoria de Kelsen, não poderia ser concedida ao indivíduo monção para desafiar a injusta da norma positivada? Não poderia ser consagrado por controle de judicial de legalidade e constitucionalidade?

A possibilidade do ordenamento jurídico prever a possibilidade do indivíduo de se rebelar contra lei injusta por meio de um procedimento

legal, que, por consequência, promove a criação de outra lei, não fere a liberdade idealizada por Rawls, e nem a Teoria de Kelsen, desde que observados os parâmetro impostos pela autoridade competente, como a iniciativa popular de leis.

A concepção de Kelsen de que a justiça está na norma, não se distancia, mas aproxima da Teoria de justiça do normativismo. Porque, dentro do sistema de justiça possível de Rawls, a lei é fruto dos princípios instituidores de justiça.

Um Estado de Direito estável, com normas justas e eficazes, garantidos pela coercibilidade da norma, é fundamental para manutenção da cooperação social e com isso a liberdade, sendo um reflexo do espírito da lei (RAWLS, 2016).

Em importante análise, Rawls deduz que, para salvaguardar os princípios de justiça, o Estado de Direito deve impor: o poder impõe dever; casos idênticos devem ter soluções idênticas; obediência à justiça natural, entendida como processo judicial; observar a lei, não poderia haver ofensa sem lei (DUTRA; ROHLING, 2011).O Estado de Direito é o império da lei como forma de justiça, a justiça formal, no âmago de proteger os direitos fundamentais criados pelos princípios de justiça (DUTRA; ROHLING, 2011).

A integração da Teoria Pura do Direito de Kelsen e a Teoria de justiça de Rawls parece ser um passo para criação de ordenamento jurídico estável, moral e justo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse estudo, demonstrou-se que os princípios de justiça pode ser a norma hipotética teorizada por Kelsen, dado o caráter principiológico do conceito kelseniano de norma fundamental.

Após o consenso social inicial e empático, a formação de princípios de justiça garantiria instituições jurídicas justas e bem sedimentadas, refletindo no ordenamento jurídico e criação das leis, alcançando, então, a segurança jurídica.

A lei, como principal norma reguladora, não será justa ou injusta, vez que foi criada pelos representantes do povo que observam os princípios de justiça, de modo que todo o sistema seria justo.

Assim, a autoridade competente teria o viés democrático e legítimo, vez que seria escolhido à luz dos princípios de justiça, os quais deve também obediência, de forma a validar o sistema sem desnaturalizar a ciência do direito de Kelsen.

O conceito de justiça não é universal e estanque, mas pode ser firmado pela sociedade, num esforço uníssono, dentro de um contexto que conceda a todos a liberdade, e a capacidade de identificar-se como parte integrante do sistema, em genuíno sentimento de pertencimento. O indivíduo formador e integrante do Estado precisa se identificar com as instituições jurídicas, do contrário o sistema nunca poderia ser justo.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Do Positivismo Jurídico à Democracia em Kelsen**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 17, p. 133-144, 1999. Disponível em: http://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/70942/40282. Acesso em: 05 fev. 2019.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A Justiça Kelseniana. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 96, p. 541-563, 2001. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67517. Acesso em: 12 ago. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAVALHEIRO, Antônio Marques. **Da Teoria Pura do Direito ao conceito de justiça, o positivismo e a moralidade em Hans Kelsen**. 2018. Tese de Mestrado. (Especialização em Ciências Jurídico-Filosóficas) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018. Disponível em: https://eg.uc.pt/bitstream/10316/86734/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf. Acesso em: 04 nov. 2019.

CARNEVALE, Marcos. Direito e a justiça na perspectiva de Hans Kelsen. **Revista Transdisciplinar e Logos Veritas**, Cabo Frio, v. 05, n. 11, p. 79-89, 2018. Disponível em: http://periodicos.estacio.br/index.php/logoseveritas/article/viewFile/4681/2162. Acesso em: 10 jul. 2020.

CUNHA, Maria Carolina Santini Pereira da. O Conceito De Justiça Para Michael Sandel Na Obra "JUSTIÇA: O QUE É FAZER A COISA CERTA?". **REGRAD, UNIVEM**, Marília, v. 10, n. 1, p. 129-146, out. 2017. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tNDcOWKu8PwJ:https://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/1727/666+&cd=3&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt. Acesso em: 12 jul. 2019.

DUTRA, Delamar Jose Volpato; ROHLING, Marcos. O Direito em uma Teoria da Justiça de Rawls. **Dissertatio**: Revista de Filosofia, Pelotas, v. 34, p. 63-89, 2011.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Justiça em Kelsen e Direito em Luhmann. Curitiba: Juruá, 2018.

GALVÃO, Elaine Santos et al. Porque o conceito de justiça de Hans Kelsen confunde-se com a ética? **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 3, n. 181, 2006. Disponível em: https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1323/porque-conceito-justica-hans-kelsen-confunde-se-com-etica. Acesso em: 14 nov. 2019.

KELSEN, Hans. O problema da Justiça. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 85-336-0968-X.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. ISBN 978-85-7827-205-0.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 85-336-0896-9.

QUINTANILHA, Flavia Renata. A concepção de justiça de John Rawls. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 33-44, 2010. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/6107. Acesso em: 12 jul. 2019.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O segredo de Kelsen: resenha de um livro imaginário sobre o fim do neoconstitucionalismo no direito brasileiro. **Revista Acadêmica**: Faculdade de Direito de Recife, Recife, v. 90, n. 1, jan./jun. 2018. Disponível em: https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/230674/29131. Acesso em: 10 jul. 2020.

OLIVEIRA, Jose Anselmo de. O Conceito de Justiça em John Rawls. **Revista Esmese**, Aracaju, n. 5, p. 31-38, 2003.Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/79073509.pdf. Acesso em 10 jul. 2020.

OLIVEIRA, Mario Nogueira de. Amartya e as sociedades mais justas como ideia de realidade. **Fundamento**: Revista de Filosofia, v. 5, p. 11-22, 2012. Disponível em: https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/5658/1/ARTIGO_ArmartyaSenSociedade.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

PIRES, Alex Sander Xavier. **Direito Sumular construindo uma teoria**. Rio de Janeiro: 2009.

PIRES, Alex Sander. **Justiça na perspectiva kelseniana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.

RAWLS, John**. Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Teoria da Justiça de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 138, p. 193-212, abr./jun. 1998.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Além da dicotomia fato/valor: justificação e legitimação. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 36, n. 1,

p.165-186, 2013a. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/trans/v36n1/10.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Justiça como equidade e o problema da razoabilidade. **Revista Dois Pontos**, Curitiba, v. 10, n. 1, p.37-59, abr. 2013b.

STANESCU, Alex de Oliveira. A Concepção de Justiça de John Rawls. **Revista da FARN**, Natal, v. 1, n.1, 2001.

OS DIREITOS HUMANOS E O ESTADO PLURINACIONAL

Thiago Sette-Câmara

Introdução

Diante de um contexto histórico de dominação, exclusão e marginalização das minorias, surgiram na América Latina, sobretudo nos anos 2000, diferentes movimentos de transformação social que buscaram resgatar direitos e reconhecimento a populações minoritárias. O Estado Plurinacional que surge com as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) se caracteriza pelo rompimento do padrão uniformizador do modelo de Estado-nação e traz conceitos e elementos inovadores para os campos do direito e das ciências sociais.

Desta forma, este estudo busca analisar a relação entre o Estado Plurinacional e os Direitos Humanos. Através de uma revisão bibliográfica e de uma análise documental, este estudo foi organizado em três partes. A primeira parte examina o surgimento do novo costitucionalismo latino-americano e analisa as características fundamentais do modelo de Estado Plurinacional. A segunda parte do estudo discute a incorporação da concepção indígena do *Buen Vivir* nas Constituições plurinacionais do Equador (2008) e da Bolívia (2009), e a terceira parte analisa de que forma os Direitos Humanos são previstos e assegurados nas legislações plurinacionais do Equador e da Bolívia.

O Estado Plurinacional na América Latina

Os Estados nacionais se formaram na América Latina a partir de lutas de independência ao longo do século XIX, mas segundo Magalhães (2009) estes Estados foram construídos para uma parcela minoritária da população, excluindo os povos originários e demais minorias. Para Santos (2007) o colonialismo na América Latina não terminou com os processos de independência, mas que no decorrer dos anos ele se transformou em novas formas de dominação e exclusão das minorias.

Silva (2014) argumenta que a conquista da América pode ser vista como a afirmação prática dos ideais da modernidade, uma vez que o processo de dominação e de imposição cultural, seja pela expulsão do diferente ou pela violência da conquista, decorre da modernidade. Nesta visão, aqueles indivíduos que não comungavam da estética dos colonizadores europeus foram sendo reconhecidos como diferentes, inferiores, e necessitavam da permissão destes colonizadores para obter a qualidade de ser humano.

O constitucionalismo moderno que teve origem na Europa nos séculos XVII e XVIII foi o resultado de grandes discussões surgidas no seio da sociedade civil, ainda que apenas parte desta sociedade tenha participado ativamente deste processo, que foi construído de baixo para cima. Na América Latina ocorreu justamente o inverso, a independência foi conquistada pelos descendentes dos colonizadores europeus, ao contrário do que ocorreu no continente africano, onde os processos de independência foram conquistas das populações nativas (SANTOS, 2009).

Santos (2007) argumenta que a teoria política foi desenvolvida no hemisfério norte, e dessa forma, o desenvolvimento de um marco teórico, considerado universal, foi aplicado a todas as sociedades sem levar em consideração as particularidades e peculiaridades de cada localidade.[73]

73 Santos (2007) ressalta que a teoria política é monocultural e tem como marco teórico a cultura eurocêntrica, que não se adaptada facilmente a contextos onde existem grandes diversidades culturais não ocidentais, como, por exemplo, é o caso das culturas e comunidades indígenas e originárias

A construção do constitucionalismo latino-americano ocorreu em três diferentes ciclos, segundo Baldi (2011). O primeiro ciclo teve origem no chamado *constitucionalismo multicultural* (1982-1988), que é fruto das primeiras discussões sobre a insuficiência do modelo antigo em garantir direitos (de primeira, segunda ou terceira gerações) para aquelas pessoas que não representassem os ideais (cor da pele, religião, modo de viver) da cultura europeia, cristã e capitalista que fora imposta pelos colonizadores.[74]

Este primeiro ciclo ficou marcado pelo reconhecimento da causa indígena e pela introdução da noção de diversidade cultural nos textos constitucionais de diversas Constituições deste período. Esta primeira fase do *constitucionalismo multicultural* ficou marcada pelo surgimento das Constituições do Canadá (1982), da Guatemala (1985), da Nicarágua (1987) e do Brasil (1988). A Constituição do Canadá (1982) foi a primeira legislação no mundo a reconhecer a herança multicultural através da garantia de direitos aos povos aborígenes, com destaque para a aprovação do *Multicultural Act* em 1988.

O segundo ciclo do constitucionalismo latino-americano é caracterizado pela ascensão do que se denominou na época de *constitucionalismo pluricultural* (1988-2005), que surgiu como instrumento para garantir o reconhecimento da existência de sociedades multiétnicas e de Estados Pluriculturais. Este segundo ciclo foi marcado pelas promulgações das constituições da Colômbia (1991), do México (1992), do Perú (1993), da Bolívia (1994), da Argentina (1994) e da Venezuela de (1999). Neste mesmo contexto, a Convenção 169 da Organização Mundial do Trabalho (OMT) também reconheceu um catálogo de direitos aos povos indígenas, afros e outros de cunho coletivo.

O terceiro e último ciclo de desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano surge a partir de 2006 com a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos Indígenas. No entanto, Baldi (2011) subli-

74 Wolkemer e Fagundes (2011) identificam três diferentes ciclos de formação. O primeiro é um ciclo social e descentralizador, marcado pelas Constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991). O segundo é um ciclo participativo popular e pluralista, marcado pela Constituição da Venezuela (1999). E o terceiro é um ciclo plurinacional comunitário, que é representado pelas Constituições do Equador (2008) e da Bolivia (2009).

nha que o que marca este terceiro ciclo são as promulgações dos textos constitucionais do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que concretizaram a formação dos primeiros modelos de Estados Plurinacionais na América Latina e no mundo.

Esta visão é também partilhada por Magalhães (2009) que argumenta que embora seja possível encontrar traços importantes de transformações do constitucionalismo nas Constituições da Colômbia (1991) e da Venezuela (1999), são as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) que apontam para uma mudança radical, que podem, inclusive, representar uma ruptura paradigmática com o constitucionalismo moderno.

O surgimento deste novo constitucionalismo latino-americano, e do Estado Plurinacional, está diretamente relacionado com a emergência de governos populares – de esquerda – na América Latina. Muitos países latino-americanos, incluindo o Equador e a Bolívia, foram durante décadas governados por partidos tradicionais considerados elitistas, de modo que uma significativa parcela da população, sobretudo os povos originários, não se sentiam efetivamente representados.

Durante a década de 2000 diversos países latino-americanos elegeram governos populares – de esquerda – preocupados com as questões sociais, especialmente no que diz respeito a melhor distribuição de renda e a consequente redução das desigualdades entre os mais ricos e mais pobres. Neste sentido, destacam-se as vitórias eleitorais de partidos progressistas na Argentina (Néstor Kichner e Cristina Kichner), Bolívia (Evo Morales), Brasil (Lula da Silva e Dilma Rousseff), Chile (Michelle Bachelet), Equador (Rafael Correa), Paraguai (Fernando Lugo), Peru (Alan García), Uruguai (Tabaré Vásquez e Pepe Mujica), dentre outros.

Em comum, estes governos progressistas – de esquerda – tinham como principais propostas o combate a pobreza, a redução das desigualdades e a promoção de um desenvolvimento econômico sustentável e acessível a todas as parcelas da população, especialmente aos mais vulneráveis. Estes governos também se caracterizaram pelo comprometimento com o projeto de integração latino-americana e com o

compromisso no fortalecimento de instituições multilaterais regionais como a UNASUL e o MERCOSUL.

Diferentes circunstâncias de caráter social, ideológico, político e econômico antecederam os processos constituintes que resultaram no surgimento do Estado Plurinacional no Equador e na Bolívia. Como em muitos países latino-americanos, o modelo econômico neoliberal defendido pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) fora implementado no Equador e na Bolívia, e ao se mostrar insustentável e não corresponder aos anseios pupulares, provocou uma grande onda de protestos e mobilizações sociais.

No Equador, o governo do então presidente Osvaldo Hurtado Larrea (1981-1984) adotou uma série de medidas econômicas seguindo a cartilha recomendada pelo FMI. O mesmo ocorreu na Bolívia, então governada pelo presidente Víctor Paz Estensoro (1985-1989), que também adotou a agenda econômica neoliberal defendida pelo FMI. Em geral ambos os projetos econômicos tinham o objetivo desenvolver o comércio, ampliar o livre mercado e promover a redução do Estado através da privatização de empresas estatais.

Durante a década de 1990 diversas empresas estatais foram privatizadas em ambos os países. No Equador, o governo do então presidente Abdula Bucaram (1996-1997) ajudou a consolidar a Constituição de 1998, que ficou conhecida como constituição neoliberal, e privatizou a maior parte das empresas estatais do país, reduzindo, também, o controle estatal sobre a economia. Na Bolívia, o governo do então presidente Gonzalo Sánchez de Lozada (1993-1997) aprovou em 1994 a chamada *Ley de Capitalización*, que na prática, permitiu a privatização de empresas estatais bolivianas, o que ocorreu intensamente nos anos posteriores a promulgação da lei.

Em 2006, o líder indígena Evo Morales assume a presidência da Bolívia com a promessa de *refundar* o Estado boliviano, resgatanto direitos e combatendo a pobreza e a desigualdade social. Três anos mais tarde, a Constituição da Bolívia (2009) foi aprovada por referendo popular com 61.43% de votos favoráveis. No ano seguinte, em 2007, o economista Rafael Correa assume a presidência do Equador com promessas semelhantes, como a redução das desigualdades sociais e

promoção de reformas estruturais no país. Em 2008 um referendo popular aprovou com 63.93% de votos favoráveis a Constituição do Equador (2008).

As vitórias eleitorais de Evo Morales e Rafael Correa só foram possíveis graças ao forte apoio das camadas populares, principalmente dos movimentos estudantis, sindicais, campesinos e indígenas, que foram também importantes para aprovação dos textos constitucionais plurinacionais. Como bem ressalta Silva (2014), os movimentos constituintes no Equador e na Bolívia surgem em um contexto de transformações sociais e vitórias eleitorais de partidos de esquerda e trazem uma ampla gama de direitos constitucionais que rompe com o paradigma eurocêntrico.

O Estado Plurinacional e a lógica do Buen Vivir

Magalhães (2009) afirma que o constitucionalismo não nasceu democrático, que nascido na forma liberal ele visava a construção de um espaço de segurança jurídica e de proteção da esfera de decisão individual. Segurança, propriedade privada e privacidade são alguns termos que identificam o surgimento do constitucionalismo. Os direitos fundamentais previstos nas primeiras constituições eram apenas para poucos e os direitos políticos eram assegurados apenas para homens, proprietários de terras e aristocratas.

Ao longo do tempo o constitucionalismo evoluiu, passou pelo Estado Social e também pelo Estado Democrático de Direito. Entretanto, em ambos os modelos a uniformização de valores e comportamentos permaneceu como um pressuposto fundamental para construção e sustentação do Estado. A novidade trazida pelo Estado Plurinacional, que surge com as experiências constitucionais do Equador (2008) e da Bolívia (2009), é que ele busca romper com o pressuposto da uniformização de valores e comportamentos, e por essa razão é visto como um modelo que amplia a democracia participativa.

Silva (2014) destaca que os textos constitucionais do Equador (2008) e da Bolívia (2009) foram construídos a partir do (re)surgimento do indígena e do campesino efetivamente como sujeitos de direitos, ou

seja, sujeitos que devem ter uma efetiva participação nas decisões politicas, sociais e econômicas do Estado. Isso evidencia o compromisso das experiências plurinacionais do Equador e da Bolívia com os Direitos Humanos, uma vez que elas resgatam direitos historicamente negados aos povos originários e buscam romper com a lógica uniformizadora e intolerante que caracterizava as legislações nacionais anteriores, que não reconheciam a diversidade cultural existente nas sociedades.

Uma dos elementos centrais do Estado Plurinacional na América Latina, que constitui um pilar fundamental das Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) é a concepção do *Buen Vivir.* Segundo Gudynas e Acosta (2011) a ideia do *Buen Vivir* surge justamente da visão de segmentos historicamente excluídos da sociedade, especialmente dos povos e nacionalidades indígenas, que enxergam a ideia de *Buen Vivir* como uma oportunidade para construir uma sociedade sustentada na comunidade, na convivência do ser humano (em toda sua diversidade), em harmonia com a natureza e a partir do reconhecimento dos distintos valores culturais existentes.

Para Boff (2009) a filosofia do *Buen Vivir* pode ser entendida como uma categoria central da cosmovisão andina que é apresentada como uma verdadeira alternativa para a humanidade, em uma contrapartida a opção ao capitalismo competitivo e hostil aos menos favorecidos. Desta forma, a concepção do *Buen Vivir* está centrada fundamentalmente na convivência harmônica dos seres humanos com a natureza, a partir de uma economia sustentável, suficiente e decente para todos.

O *Buen Vivir* pode ser entendido como uma nova forma de concepção da relação entre os seres humanos e a natureza, de modo a assegurar, ao mesmo tempo, o bem-estar dos indivíduos e a sobrevivência das plantas, dos animais e de todo ecossistema. De acordo com esta visão, a adoção do *Buen Vivir* como um estilo de vida exige uma transformação profunda na base da sociedade capitalista, que é sustentada por uma economia consumista. O *Buen Vivir* exige, portanto, uma mudança de consciência e de paradigma, uma vez que ele busca romper com as visões clássicas do desenvolvimentismo tradicional, que em geral estão associadas a um crescimento econômico ilimitado. (GUDYNAS, 2011)

Na Constituição do Equador (2008), a ideia do *Buen Vivir* é apresentada no capítulo denominado *Derechos del Buen Vivir*, que apresenta uma variada gama de direitos fundamentais e são tratados como Direitos Humanos. Ao longo de seus artigos, a Constituição do Equador (2008) busca romper com a concepção clássica que prioriza um direito em detrimento de outro, mas ao contrário disso, ela enfatiza o caráter integral e indivisível dos direitos e os reconhece como interdependentes e de igual hierarquia.[75] (GUDYNAS E ACOSTA, 2011).

Steinmetz *et al* (2015) apontam que os Direitos Humanos devem ser tratados como um conceito integral, e que desta mesma forma os direitos sociais não podem ser considerados inferiores hierarquicamente nem posteriores ou dependentes dos direitos civis e políticos[76]. Segundo os autores, os Direitos Humanos tratados como direitos do *Buen Vivir* na Constituição do Equador (2008) podem ajudar a doutrina a superar a dicotomia das gerações de Direitos Humanos.

Na Constituição da Bolívia (2009) as referências ao *Buen Viver* surgem no capítulo que apresenta as bases fundamentais do Estado. O texto constitucional boliviano apresenta as concepções do *Buen Vivir* segundo a visão de diferentes tradições indígenas, como as nacionalidades *aymara*, *kechwa* e *guaraní*.[77] A exemplo da constituição equatoriana, a Constituição da Bolívia (2009) também apresenta os princípios do *Buen Vivir* com a mesma hierarquia dos outros princípios constitucionais clássicos tais como a igualdade, inclusão, solidariedade, dignidade, liberdade, dentre outros. (GUDYNAS E ACOSTA, 2011)

75 O Artigo 11º alínea 6 da Constituição do Equador de 2008 dispõe que todos os princípios e direitos são inalienáveis, irrenunciáveis, indivisíveis, interdependentes e de igual hierarquia.

76 STEINMETZ et al (2015) fazem parte de um grupo de juristas, que incluem Trindade (1997) Lamounier e Magalhães (2008), que criticam a classificação dos direitos humanos em diferente gerações de direitos.

77 O Artigo 8º da Constituição da Bolívia de 2009 dispõe que o Estado promove como princípios éticos e morais da sociedade plural a ama quilla, ama llulla, ama suwa (não sejas preguiçoso, não sejas mentiroso, não sejas ladrão); suma qamaña (o Buen Vivir em idioma aymara); ñandereko (vida harmoniosa); teko kavi (vida prazerosa), ivi maraei (terra sem mal) e qhapaj ñan (caminho da nobre vida).

León (2010) argumenta que a concepção do *Buen Vivir* rompe com a estética moderna europeia de vida, de realidade, de sociedade e, principalmente, de Estado e de sistema econômico. Da mesma maneira, Gudynas e Acosta (2011) sustentam que a ideia do *Buen Vivir* se constitui como uma visão alternativa, e também uma forma de resistência, às políticas defendidas pela corrente de pensamento neoliberal, apresentando uma narrativa que está em clara contraposição aos conceitos clássicos de desenvolvimento e progresso[78].

Esta narrativa contrária ao conceito clássico de desenvolvimento surge da constatação de que muitas estratégias de desenvolvimento defendidas pela corrente neoliberal acabavam por não trazer os benefícios prometidos, e por vezes traziam prejuízos significativos nas esferas sociais e ambientais. Desta forma, a ideia do *Buen Vivir* se afasta da lógica de desenvolvimento pautada pelo neoliberalismo, com o argumento de que o planeta terra não possui capacidade de absorção e resiliência para continuar a adotar este modelo.

O *Buen Vivir* implica que os recursos naturais não podem ser vistos apenas como uma condição para o crescimento econômico ou como um mero objeto das estratégias de desenvolvimento que visam a acumulação de capital, até porque a própria concepção do *Buen Vivir* se sustenta na ideia de uma vida em plenitude, em harmonia e equilíbrio entre os seres humanos e a natureza. A incorporação do *Buen Vivir* nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) evidencia o compromisso destas legislações com o reconhecimento a diversidade cultural, especialmente dos povos originários.

Para Herrera Flores (2009) a ascensão da ideia dos Direitos Humanos em uma conotação multicultural depende do resgate do valor do *outro*, de um constante diálogo intercultural entre os diferentes. Desta

78 Gudynas e Acosta (2011, pp. 2-3) argumentam que as ideias de desenvolvimento, como uma expressão contemporâneas de progresso, há muitas décadas vem sendo questionada. Segundo os autores, desde os anos de 1960 surgiram vários debates e críticas sobre as conceções de desenvolvimento, desde a sua instrumentalização, com em relação a sua base conceitual e o vínculo com a ideia de progresso. Estas críticas e debates se desenvolveram a partir de diferentes correntes, e em múltiplas dimensões, e ao final do século XX provocou um grande questionamento às ideias convencionais sobre desenvolvimento e progresso.

forma o autor sublinha que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi um importante marco na luta pelos Direitos Humanos, mas que ela foi construída com base em fundamentos ideológicos e filosóficos puramente ocidentais.

Na visão de Silva (2014) a concepção dos Direitos Humanos sob uma perspetiva multicultural é um dos principais desafios da humanidade neste início de século, uma vez que ela pode se tornar um instrumento importante para a solução dos problemas decorrentes da globalização do modo de vida uniformizado, hierarquizado e dominante gerados pela modernidade ocidental. Não obstante, Herrera Flores (2009) afirma que cada cultura possui uma ideia e uma racionalidade a partir da qual percebem os direitos, a dignidade humana e, principalmente, os Direitos Humanos.

A inclusão da sabedoria indígena milenar do *Buen Vivir* nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) representa avanços na proteção dos Direitos Humanos, seja do ponto de vista do reconhecimento constitucional do direito à diversidade cultural, ou seja pela própria incorporação de uma concepção multicultural e contra-hegemônica dos Direitos Humanos a estas legislações, com base na filosofia e nos saberes dos povos originários.[79]

Os Direitos Humanos e o Estado Plurinacional

As Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) também são caracterizadas pela clara observância as disposições previstas em diferentes instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, dentre as quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção sobre os Direitos das Crianças, dentre outras.

79 Em relação a perspetiva contra-hegemónica, é importante ressaltar que as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) condenam explicitamente todas as formas de colonialismo, neocolonialismo e imperialismo. Ambos os textos constitucionais reafirmam ao longo de suas páginas a ideia de refundação do Estado, que objetiva por fim aos séculos de submissão, exclusão e discriminação dos povos originários.

O Estado Plurinacional também traz a descentralização política como uma característica fundamental. O artigo 3º da Constituição do Equador (2008) aponta que o Estado deve promover o desenvolvimento equitativo e solidário de todo o território mediante o fortalecimento do processo de autonomia e descentralização. Da mesma forma, a Constituição da Bolívia (2009) apresenta em seu artigo 271º a Lei de Bases da Autonomia e da Descentralização, que assegura a descentralização política como uma característica estrutural da Bolívia.

A descentralização política assegurada em ambas as legislações constituem importantes marcos normativos de ampliação da participação popular, direitos que são assegurados nos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos. Silva (2014) aponta que a presença da diversidade cultural no momento de tomada das principais decisões no contexto do Estado Plurinacional não apenas marca um paradigma emancipatório para as racionalidades indígenas encobertas pela modernidade, mas também reflete a ampliação dos canais democráticos de participação popular.

A Constituição da Bolívia (2009) também apresenta um grande avanço na proteção aos Direitos Humanos ao garantir no artigo 4º que o Estado é independente da religião, o que tornou a Bolívia um Estado laico pela primeira vez em sua história pós-colonial.[80] Apesar de ser signatária de diversos instrumentos internacionais de Direitos Humanos que garantem a liberdade de crença e religião, a Bolívia não era oficialmente um estado laico, e como bem nos lembra Piovesan (2006), a existência de um Estado laico é uma garantia essencial para o exercício dos Direitos Humanos.

A diversidade linguística é outro elemento fundamental do Estado Plurinacional. As Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) reconhecem e asseguram o uso dos idiomas originários e também afirmam que é dever do Estado respeitar a diversidade linguística e estimular o uso e a conservação destes idiomas. Além de romper com o

80 A Constituição da Bolívia de 1967, reformada em 1994 e 2002, reconhecia a religião Católica Apostólica Romana como a religião oficial do Estado da Bolívia, não reconhecendo, portanto, a pluralidade de religiões, crenças e matrizes religiosas existentes no país.

padrão uniformizador do modelo de Estado-nação, o reconhecimento das línguas originárias também pode ser entendido como uma garantia a participação da vida cultural comunitária, direitos previstos no artigo 28º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no artigo 13º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Os artigos 417º e 426º da Constituição do Equador (2008) garantem a aplicabilidade dos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, quando estes forem mais favoráveis do que os direitos resguardados pelas leis ou pela própria Constituição. Da mesma forma, o artigo 256º da Constituição da Bolívia (2009) assegura a aplicação das preposições dispostas nos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos assinados e ratificados pelo Estado da Bolívia, quando estes apresentarem direitos mais favoráveis quando comparados aos assegurados pela própria Constituição.

Estes dispositivos constitucionais que asseguram a aplicabilidade dos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos reafirmam o compromisso destas legislações com a proteção aos Direitos Humanos, uma vez que asseguram a interpetação da norma jurídica que traz o maior benefício ao ser humano, em plena concordância com as disposições previstas no artigo 29º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Um relatório do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH, 2009) concluiu que as reformas no ordenamento jurídico do Equador, especialmente a Constituição de 2008, representaram grandes avanços na proteção aos Direitos Humanos, tanto em termos normativos como em termos de planejamento de políticas públicas. Este relatório destacou que a Constituição de 2008 ampliou a proteção aos Direitos Humanos ao fortalecer os mecanismos de proteção social e ao reconhecer em seu texto a vinculação entre a superação da extrema pobreza com a proteção aos Direitos Humanos (CDH, 2009).

Em outro relatório, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH, 2012) também reconheceu que o ordenamento jurídico boliviano, especialmente a Constituição de 2009, assegura uma variada gama de direitos individuais e coletivos, especialmente aos povos originários. O relatório destacou que as alterações promovidas na

legislação boliviana impactaram diretamente a proteção aos Direitos Humanos, uma vez que uma série de leis e normativas foram criadas para reconhecer os direitos fundamentais e estabelecer procedimentos para execução e efetivação destes direitos.

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) também reconheceu progressos importantes no Equador e na Bolívia. No caso do Equador, o UNICEF destacou que o país foi o primeiro da América Latina a erradicar o trabalho infantil em aterros sanitários e reconheceu que estes avanços foram decorrentes de um processo sistemático e comprometido de várias instâncias de poder (UNICEF, 2011). No caso da Bolívia, o representante do UNICEF, Wolfgang Friedl, celebrou os programas sociais criados pelo governo boliviano e reconheceu que eles foram fundamentais para a melhoria de diferentes indicadores, especialmente em relação a educação infantil, saúde e nutrição (UNICEF, 2012).

A *Organización Panamericana de la Salud* (OPS)[81] também reconheceu progressos promovidos pelo Equador e pela Bolívia na área da saúde. Em 2016, a diretora da OPS, Carissa Etienne, afirmou que o Equador havia se tornado um grande exemplo para América Latina, principalmente pelo progressivo aumento do investimento público na área da saúde, pela erradicação de doenças contagiosas, bem como pela melhoria na infraestrutura de saúde. Em 2017, a OPS reconheceu formalmente os avanços alcançados pela Bolívia, especialmente em relação a garantia ao acesso universal do sistema de saúde no país, em conformidade com as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS).

Em 2016 a Bolívia se tornou o primeiro país do mundo a cumprir as metas estabelecidas pelas Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável em relação ao acesso a água. Os avanços da Bolívia na democratização do acesso a água foram resultado de uma série de medi-

81 Criada em 1902, a Organización Panamericana de la Salud (OPS) é a mais antiga agência internacional de saúde do mundo, e é a sede do Escritório Regional da Organização Mundial da Saúde (OMS). A OPS faz parte da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU).

das promovidas pelo *Programa Mi Agua,* que foi criado em 2011 com o objetivo de universalizar o acesso a água potável na Bolívia. Este programa teve como marco legal as disposições previstas no artigo 16º da Constituição da Bolívia (2009), que reconheceu o acesso a água como um direito fundamental.

A proteção aos Direitos Humanos no Equador e na Bolívia começaram a avançar na medida em que uma série de políticas públicas de distribuição de riquezas e mecanismos de proteção social estabelecidos nas Constituições de 2008 (Equador) e 2009 (Bolívia) passaram a ser implementados pelos governos. No contexto da América Latina, a proteção aos Direitos Humanos sempre esteve condicionada ao desenvolvimento, ao combate a pobreza estrutural e a promoção de uma distribuição de renda mais justa. Desta forma, o desenvolvimento econômico foi fundamental para a ampliação da proteção aos Direitos Humanos no Equador e na Bolívia.

Considerações Finais

Após quase 500 anos de dominação, exclusão e marginalização dos povos originários na América Latina, movimentos sociais e forças populares levaram ao poder governos populares, progressistas e ambicionados em alterar o paradigma uniformizador e intolerante que sempre marcou as legislações nacionais no contintente latino-americano desde o fim da colonização europeia. Durante a década de 2000, Equador e Bolívia apresentaram as suas sociedades e ao mundo suas novas legislações plurinacionais, construídas de forma colaborativa e promulgadas através de referendos democráticos.

As Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) buscaram resgatar direitos historicamente negados aos povos originários e ampliaram a proteção aos Direitos Humanos através da garantia de uma variada gama de direitos fundamentais. Ambos os textos constitucionais foram importantes marcos normativos que viabilizaram a criação e implementação de uma série de políticas publicas que promoveram avanços importantes na proteção aos Direitos Humanos.

As Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) reafirmam o compromisso do Estado Plurinacional com a proteção aos Direitos Humanos ao garantirem a aplicabilidade de instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, quando estes forem mais favoráveis do que os direitos resguardados nos próprios ordenamentos jurídicos nacionais, ou melhor dizendo, plurinacionais.

No Equador, a Constituição de 2008 abriu precedentes legais para a adoção de uma série de políticas públicas que promoveram avanços importantes na proteção aos Direitos Humanos. Os relatórios do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, bem como de outras organizações internacionais apontam avanços importantes na proteção aos Direitos Humanos e reconheceram o papel fundamental da Constituição de 2008 como marco legal que possibilitou estes avanços.

Da mesma forma, a Constituição boliviana de 2009 abriu precedentes legais fundamentais para a criação de políticas públicas que ampliaram a proteção aos Direitos Humanos. Os bons índices econômicos alcançados pela Bolívia ao longo da década de 2010 foram fundamentais para os avanços na proteção aos Direitos Humanos. Neste contexto destacam-se o aumento progressivo e contínuo do salário mínimo, a criação de programas de distribuição de renda e uma eficiente e equilibrada gestão econômica, elogiada, inclusive, pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pelo Banco Mundial.

A disponibilidade de recursos é um elemento fundamental para a efetiva garantia de direitos, uma vez que a promoção de avanços nas áreas da saúde, educação e segurança pública, por exemplo, dependem necessariamente de investimentos públicos. Neste sentido é importante destacar que o crescimento econômico foi a condição que possibilitou o desenvolvimento de uma série de politicas públicas que foram capazes de ampliar e efetivar a proteção aos Direitos Humanos, tanto no Equador como na Bolívia.

Apesar dos avanços, ambos os países precisam concentrar esforços para promover um desenvolvimento econômico sustentável, bem como ampliar a distribuição de renda. A efetivação da proteção aos Direitos Humanos exige a disponibilidade de recursos, e desta forma

Equador e Bolívia precisam se desenvolver e corrigir as assimetrias existentes em suas sociedades. Do ponto de vista normativo, as legislações plurinacionais garantem uma ampla gama de direitos e abrem precedentes legais para adoção de uma série de políticas públicas capazes de efetivar a proteção aos Direitos Humanos.

O Estado Plurinacional é uma proposta pioneira no mundo que busca romper com o paradigma intolerante e excludente que marca o Estado-nação. O objetivo de *refundar* o Estado incorporando a concepção indígena do *Buen Vivir*, fomenta o debate em torno da universalização dos Direitos Humanos sob uma perspectiva multicultural e contra-hegemônica. Ao reconhecer a pluralidade cultural como elemento central do Estado, as legislações do Equador e da Bolívia também ampliam os canais de participação popular.

As Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) foram construídas com amplo apoio popular, sobretudo dos povos indígenas, que sempre ocuparam a base da pirâmide social, mesmo compondo a maioria da população em ambos os países. Os textos constitucionais plurinacionais da Bolívia e do Equador resgatam direitos historicamente negados aos povos originários e foram construidos com base nos princípios fundamentais dos Direitos Humanos e em completa observância às disposições previstas nos principais instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

Referências

BONAVIDES, Paulo. (2003) **Curso de Direito Constitucional.** 13ª Ed. São Paulo: Malheiros.

BALDI, César Augusto. (2012) **Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Jornal Estado de Direito. 32ed. Porto Alegre, RS, 213.

BOFF, Leonardo. (2009) **A opção Terra**: A solução para a terra não cair do céu. Rio de Janeiro: Record.

BOLIVIA. (2009) **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. Disponível para consulta em: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf Acesso em: 15/06/2020

CDH (2009). Misión a Ecuador: **Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Sra. Magdalena Sepúlveda Carmona**. A/HRC/11/9/Add.1, 19 de mayo de 2009.

CDH (2012). Visita al Estado Plurinacional de Bolivia. **Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere.** A/HRC/23/56/Add.1, 19 de abril de 2012.

ECUADOR. (2008) **Constitución del Ecuador**. Disponível para consulta em: http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html Acesso em: 15/06/2020

GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. (2011) **El buen vivir o la disolución de la idea de progreso**. In: ROJAS, Mariano (Coord.). La medida del progreso y el bienestar. Méjico: Foro Consultativo Científico y Tecnológico, p. 103-110.

GUDYNAS, Eduardo (2011) **Derechos de la naturaleza, muchos protagonistas, único sujeto**. Temas para el debate 195. Madrid.

HERRERA FLORES, Joaquín. (2009) **Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

LAMOUNIER, Gabriela; MAGALHAES, José Luiz Quadros. (2008) **A Internacionalização dos Direitos Humanos**. Revista Eletrônica Jus Vigilantibus, v.1, São Paulo.

LEÓN, Magadalena T. (2010) **Reactivación Económica apara El Buen Vivir: un acercamiento**. In: Sumak Kawsay: recuperar el sentido de vida. ALAI. Quito, nº 452, XXXIV, II época, febrero.

MAGALHAES, José Luiz Quadros. (2009) **O Estado Plurinacional na América Latina**. Revista Eletrônica Jus Vigilantibus, v.0511, p. 1-10.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. (2012) **Violência e Modernidade**: o dispositivo de Narciso, a superação da modernidade na construção de um novo sistema mundo. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Décimo Aniversario, 2012, pp. 143-167.

PIOVESAN, Flávia. (2006) **Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea**. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v.2, p.91-104.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (2007) **La reinvención del Estado y el Estado Plurinacional**. *OSAL* (Buenos Aires: CLACSO) Año VIII, Nº 22, Septiembre.

SANTOS, Boaventua de Sousa. (2009) **Pensar El Estado y la Sociedad**: desafios actuales: Buenos Aires: Waldhuter, 2009

SILVA, Heleno Florindo da. (2014) **Teoria do Estado Plurinacional: O Novo Constitucionalismo Lationo-americano e os Direitos Humanos**. Curitiba, Juruá Editora.

STEINMETZ, Wilson; PINTO, João B. Moreira; FEITOSA, Maria Luiza P. (Org.) (2015) **Direito, Sustentabilidade e Direitos Humanos**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015. v. 1. 365p

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. (1997) **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.

UNICEF (2011) **Nota de prensa: Ecuador libre de trabajo infantil en basurales**. Disponível para consulta em https://www.unicef.org/ecuador/media_21140.htm Acesso: 15/06/2020

UNICEF (2012) **Mi Vida, Mi Derecho, Poner Fin al Matrimonio Temprano: Día Internacional de la Niña.** Disponível: https://

www.unicef.org/bolivia/media_24387.htm Acesso 15/08/2017 Acesso: 15/06/2020

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. (2011) **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico**. Pensar Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS E A ERA DO DIREITO CONCILIATÓRIO: REFLEXÕES SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA UM 2020 PERDIDO

Daniel Eloi de Paula Rodrigues

1. INTRODUÇÃO

Defender a tese de que se está em uma "nova era" é falar sobre a ruptura – ou sobre a necessidade de ruptura – com uma ordem até então vigente.

O Direito da Modernidade foi marcado pela rigidez e pelo viés positivista –responsável pela criação de um aparato estatal forte, coercitivo e sancionador, que influenciou a política, a economia, a cultura e a sociedade ocidental como um todo.

Em contraponto, o século XX do período pós Guerras Mundiais tem se caracterizado por um mundo dividido em camadas sociais, com desigualdades e com um anseio crescente pela efetivação da dignidade humana.

É a Pós-Modernidade – plural em seus discursos, necessidades e metas, e sob a égide de uma estrutura jurídica e política injusta, arcaica e ineficaz. É inegável a contribuição modernista e iluminista para a humanidade. Todavia, estas são insuficientes.

Assim, além de jurídica, esta análise é política, social e – evidentemente – histórica. Essa ruptura é, antes e sobretudo, a sucessão da Modernidade pela Pós-Modernidade. Por ordem vigente, devem ser considerados os mecanismos do Estado de Direito para responder a conflitos.

2. UM PERÍODO DE CRISES

Algumas "crises" mais recentes comprovam este diagnóstico de desordem estrutural. De início, é o caso da Crise do Poder Judiciário.

A massificação das políticas de Estado e dos problemas sociais oneraram os órgãos judicantes. Até então, na prática, o acesso à justiça era o desejo de muitos e o privilégio de poucos. É uma ótima mudança de paradigma, mas em uma estrutura a qual não consegue absorver a demanda de ações propostas.

Para Eduardo Bittar (2009, p. 306):

> Sem dúvida nenhuma, o termômetro da erosão maior de um sistema jurídico é o próprio Poder Judiciário. Isso se deve ao fato de se tratar do Poder incumbido de exercer o importante múnus da decidibilidade, concretizando as normas abstratamente previstas pelo ordenamento, convertendo-as em normas individuais, que atendem a demandas reais e históricas nas quais agentes sociais se encontravam envolvidos. Mais que isso, o Poder Judiciário é aquele que mais se vê acossado pela enormidade dos problemas sociais brasileiros, por ser constantemente instigado a decidir conflitos de natureza social, que deveriam ser tratados e implementados politicamente (a priori), e não jurisdicionalmente (a posteriori), diga-se de passagem, lidando com questões dessa natureza dentro de uma cultura liberal, de conflitos individuais, de demandas de interesse privado, sem aparelhamento e/ou preparo devidos, bem como dentro de um sistema engessado por formalismos e procedimentos processuais incapazes de satisfazer a questões de dimensão difusa e/ou coletiva.

Além disso, uma Crise da Litigância.

Por anos semeou-se um "espírito litigante" no ambiente processual. Por vezes, como mecanismo de pressão entre as partes envolvidas. Situações fúteis e irrisórias da vida se transformam em disputas absurdas, prolongando-se no tempo algo cuja solução não reside naquilo que a sentença possa expressar, mas sim na capacidade dos envolvidos de dialogarem e de encontrarem por si mesmos a harmonia necessária que viabilize a relação objeto da lide.

Segundo Eduardo Bittar (2009, p. 243), é característico desse período:

> Forte desenvolvimento de uma cultura de litigiosidade jurídica e exploração do aspecto contencioso do direito que o torna meio de agressão ou violência simbólica, em face de uma cultura da arbitragem ainda pequena e insignificante diante da grande enxurrada de demandas recebidas diariamente pelo Poder Judiciário: a proliferação de um uso do direito como um exercício de agressão (ainda que simbólica), desvia, naturalmente, sua finalidade precípua, além de torná-lo um argumento de autoridade e pressão, ou seja, mais um instrumento de efetiva subjugação daquele que é desconhecedor dos trâmites jurídicos ou daquele contra quem se quer ver inflingido um mal vingativo nas negociações ou nas relações sócio-humanas mais corriqueiras (Não é incomum escutarem-se as seguintes frases: 'Eu vou te processar e complicar tua vida!'; 'Cuidado, porque eu te processo e te enrolo com a justiça!'), manifestando-se em diversos níveis de agressão, [...] deixando o ordenamento de representar uma forma de garantia de direitos para tornar-se um argumento a mais favorável ao arbítrio pessoal.

Por mais profunda que seja a reflexão acerca do caso e dos direitos em jogo, a sentença parece não ser capaz de por fim ao conflito e de trazer a paz. Ou seja, de aplacar o ímpeto das partes.

Por fim, o inchaço do ordenamento jurídico gerou uma Crise Interpretativa.

Enquanto há processos em que a lesão ou o perigo de lesão a determinado bem jurídico está claro, em outros há o receio de que a sentença venha a ser a precisa causadora da ofensa ao Direito. São casos para os quais ordenamento jurídico não pontuou clara e objetivamente qual é a solução que deseja. Não se trata de mero conflito de normas, mas do Direito consigo mesmo, enquanto produtor de pacificação, justiça e desenvolvimento social.

Entende Valéria Warat (1999, p. 75-76):

> Quando os juristas falam de conflito, o reduzem à figura do litígio, o que não é a mesma coisa. Quando se decide judicialmente, por meio de um litígio, considera-se normativamente os efeitos (principalmente sobre os interesses em disputa); desse modo o conflito pode ficar hibernando, retornando agravado em qualquer momento futuro.

Os mecanismos atuais para a solução de litígios não contemplam a questão como um todo, o que resulta em um alto grau de reincidência processual bem como no congestionamento do Poder Judiciário com as mesmas causas anteriormente apreciadas ou com outras destas derivadas. Com isso, é inapropriado encerrar o ordenamento jurídico e, de forma mais específica, restringir a apreciação do Direito material em conflito ao método do rito processual clássico.

É o que entende Dora Fried Schnitman (1999, p. 17):

> Nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona como uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litígio – como métodos para resolver diferenças – dão origem a disputas nas quais usualmente uma parte termina ganhadora, e outra, perdedora. Essa forma de colocar as diferenças empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais.

Tais quais os aspectos do Direito no que se refere especificamente à Justiça, assim o é com o Direito quando o foco se volta para a

construção e para o funcionamento do Estado Democrático de Direito como um todo.

3. A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS

É nesse ambiente conturbado que a busca de formas alternativas para o encaminhamento dos problemas sociais surge como um horizonte possível e desejável. Habermas tratou dessa ideia de maneira ampla – com escopo político, social e jurídico – quando de sua Teoria da Ação Comunicativa.

Explica Lília Sales (2003, p. 171):

> A Teoria da Ação Comunicativa, de Jürgen Habermas (Theorie des Kommunikativen Handels), procura um conceito comunicativo de razão e um novo entendimento da sociedade, ou seja, sociedade na qual os indivíduos participam ativamente das decisões individuais e coletivas conscientemente, ensejando-lhes a responsabilidade por suas decisões. Essa teoria entende o indivíduo como ente participativo que antes de agir avalia as possíveis consequências, tendo em vista, por exemplo, a normas e sanções apresentadas pelo ordenamento jurídico do país. Não agem, portanto, automaticamente.

Mais do que uma visão de mundo, a ênfase conciliatória é fruto da necessidade Pós-Moderna de que existam mecanismos de diálogo entre os indivíduos e as instituições políticas, bem como locais de debate dos conflitos, além da busca por consenso e por soluções definitivas.

Para Habermas:

> É só na qualidade de participantes de um diálogo abrangente e voltado para o consenso que somos chamados a exercer a virtude cognitiva da empatia em relação às nossas diferenças recíprocas na percepção de uma mesma situação. Devemos

> então procurar saber como cada um dos demais participantes procuraria, a partir de seu próprio ponto de vista, proceder à universalização de todos os interesses envolvidos. (HABERMAS, 2004, p. 92).

A vantagem dessa abordagem repousa na sua capacidade de leitura do mundo e da apreensão da realidade social diária in locu, de modo que é capaz de perceber e conceber estruturas mais úteis e funcionais ao ser humano. Consequentemente, atinge o Direito, conferindo-lhe maior aceitabilidade, aplicabilidade e eficácia ao atuar na sociedade.

Quando aplicada à figura do Estado de Direito, essa teoria comunicativa permite uma análise mais profunda e eficaz sobre as suas reais funções. Logo:

> Por conseguinte, o Estado possui três grandes tarefas, objetivando manter a sociedade integrada: primeiro, ele precisa desenvolver uma política conjuntural que garanta o crescimento econômico; segundo, ele tem que desenvolver uma ação orientada para as necessidades coletivas que influencie a estrutura produtiva; terceiro, ele precisa corrigir a rede das desigualdades sociais. O grande desafio do Estado é realizar todas essas tarefas sem romper com as condições funcionais de uma economia capitalista. Do contrário, "são inevitáveis fenômenos de deslegitimação." (HABERMAS, 1983, p. 237).

Legitimidade é a palavra principal. Na Pós-Modernidade, esta é sinônimo de "credibilidade". A ausência de comunicação e a desconexão do Estado com o indivíduo interferem na percepção deste acerca do valor dos custos sociais por ele suportados. Assim:

> A existência ou pretensão de legitimidade liga-se à conservação, no sentido da integração social, da identidade normativamente estabelecida de uma sociedade. As legitimações servem para satisfazer essa pretensão, ou seja, para mostrar como e por que instituições existentes (ou propostas) estão aptas a empregar a força política, de modo a realizar os valores constitutivos

> da identidade de uma sociedade. [...] O que é aceito como motivo e como algo capaz de conseguir consenso – e, portanto, de criar motivações – depende do nível de justificação exigido em cada oportunidade. (HABERMAS, 1983, p. 224).

Seja em termos jurídicos – formação de um arcabouço jurídico eficaz – seja em temos administrativos – governabilidade –, o Estado entendido em sentido amplo precisa da legitimação – ou credibilidade – social para operar com eficácia.

Assim, a legitimação é essencial para a durabilidade e a eficácia das medidas de Estado. Afinal, trata-se de Estado "Democrático de Direito". Logo, comunicação – Democracia – e normatização jurídica – Direito – devem ser pensadas em conjunto.

> Para que o entrelaçamento jurídico entre autonomia pública e privada seja duradouro, é necessário que o processo de juridificação não se limite às liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades comunicativas dos cidadãos. Ele deve estender-se simultaneamente ao poder político – já pressuposto com o médium do direito – do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito. (HABERMAS, 1997a, v. 1, p. 169).

Assim, Habermas propõe um novo modelo de Estado, no qual a comunicação é essencial para a qualidade do processo político e para a eficácia das medidas adotadas.

> O terceiro modelo de democracia que me permito sugerir baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo. Quando se faz do conceito procedimental da política deliberativa o cerne normativamente consistente da teoria sobre a democracia, resultam daí diferenças tanto em relação à concepção republicana do Estado como uma comunidade ética, quanto em relação à concepção libe-

> ral do Estado como defensor de uma sociedade econômica. (HABERMAS, 2002, p. 278-279).

Esse modelo contrapõe-se, diretamente, às visões até então vigentes: Liberal e Republicana.

4. A INFLUÊNCIA DAS VISÕES LIBERAL E REPUBLICANA DE ESTADO

Para embasar a sua Teoria de Ação Comunicativa e a sua proposta de modelo de Estado, Habermas expõe os pontos positivos – ou seja, as influências das visões liberais e republicana. Porém, não poderia ser diferente, também os pontos negativos e que levaram à necessidade de mudanças.

A visão liberal tem por base a ideia de que a formação democrática da vontade ocorre tendo como fim a legitimação do exercício do poder político. O meio para tanto: a normatização constitucional.

No entendimento de Habermas:

> Na interpretação liberal, o processo democrático de criação de leis legítimas exige determinada forma de institucionalização jurídica. Tal "lei fundamental" é introduzida como condição necessária e suficiente para o processo democrático, não como resultado deste, pois a democracia não pode ser definida pela própria democracia. (HABERMAS, 2003, p. 159).

Já na visão republicana, o foco se volta para a manifestação da vontade geral – da sociedade civil. O povo como soberano. Para Rousseau, "a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade". (ROUSSEAU, 1978, p. 43-44).

Este aspecto, aliás, é o que Habermas considera de positivo no modelo republicano, que o influenciará no conceito de política deliberativa: "discursos de auto-entendimento como importante elemento da política – discussões sobre uma concepção comum do que seja bom

e sobre qual a forma de vida desejada e reconhecida como autêntica". (HABERMAS, 2002, p. 246).

Contudo, essas visões – principalmente, a republicana – tornaram a política uma matéria independente. O descolamento em relação ao indivíduo prejudicou a sua capacidade de implementação e de avanço social. Para Habermas, "nasce aqui a imagem de um sistema de administração relativamente independente da sociedade, que consegue a necessária lealdade das massas e determina, de forma mais ou menos própria, as funções e fins políticos." (HABERMAS, 1997b, v. 2, p. 60-61).

Por isso, ao contrário do Estado liberal e do Estado Social-Republicano, a base de seu modelo encontra-se na política deliberativa, na qual os sujeitos serão autônomos desde que se entendam como autores do direito ao qual se submetem e do qual são destinatários.

O autor explica:

> Em lugar de uma disputa sobre a melhor forma de assegurar a autonomia das pessoas do direito – ora por meio das liberdades subjetivas em prol da concorrência das pessoas em particular, ora mediante reivindicações de benefícios garantidas para clientes de burocracias de Estados de bem-estar social -, o que se apresenta é uma concepção procedimental do direito, segundo a qual o processo democrático pode assegurar a um só tempo a autonomia privada e a pública. (HABERMAS, 2002, p. 237).

Além das questões de Estado – administrativas/governamentais –, o modelo também ajuda na análise acerca do programa jurídico. Para Habermas, ele será discriminador "quando não leva em conta as limitações da liberdade derivadas de desigualdades fáticas"; ou paternalista "quando não leva em conta as limitações da liberdade que acompanham as compensações oferecidas pelo Estado, tendo em vistas essas desigualdades". (HABERMAS, 1997b, v. 2, p. 157).

Isso porque a soberania do povo:

> Diluída comunicativamente, não pode impor-se através do poder dos discursos públicos autônomos. Para gerar um poder

> político, sua influência tem que abranger também as deliberações de instituições democráticas da formação da opinião e da vontade, assumindo uma forma autorizada. (HABERMAS, 1997b, v. 2, p. 105).

Assim, o que fica evidente é que, na pós-modernidade, as dinâmicas de Estado convencionais – Liberal e Republicana – não devem ser abandonadas, porém aprimoradas.

5. A ERA DO DIREITO CONCILIATÓRIO

Transportando essa perspectiva para a atual realidade brasileira de crises – sejam políticas (caso do *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff) ou sociais (H1N1, COVID-19) –, percebe-se que, acima de tudo, o problema é de gestão. E gestão em sentido lato. Seja no ambiente de um rito processual individual ou em políticas coletivas e de Estado.

O descrédito nas figuras públicas dos Três Poderes é muito mais de ordem social do que técnico-jurídica. A utilização da palavra não é à toa: *descrer*. Uma desvinculação subjetiva, derivada de uma desordem na ação objetiva dos gestores. Ausência de Legitimação.

Para Siebeneichler (1989, p. 40):

> Ora, este complexo, que se moderniza continuamente, encontra-se numa crise paradoxal: de um lado, criam-se no seu interior através da racionalização, espaços cada vez mais amplos para o mundo da vida cultural, para a comunicação e o entendimento racional entre os homens, para a configuração de sua identidade racional. De outro lado, porém, e este é o verso da medalha, há um desengate progressivo entre mundo vital e sistema, que rompe o equilíbrio e permite que os imperativos funcionais e formais do sistema racional, especialmente do sistema econômico e burocrático, tornados independentes, aninhem-se imperceptivelmente nos poros da comunicação e se infiltrem no mundo vital cultural, racionalizando-o e fragmentando-o em elementos dispersos,

> destruindo valores e elementos que talvez não consigam mais regenerar.

Exemplo, o atual cenário de isolamento social. A dificuldade de "ficar em casa" não é de ordem moral – dividindo o mundo entre os "sensatos" adeptos do isolamento e os "imorais" defensores da liberdade de ir e vir. A realidade é mais cinzenta do que isso.

Propostas antes distantes – para não dizer utópicas – são cogitadas no centro do debate. Vide o exemplo da Renda Básica. Não apenas para o atual momento de crise, mas de modo permanente. E faz sentido na "ideia popular". As mudanças tecnológicas tem dado fim – e muito mais o fará no futuro – a inúmeras categorias laborais.

A maior parte dos pequenos empreendedores não tem mais do que algumas semanas de capital de giro para manterem os seus negócios com mínima viabilidade durante essa quarentena. A carga tributária é assombrosa, seja para grandes empresas ou para o cidadão individualmente considerado.

É difícil se isolar sem que se tenha uma mínima garantia quanto ao amanhã – ou tendo uma de apenas alguns meses de auxílio. Há uma sensação de que o nosso Estado exige muito e oferece pouco. Promete bem-estar social – constitucionalmente, inclusive –, mas permite a perpetuação da vulnerabilidade, ainda mais acentuada nesse momento de crise econômica e sanitária.

Legitimidade é sinônimo de credibilidade. Assim, cabe ao Estado atuar minando os efeitos colaterais do processo econômico, a fim de que não atinjam os indivíduos: "[...] o Estado se empenha programaticamente em conservar dentro de limites aceitáveis os subefeitos disfuncionais. Nessa distribuição de papéis, o Estado ajuda um ordenamento social a conseguir a legitimidade pretendida". (HABERMAS, 1983, p. 236).

O senso comum civil faz contínua análise teleológica. É difícil acreditar e – consequentemente – confiar em algo que não faz sentido. Se não faz sentido não será obedecido. Temos a ineficácia normativa e uma desordem estrutural e social.

Segundo Repolês (2003. p.138):

> O papel da Desobediência Civil no Estado Democrático de Direito é o de medida extrema utilizada para pôr em evidência uma situação de crise, isto é, de déficit de legitimidade, resultante de um fechamento do processo decisório do centro em relação à periferia da esfera pública. Além disso, a Desobediência Civil põe em evidência a tensão imanente entre facticidade e validade no Direito. Ela levanta a perplexidade de se conceber, no Estado Democrático de Direito, um ordenamento jurídico positivo que a todo momento tem que ceder às pressões decorrentes de déficit de legitimidade das decisões que são tomadas.

A necessidade é de consenso – não necessariamente de unanimidade. O Estado de Direito deve mostrar para o que serve. O potencial é enorme. Depois de séculos de construção política, social e jurídica, tornou-se presente todas as condições para dizer que aquilo que originalmente surgiu para controle das massas ou para delimitação dos poderes do soberano adquire, hoje, o seu mais profundo significado e propósito.

A máxima de Habermas deve ser continuamente lembrada: "sabemos que os argumentos que hoje parecem evidentes podem ser falsificados no futuro, à luz de novas informações e experiências". (HABERMAS, 2005, p. 162).

Alguns já começam a falar que o mundo passará por um período assemelhado ao pós Segunda Guerra Mundial. Ou seja, de investimento público e privado na reconstrução de um ambiente de bem-estar social. Como isso será feito, essa será a grande questão. É mais uma oportunidade para adentrar de vez à era que já é o presente: a era do Direito Conciliatório.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As últimas crises nacionais ensinaram a necessidade de certa "antevisão" dos problemas sociais.

Em que pese Direito e Política serem em sua natureza construções posteriores – no sentido se serem respostas aos movimentos da sociedade –, a velocidade das mudanças tecnológicas e o aumento do acesso à

comunicação a um patamar quase universal tornaram urgente que estas se deem num compasso mais acelerado.

Além disso, não apenas a velocidade deve ser levada em consideração, mas também a abrangência. O número de ouvintes aumentou. Consequentemente, o de "fiscais sociais".

Sendo um dos objetivos – senão o maior – da ideia de cidadania, a supervisão do indivíduo através desse constante exercício de certo controle de qualidade sobre as políticas de Estado tem ocorrido de maneira difusa. O que pode assustar alguns atores políticos.

A resposta natural – o uso de técnicas e de retóricas politiqueiras – não alcança mais legitimidade. Mesmo uma postura *outsider* não é suficiente para abrandar as expectativas do indivíduo-cliente. O Estado atua para além de uma lógica empresarial – no que tange aos seus objetivos. Entretanto, a eficiência que deste se espera é exatamente esta.

A busca por um diálogo, em movimentos de maior consenso, se apresenta como principal alternativa. Entretanto, não mais apenas pela atuação de uma sociedade civil organizada por grupos sociais. Isso tem acontecido de maneira mais espontânea – vide, por exemplo, manifestações individuais diárias em redes sociais.

Há de se pensar em mecanismos institucionais de captação dessas opiniões. Mecanismos de participação e de cidadania direta. Os exemplos mais atuais são as propostas de Recall eleitoral, o maior uso de plebiscitos e de referendos, a criação de novas ferramentas de consulta popular, etc.

O que se infere: a legitimidade das ações de Estado dependerá de como o Estado Democrático de Direito ouve os cidadãos e se estabelece ou não canais de diálogo e de busca por consensos.

Sob risco, caso não o faça, de padecer com a contínua e sistemática desobediência e ineficácia normativa de suas ações e políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

HABERMAS, J. **Para a Reconstrução do Materialismo Histórico**. São Paulo: editora brasiliense, 1983.

_____. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade (volume I)**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a, v. 1.

_____. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade (volume II)**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b, v. 2.

_____. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Diagnósticos do Tempo: Seis Ensaios**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

REPOLÊS, M. F. S. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

ROUSSEAU, J.-J. **Do Contrato Social**. In: Os Pensadores. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHNITMAN, Dora Fried. **Novos paradigmas em resolução de conflitos**. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). Novos paradigmas em mediação. Porto Alegre: ArtMed, p. 17-27, 1999.

SIEBENEICHLER, F. B. J**ürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

WARAT, Valéria. **Mediação e psicopedagogia: um caminho por construir**. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). Em nome do acordo – a mediação no direito. 2. ed. Argentina: Almed, p. 122-123, 1999.

RESUMOS

A IMPORTÂNCIA DO COMBATE A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PARA A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Ana Júlia Ramos Padua
Luiz Nunes Pegoraro

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil, como um Estado Democrático de Direito, tem o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos básicos, assim como também tem definido, na Constituição Federal de 1988, seus objetivos, dentre eles a redução das desigualdades sociais, como é possível extrair da obra de Luiz Alberto David Araújo e de Vidal Serrano Nunes (2005). Para alcançar esse objetivo, é necessário concretizar o que está escrito na Carta Magna, ou seja, é indispensável a garantia universal e igualitária dos direitos fundamentais, que, em suma, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2010), são aqueles direitos essenciais a qualquer pessoa, para que ela seja titular de uma vida digna, pois não é possível alcançá-la sem saúde, educação, segurança, e sem os demais direitos citados no Título II da CF/88. Desta forma, o Estado através de políticas públicas tem o dever de assegurar o mínimo de qualidade de vida à população, porém, não é o que está ocorrendo, pois através dos atos de improbidade administrativa, o agente público almeja apenas satisfazer os seus próprios interesses, ignorando os interesses públicos, ou seja, abandonando o principal obje-

tivo da Administração Pública, segundo Hely Lopes Meirelles (2008), e não realizando as políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais a todos. Assim, com a precariedade existente nos serviços públicos, as pessoas com boas condições financeiras recorrem à instituições privadas para efetivar os direitos fundamentais sociais, como planos de saúde e escolas particulares, contudo, aqueles que se encontram em situação financeira inferior não têm essa opção, e ficam à mercê dos serviços insatisfatórios oferecidos pelo Estado, tendo que lidar com falta de leitos em hospitais, educação insatisfatória e até mesmo com a inexistência de saneamento básico em algumas regiões.

OBJETIVO

Através de qualquer noticiário é possível perceber a recorrência dos atos de improbidade administrativa, assim como, a presença e aumento das desigualdades sociais no Brasil, desta forma, o objetivo deste trabalho é mostrar a relação existente entre esses dois problemas que assolam o país.

MÉTODO

Para realizar este trabalho, foi utilizado o método dedutivo, com apuração de obras doutrinárias do Direito Administrativo e Constitucional.

RESULTADOS ALCANÇADOS

Mediante este trabalho, foi possível perceber que a improbidade administrativa não causa apenas danos ao erário através do dinheiro desviado dos cofres públicos, mas também, engloba problemas significativos ao que tange o aumento das desigualdades sociais, pela não realização de políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais. Assim, conclui-se que o poder constituinte originário buscou construir um Estado Democrático com direitos fundamentais positivados, objetivando reduzir as desigualdades sociais, porém, percebe-se que a Administração Pública está cada vez mais distante disto, uma vez que

os atos de improbidade administrativa já fazem parte do cotidiano, e assim, aqueles que mais têm acesso aos direitos sociais, são os que possuem condições financeiras para se vincularem à instituições privadas, e aqueles que se encontram em uma situação mais vulnerável ficam cada vez mais distantes de uma vida digna, que para eles existe apenas na teoria. Desta forma, mostra-se primordial o combate à improbidade administrativa, para assim proteger o erário, garantir a efetividade dos direitos fundamentais de forma igualitária e buscar reduzir as desigualdades sociais, cumprindo com o objetivo descrito na Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: improbidade administrativa; direitos fundamentais; políticas públicas; desigualdades sociais;

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

A PRÁTICA ILÍCITA DO DÍZIMO PARTIDÁRIO: VIOLAÇÃO VELADA DA DIGINIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO EM CARGO DE CONFIANÇA E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS E ELEITORAIS

Leonardo Honorato Santos
Rose Amorim de Souza

INTRODUÇÃO

O historiador e sociólogo Raymundo Faoro (2012) descreve como na política brasileira são perceptíveis jogos de poder que envolvam interesses privados como se públicos fossem. Os chamados cargos de confiança com livre nomeação e exoneração corriqueiramente são vítimas desses pressupostos. Evidência desse cenário é a denominada prática do "dízimo partidário", considerada ilícita, conforme julgados e resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e consiste em descontos nas folhas de pagamentos de servidores públicos nomeados em cargos comissionados, como forma de contribuição partidária (DINO, 2019). Ocorre que, assim como demonstrado na Resolução nº 22.025 de 2005 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2005), em situação em que a ocupação do cargo ou função pública de confiança poderia, ainda que de forma velada, estar condicionada a contribuição ou não à

partido político, além do rompimento com o regime democrático de direito consubstanciado na liberdade política do servidor público, também verifica-se a violação da própria dignidade da pessoa desse sujeito e dos princípios de improbidade administrativa e pluralidade política. Nesse viés, problematiza-se essa prática ilícita a partir desses princípios constitucionais e administrativos, além do princípio da dignidade, no caso em tela, da pessoa do servidor que, consagrados também na Constituição Federal de 1988, devem ser preservados diante de quaisquer ameaças dessa espécie

OBJETIVOS

Objetiva-se, portanto, verificar e demonstrar como a prática do "dízimo partidário" fere os mais diversos princípios administrativos e eleitorais, expressos constitucionalmente –como o da legalidade, impessoalidade e moralidade, conforme artigo 34 da Constituição Federal de 1988 - além da dignidade humana da pessoa do servidor público alvo dessa prática e do risco que isso representa ao regime democrático de direito, liberdade política e pluralismo partidário.

METODOLOGIA

A pesquisa assume como metodologia a consulta em material bibliográfico doutrinário, jurisdicional e de ordenamentos jurídicos que tratem da temática, a partir do método hipotético-dedutivo, com base em dados qualitativos.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O Direito Administrativo assim como o Direito Político ou Eleitoral, como ramos de Direito Público brasileiros, obedecem a princípios que, diretaou indiretamente, emanam de nossa Lei Maior, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), consagrando, a partir de seu regime democrático de direito, valores de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana como inerentes a esse arranjo (MELLO, 2008; GOMES, 2018). Nesse ínterim, em desobe-

diência a princípios norteadores da administração pública, surgiu a prática do "dízimo partidário", manifestadamente ilícita por Tribunais Eleitorais (TRIBUNAL ESTADUAL DE MATO GROSSO, 2019). Isso porque o artigo 17 da CF/88 resguarda o direito a criação de partidos políticos, desde que obedecidos o regime democrático, pluripartidarismo e direitos fundamentais da pessoa humana (BRASIL, 1988). Nesse sentido, é evidente que ao sujeitar a nomeação ou permanência do indivíduo a contribuição ao partido político, além de gerar enriquecimento ilícito ao ente beneficiado, também contribui para crescente disparidade financeira entre os partidos políticos, o que desestimula a pluralidade partidária e transgride, diretamente, a liberdade política do servidor público. Similarmente, a Lei 9.096/1995(BRASIL, 1995) se preocupou em vedar certas fontes que possam prover os recursos partidários, entre elas pessoas físicas que ocupem cargo ou função pública por livre nomeação e exoneração, bem como cargos ou emprego público temporário, salvo daqueles filiados a partidos políticos. A Resolução 22.025 de 2005 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2005), elucida claramente a respeito dessa prática, com fundamento em interpretações de diversas legislações que versam temas relacionados. Nela ainda ressalta-se o abuso de poder e a violação à liberdade política diante da pressão em filiar-se a determinado partido, para a permanência no cargo, além de abordar a violação ao art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1998) que dispõe de forma expressa os princípios orientadores da administração, quais sejam, o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esses princípios, além de nortear a Administração Pública, também direciona-se ao Direito Eleitoral. Nesse sentido, a legalidade, manifesta na obediência à lei; a impessoalidade, que também é expressão daquele princípio; a moralidade, que deve ser refletida na atuação moral da Administração e seus agentes; bem como a publicidade e eficiência, que refere-se a execução e transparências dos atos (JUSTEN FILHO, 2016; MELLO, 2008; GOMES, 2018) – todos esses princípios apontam para a expressa improbidade administrativa da prática do "dízimo partidário".

CONCLUSÕES

Diante desse quadro, torna-se perceptível que a prática ilícita do "dízimo partidário" evidencia-se como reflexo de um sistema que tenta burlar os princípios constitucionais administrativos, resultando em atos de improbidade. A transparência no exercício dessas movimentações ao Fundo Partidário deve ser realizada considerando o quadro de servidores comissionados filiados que contribuem e compõem os cargos de confiança. Preservar a dignidade desses servidores, diante de sua liberdade política, e os princípios constitucionais da Administração Pública, é fundamental à manutenção da pluralidade partidária, como um dos fundamentos da nossa Lei Maior, e portanto, essencial ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **LEI Nº 9.096, DE 19 De Setembro de 1995**. Brasília: Vice-Presidência da República no cargo de Presidência da República, 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm>.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resolução nº22.025 de 2005. Disponível em: < http://static.congressoemfoco.uol.com.br/2011/12/Resolucao_TSE_2005_dizimo.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

DINO, Daniel. TRE desaprova contas do PR-MT por prática de dízimo partidário, determina devolução de valores e suspensão do Fundo Partidário. **IMPRENSA TRE-MT**. Mato Grosso, 03 mar. 2019. Disponível em: <http://www.tre-mt.jus.br/imprensa/noticias-tre-mt/2019/Maio/justica-eleitoral-desaprova-contas-do-pr-mt-pela-pratica-de-dizimo-partidario-determina-devolucao-de-valores-e-suspensao-de-recebimentos-do-fundo-partidario>. Acesso em: 12 jul. 2020.

FAORO, Raymundo, (1925-2003). **Os donos do Poder** : formação do patronato político Brasileiro. Prefácio: Gabriel Cohn. ed. 2. São Paulo : Globo, 2012

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. ed. 14, rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

JUSTIN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, v. 26, 2009.

O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO E A POSIÇÃO JURÍDICA DO CIDADÃO EM SITUAÇÕES DE CRISE

Leonardo Roza Tonetto

1 INTRODUÇÃO

O presente resumo teve como desígnio analisar o reconhecimento do direito à boa administração pública sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais. Investiga-se, portanto, sua normatividade enquanto direito fundamental de cidadania, bem como os deveres decorrentes para a Administração Pública em situações de crise. O enfoque que se pretende alcançar é a consideração de que o Estado brasileiro padece de um déficit democrático de participação popular e de que forma o (re)pensar de todo o sistema contribui para atuação dos agentes públicos ao atendimento das reais finalidades do Estado.

2 METODOLOGIA

Segundo Demo (1987, p.23), pesquisa é a atividade científica pela qual descobrimos a realidade. Por sua vez, Lakatos e Marconi (1987, p. 15), diz ser a pesquisa um procedimento formal com método de pensamento reflexivo que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para se conhecer a realidade ou para se descobrir verdades parciais. Partindo dessas premissas, o resumo em referência teve como

finalidade explorar o tema, utilizando-se no seu delineamento o método de abordagem dedutivo, centrado na pesquisa bibliográfica de tipo exploratória.

3 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O reconhecimento de um direito fundamental à boa administração encontra desafios. Um deles reside na dificuldade de lhe definir com precisão o seu objeto ou núcleo essencial. A boa administração encontrou acolhida expressa no artigo 41 da Carta de Direito Fundamentais da União Europeia. Antes disso, contudo, já era compreendido como um princípio geral do direito pelas jurisdições do direito comunitário europeu.

No ordenamento jurídico pátrio, por sua vez, conforme salienta Ingo Wolfgang Sarlet, a Constituição Federal de 1988 também prevê um direito fundamental à boa administração:

> Diria que a Constituição de 1988, muito antes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, consagrou um direito fundamental à boa administração. Todos nós sabemos onde esse direito está, principalmente (não exclusivamente), ancorado: no artigo 1º, III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e no artigo 37, onde estão elencados os princípios diretivos da administração pública. Com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e morosidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. A nossa Constituição, como se percebe, foi mais adiante. Além de implicitamente consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu expressamente os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa ideia de boa administração. Então, diria que a nossa Constituição, na verdade, já antes da Carta da União Europeia, pelo me-

> nos no Âmbito formal, talvez tenha ido até mesmo além da própria União Europeia. (SARLET, sem data).

No entanto, na atual conjuntura de crise, toda essa construção ideológico-intelectual montada a partir do privilégio e da prerrogativa vai sendo superada por uma concepção mais aberta, mais dinâmica e de certo modo, mais humana, a partir da qual o Direito Administrativo e os conceitos de boa administração adquirem um compromisso especial com a melhora das condições de vida da população por meio das distintas técnicas e instituições que compõem este ramo do Direito Público.

A pessoa, o cidadão, o administrado, o particular, deixa de ser um sujeito inerte, desarmado e indefeso, que recebe única e exclusivamente bens e serviços públicos do poder. Agora – dado momento peculiar da história – atrelado a inserção efetiva no Estado Social e Democrático de Direito, convertem-se em atores principais da definição e avaliação das diferentes políticas públicas a serem implementadas.

Com efeito, o interesse geral de toda a sociedade já não é assumido completamente pelo poder público e já não pode ser objeto de definição unilateral pela Administração. Agora, como consequência da projeção da diretriz de participação, o interesse geral deve abrir-se à pluralidade, de maneira que o espaço público possa ser administrado e gestionado, levando-se em consideração a multiforme e variada formação social existente.

Assim, na medida em que a Administração é contemplada como a instituição por excelência do serviço objetivo aos interesses gerais, o aparato público deixa de ser um fim em si mesmo e recupera sua consciência de instituição de serviço essencial à comunidade. Só assim é possível entender o caráter que tem o direito do cidadão a uma boa Administração Pública. Dessa forma, a sociedade passa a interagir com o Estado e participa ativamente da definição, elaboração e acompanhamento das prioridades políticas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na lição de Noberto Bobbio (1999, p. 24), "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto os de justi-

ficá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político". Hoje, nos albores de um novo período do qual tanto se teme e ao mesmo tempo tanto se espera em todos os sentidos, o Direito Administrativo adquire uma grande relevância. A razão de um novo contemplar encontra-se na centralidade da pessoa e em seu direito fundamental a uma boa administração, sendo aquela que sempre atua a serviço objetivo do interesse geral.

Palavras-chave: Administração Pública. Direitos Fundamentais. Cidadania.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. ***Estado, Governo, Sociedade.*** Para uma Teoria Geral Política. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

DEMO, Pedro. ***Introdução à Metodologia da Ciência***. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1987.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Pesquisa. In: ***Técnica de Pesquisa.*** 3.ed.rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Administração Pública e os Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/emagis_atividades/ingowolfgangsarlet.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

EFEITOS DA CORRUPÇÃO PÚBLICA NOS DIREITOS HUMANOS PERTENCENTES A UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Daiana Fagundes dos Santos Carboni

ALOCANDO O PROBLEMA

Os Direitos Humanos são apresentados a fim de dar ao leitor uma noção do que são e para que servem, bem como é analisada a questão dos efeitos da corrupção neles. Assim, considerando o momento atual em que vivemos, faz-se necessária a reflexão sobre a corrupção pública que envolve os Direitos Humanos e culmina na afronta à dignidade do ser com danos que podem ser letais para a população.

O presente estudo tem como objetivo analisar o fenômeno da corrupção pública nos Direitos Humanos. Nessa linha, este trabalho contempla considerações relevantes sobre o Estado Democrático de Direito, assim como a descrição do que vem a ser a corrupção, os seus efeitos e os mecanismos de combate. Logo, a pesquisa é realizada por meio da técnica hipotético-dedutivo e do método descritivo a partir da análise qualitativa de referenciais teóricos. Por fim, menciona-se que a corrupção é uma afronta aos Direitos Humanos, porquanto nega os direitos expressos na Constituição Federal de 1988, impede o crescimento do país e deixa a sua população à margem da miséria.

Com isso, em razão dos desassossegos políticos, dos desvios de verbas públicas, da persistência de práticas patrimonialistas e das nebu-

losas transações, torna-se imperiosa a discussão da corrupção pública e os seus efeitos para a sociedade no Estado Democrático de Direito, proclamado e fundado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 do Brasil.

A globalização, com a expansão do mercado de consumo, possibilitou o desenvolvimento e o encobrimento da corrupção, a qual age na clandestinidade. Logo, vivemos uma era de corrupção contemporânea e os países em desenvolvimento, assim como os desenvolvidos, são alvos de corrupção, pois inexiste sistema de governo que seja totalmente imune a ela.

Diante desse cenário, o Brasil suportou a existência da corrupção em todas as suas fases de desenvolvimento e hoje, ao que parece, ela entranhou nas raízes políticas como sendo algo que decorre do exercício público, acompanhando o homem na sua trajetória de organização e de progresso. Nessa senda, assiste-se, de forma lenta e gradual, a decadência moral e social dos nossos (brasileiros) políticos.

A corrupção pública tem um imenso impacto econômico e social nos governos atingidos, uma vez que contribui para o fracasso do desenvolvimento das nações de acordo com os ideais de Constituição. É dessa forma porque a corrupção impede a consolidação dos direitos fundamentais, incentivando o desvio das finalidades públicas, oportunidade em que não concretiza os direitos que cabem implementar à sociedade.

O Estado a fim de assegurar o bem estar de seus tutelados deve garantir os direitos expressos em sua Constituição por meio de suas atividades instrumentais, das arrecadações de recursos, do exercício do poder de polícia e da intervenção no domínio econômico. Nesse diapasão, tem-se que "os direitos humanos podem ser realizados por meio dos governos, mas de governos livres de obstáculos tais como a corrupção" (RAMINA, 2002, p.128).

A corrupção é uma forma de concussão, de tráfico de influência, de prevaricação, de propina e de improbidade que visa a obtenção de vantagens ilícitas individuais ou para o benefício de certo grupo, sobrepondo-se à lei e à moral, por meio da obscuridade. Ou seja, pode ser definida como sendo o abuso e o desrespeito de função pública em benefício privado.

Logo, ela é uma agressão aos Direitos Humanos, uma vez que os valores que são destinados ao bem estar dos indivíduos passam a ser alvo de propinas nas fraudes, nas sonegações e nas liberações ilícitas de verbas.

Destaca-se que o Brasil tem participação na Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), na Organização dos Estados Americanos (OEA) e na Organização das Nações Unidas (ONU), as quais foram firmadas em razão de se entender que a corrupção ameaça o Estado de Direito, a democracia e os Direitos Humanos. Igualmente, sendo incorporado o Princípio Anticorrupção no sistema brasileiro, há um dever de repressão aos atos de corrupção.

Portanto, um Estado que consegue concretizar os Direitos Humanos dos indivíduos é um Estado livre de corrupção, pois é no respeito à dignidade da pessoa humana que reside o fundamento das mais variadas formas de organização social.

Os Direitos Humanos mantém, com o conceito de corrupção, uma relação de recíproca interação, porquanto é no respeito àqueles que se pode aferir o grau de proteção contra os atos de corrupção; e uma sociedade que não corrompe os seus princípios é condição imprescindível para a eficácia dos direitos fundamentais (BRANCO, 2002, p. 104).

Por isso, a corrupção deve ser combatida enquanto um crime que vai de encontro aos Direitos Humanos. E, somente com o combate à corrupção é possível proteger os Direitos Humanos e assegurar a prevalência de um Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, "la custión de los derechos humanos está unida, histórica y conceptualmente, a la custión de la democracia" (TORTOSA, 2014, p. 33).

Prosseguindo, estima-se que, em quase 600 milhões de habitantes no planeta, 120 milhões de pessoas sobrevivem em condições de extrema pobreza, vivendo com menos de um (01) dólar por dia. Desse número, 70% são mulheres e 6,3 milhões são crianças que morrem de fome por ano e há 842 milhões de pessoas subnutridas no mundo (COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS, 2008, p. 56); e, é significante, também, o número de pessoas que morrem em decorrência de problemas de saúde que deveriam ser objeto de saúde pública.

Com isso, uma das maiores causas de violação dos Direitos Humanos é a corrupção, porquanto impede o cidadão de se livrar da miséria, perpetuando o seu sofrimento.

Ela é a responsável pelo empobrecimento da população, em especial as classes menos abastadas, uma vez que ao serem desviadas verbas públicas destinadas a garantir a efetividade dos Direitos Humanos (*v.g*. Direitos Sociais), estar-se-á negar direitos garantidos na Constituição Federal de 1988 em sintonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Um exemplo disso são os recentes casos envolvendo os desvios de verbas públicas para o combate à pandemia do novo coronavírus (COVID-19) do Brasil na aquisição de equipamentos de saúde (*v.g*. respiradores), equipamentos de proteção individual (*v.g*. máscaras e luvas) e medicamentos para tratar os doentes, o que faz com que inúmeras pessoas percam a chance de serem tratadas para sobreviverem ao vírus. Nessa realidade, assiste-se às mortes por falta de oportunidades de cuidados e tratamentos que deveriam ser garantidos pelo Estado.

Por fim, conclui-se que a corrupção é um circulo vicioso que deve ser combatido diuturnamente, pois, na grande maioria dos países (mormente os em desenvolvimento), penaliza os mais pobres e vulneráveis, uma vez que estes são os que mais precisam dos recursos do Estado (que decorrem do pagamento de impostos) para terem os seus direitos fundamentais garantidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Concepções filosóficas justificadoras dos Direitos Fundamentais.** In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. 1. ed. (2.tir). Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS. **Direitos básicos - alimentação, saúde e habitação.** Estoril: Principia, 2008.

RAMINA, Larissa L. O. **Ação internacional contra a corrupção.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

TORTOSA, José María. **El malestar en la democracia:** rasgos, actores y escenarios en la crisis. In: Los Derechos Humanos en tiempo de crisis. Serie – Estudios para la paz, 28. Fundación Seminario de Investigación para la paz. Saragoza: Mirta Editores, 2014.

DIALOGUE BETWEEN INTERNATIONAL COURTS: THE FUTURE OF JURISPRUDENCE THROUGH CROSS-FERTILIZATION

Maria Fernanda Machado Bizzo

Abstract:

The object of the present study is to explore whether in the future there'll be a uniformed comprehension of the same issue by numerous International Courts. Utilizing the dialectical method, the research aims to clarify how the institute of cross-fertilization can be used to uniformize the understanding of different International Courts on the same subject, thus leading to an *opinio juris*, a custom or even a *jus cogens* norm. Ultimately, this leads to the enhancement of human rights' protection, when States internalize such practice in their legal system.

Keywords: International Law. International Courts. Cross-fertilization. Jus Cogens.

Resumen:

El objeto de lo estudio es explorar si en el futuro habrá una uniformización del entendimiento acerca de los mismos problemas por diferentes Cortes Internacionales. Utilizando del método dialéctico, la pesquisa visa dejar claro como el instituto de *cross-fertilization* puede ser

utilizado para uniformizar el entendimiento de las Cortes en lo mismo asunto, para llegar a una *opinio juris*, costumbre o mismo a una norma de *jus cogens*. Finalmente, esto es capaz de primorear la protección a los derechos humanos, también cuando los Estados internalizan estas prácticas en su sistema de leyes.

Palabras Claves: Ley Internacional. Corte Internacional. Cross-fertilization. Jus Cogens.

INTRODUCTION:

The human rights defense system is organized through multiple regions. Nevertheless, the regional differences are put aside when it comes to the interpretation of human rights violations. This phenomenon happens when there's an *opinio juris*, which means that every opinion on a subject is converging to an equal understanding.

The establishment of an *opinio juris* can lead to the formation of a customary law (if such practice is perpetuated in time by multiple States) or even a *jus cogens* rule (imposed as hard law on every State, regardless of its consent).

As exposed, the purpose of this study is to determine how International Law can be uniform, despite the existing of multiple International Courts. The same understanding on the same matter would help improve the protection of human rights, making sure that no violation goes unpunished. Also, when the International Community shares the same point of view, more States can internalize such practices in their laws, effectively enforcing human rights under national jurisdiction.

IMPACTS OF THE DIALOGUE BETWEEN COURTS:

An *opinio juris* is the psychological element needed to form a customary law. This means that custom is only considered as such if the act is practiced throughout time and its practice is considered by the States to be legally binding. In other words, if that practice is deemed *opinio juris*. This custom is established as a source of international law, under Article 38 of the International Court of Justice Statute.

For example, in the North Sea Continental Shelf Cases (1969), the Netherlands and Denmark tried to support the existence of a custom regarding the establishment of a criteria to limit the extent of the continental shelf. Because a lot of the countries present in the North Sea area utilized this criterion, both countries believed it could be imposed as a custom and, therefore, Germany should be forced to adopt it. Nevertheless, the ICJ considered that there was no custom present in the case.

Despite existing a general practice among the years, the Court considered that the States did not find that practice as binding. Therefore, for a practice to be considered customary law, it must be present in the "psychological" of the States, so that they believe that practice has the strength of law and should be followed. In conclusion, Germany was not obliged to follow the criterion that the other parties adopted.

One way to form an *opinio juris* is by enhancing the use of *cross-fertilization*. This phenomenon is seen when international courts, whether deciding a contentious case or publishing an advisory opinion, refers to other Courts' sentences and advisory opinions. Of course, the other Courts' opinion is not binding to the Court judging the case.

For instance, when the Interamerican Court of Human Rights citates, in its numerous sentences (*e.g.*, Vélez Loor v. Panamá, 2010, §151, citating the ICJ), another decision from an International Court, it's *cross-fertilization*. However, the IACHR maintains its competence to decide differently than the ICJ has decided. Despite the other Court's decision being soft law, which means, not legally binding (MAZZUOLI, 2015, page 158), what is happening is the exchange of source and knowledge between these Tribunals.

Clearly, this instrument provides the uniformization of the understanding on the same matter in International Law. Similar to customary law, it shows how one matter can be perceived from the same point of view in different international courts. An example of this in when the ICJ ruled the Ahmadou Sadio Diallo case (Guinea Republic v. Democratic Congo Republic). The sentence referred to the interpretation given by other Courts in relation to the compensation of damages. *In verbis:*

> The Court has taken into account the practice in other international courts, tribunals and commissions (such as the International Tribunal for the Law of the Sea, the European Court of Human Rights (ECHR), the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), the Iran-United States Claims Tribunal, the Eritrea-Ethiopia Claims Commission, and the United Nations Compensation Commission), which have applied general principles governing compensation when fixing its amount, including in respect of injury resulting from unlawful detention and expulsion. (2012, §13)

The point is, by referring to each other's sentences, the international law is fixated on a certain understanding, uniformizing its application for all individuals, regardless the place or region that the Court is stated. This is very useful, especially when dealing with human rights violations. Therefore, with *cross fertilization,* a legitimate solution can be guaranteed amongst all regions in the world. With this, international law can become truly international, as the global community shares a line of thought.

Moreover, an important part of this phenomenon is the fact that States should adequate their internal law in accordance with the international *opinio juris*. An example of this is portrayed under Article 2 of the American Convention on Human Rights (1969), which states the legal obligation of countries to incorporate the Convention's rights in its internal law. Among the years, such practice can be truly enforced in both national and international jurisdictions. Therefore, no human rights violation shall go unpunished for lack of prevision.

The most important aspect of the establishing of an *opinio juris* is the formation of *jus cogens* – a norm that cannot be disrespected, nor by a State or a Court. In fact, *jus cogens* is a rule that cannot be overruled by any other law, unless it also has the nature of *jus cogens*. Under Article 53 of the 1969 Vienna Convention, any treaty that violates *jus cogens* is automatically null. This represents the strength that comes from the international *opinio juris*, fixated along the years; this is a rule that was forged in time, having the same understanding in many States, Courts, treaties and International Organizations.

CONCLUDING REMARKS:

The *opinio juris* can be achieved by Courts referring to other Courts' decisions (cross-fertilization), as explained above; or by the States themselves, by recognizing the existence of a customary law; and, at last, this will culminate in the existence of more *jus cogens* rules, that are binding to any State whatsoever.

The uniformization of the understanding regarding some issues would bring lots of advantages, such as: (i) less States would submit issues before the Courts, because there would be an opinion already formalized about it; (ii) the States, knowing that such practice is forbidden in international law, would adapt their own internal law to fit accordingly; and (iii) a certain type of codification of the International Law would be provided and consequently become more accessible to all.

In conclusion, the use of *cross-fertilization* eventually leads to the formation of an *opinio juris*. Moreover, the *opinio juris* leads to the arise of a *jus cogens* norm, which is binding on all States. Therefore, these institutes can enforce the protection of human rights, by turning soft law (such as advisory opinions) into hard law (such as jus cogens and customary law), thus making sure every human rights defense system continues being effective and every violation is accounted for, regardless of the region.

REFERENCES:

INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Vélez Loor v. Panamá.** 2010. Available at: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_ing.pdf>. Accessed on 04/07/2020.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case concerning Ahmadou Sadio Diallo.** 2012. Available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20120619-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on 04/07/2020.

_____. **Statute of the International Court of Justice.** 1946. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Accessed on 04/07/2020.

_____. **North Sea Continental Shelf Cases.** 1969. Available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>. Accessed on 30/06/2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 9ª ed: rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **American Convention on Human Rights.** 1969. Available at: <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>. Accessed on 02/07/2020.

UNITED NATIONS. **Vienna Convention on the Law of Treaties.** 1969. Available at: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf>. Accessed on 01/07/2020.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE A CORTE E A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Henrique Alencar Cosmo dos Santos

1. INTRODUÇÃO: OBJETIVOS E TÉCNICA METODOLÓGICA

O tema deste trabalho procura trazer um parâmetro dos Sistemas Global e Regionais de Proteção dos Direitos Humanos e uma síntese do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

A análise da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos apresentará valiosa visão jurisprudencial sob a ótica do Direito Internacional, Constitucional e Penal e as interseccionalidades que objetivam a proteção dos Fundamentais Direitos Humanos nas últimas décadas.

Existe algum empenho normativo na busca pela proteção dos Direitos Humanos básicos? O combate a violações dos Direitos Humanos é novidade no ordenamento jurídico internacional?

A forma de abordagem e produção desta obra se dá pela análise bibliográfica de obras e literárias e artigos além da pesquisa documental em legislação nacional e, principalmente, legislação internacional.

Este trabalho se propõe a trazer uma breve visão do Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos além de dissertar sobre um parâmetro conceitual na análise das ações efetivas de entes supranacionais na operacionalização de procedimentos de combate a violações aos Direitos Humanos.

2. DISCUSSÃO

2.1. OS SISTEMAS GLOBAL E REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos são protegidos tanto em âmbito nacional quanto internacional. No âmbito internacional temos leis que se aplicam em diferentes níveis: o Sistema Global, no qual a Organização das Nações Unidas figura como ator principal e os três Sistemas Regionais, sendo eles o Africano, o Europeu e o Interamericano. Caso haja violações dos Direitos Humanos que venham a não serem tratadas e de maneira eficiente em âmbito doméstico entra em ação o sistema Internacional.

> Os três sistemas regionais de direitos humanos fazem parte de sistemas de integração regional com uma atribuição bem mais ampla do que apenas a dos direitos humanos - no caso da **África a organização atriz é a União Africana (UA) nas Américas é a Organização dos Estados Americanos (OEA) e na Europa é o Conselho da Europa (CE).** (African Human Rights Law Journal, 2005, p. 308) *(tradução autoral, grifos dados)*

Os sistemas regionais de proteção gozam de certa vantagem em relação aos sistemas globais em sua busca pelo cumprimento da missão de proteção dos Direitos Humanos.

2.2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A Organização dos Estados Americanos (OEA), é o mais antigo dos organismos regionais do mundo e remonta do final do século XIX

com a criação da então União Internacional das Repúblicas Americanas que deu início a construção daquele que ficou conhecido como Sistema Interamericano, o mais antigo Sistema Internacional Institucional. Quando em Bogotá, Colômbia, no ano de 1948, a assinatura da Carta da OEA, que entrou em vigor em dezembro de 1951 e foi o marco fundador da Organização dos Estados Americanos. A artigo 2 da Carta fundadora traz os propósitos expressos da OEA e com conceitos e missões de um Sistema Regional dos Direitos Humanos:

> Artigo 2 - Para realizar os princípios em que se baseia e para cumprir com suas obrigações regionais, de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos estabelece como propósitos essenciais os seguintes:
>
> a) Garantir a paz e a segurança continentais;
>
> b) Promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção;
>
> c) Prevenir as possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica das controvérsias que surjam entre seus membros;
>
> d) Organizar a ação solidária destes em caso de agressão;
>
> e) Procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os Estados membros;
>
> f) Promover, por meio da ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural;
>
> g) Erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério; e
>
> h) Alcançar uma efetiva limitação de armamentos convencionais que permita dedicar a maior soma de recursos ao desenvolvimento econômico-social dos Estados membros. (CARTA DA OEA, 1959)

Os tratados que compõem o Sistema Interamericano implementam certas normas, principalmente no que tange a direitos individuais e também estipulam direitos e deveres dos povos que tem validade nos estados que adotaram o sistema e criam uma rede de monitoramento para assegurar o cumprimento dessas disposições. A Carta da OEA teve 35 ratificações e em 1969 a Convenção Americana dos Direitos Humanos teve 24 ratificações onde 21 dos Estados aceitaram a jurisdição compulsória da Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

Alguns dos protocolos adicionais que compõem o sistema regional Interamericano de proteção dos direitos humanos são: Convenção Interamericana de Prevenção e Punição da Tortura com 16 ratificações; o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com 13 ratificações; o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos para a Abolição da Pena de Morte com 8 ratificações; a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas com 10 ratificações; a Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher com 31 ratificações e a Convenção Interamericana sobre a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência com 15 ratificações.

Dentro da estrutura do Sistema Interamericano de Direitos Humanos da OEA está a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH), órgão autônomo o principal encarregado pela proteção dos Direitos Humanos nas Américas. A Comissão está prevista na Carta da OEA e foi criada em 1959.

> Artigo 106 - Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria. (CARTA DA OEA, 1959)

Exatamente 20 anos depois, em outubro de 1979, em La Paz, Bolívia, foi estabelecida a Corte Interamericana dos Direitos Humanos (Corte IDH). Ambas, Corte IDH e a CIDH são instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). A Corte IDH tem suas competências previstas no seu Estatuto aprovado pela Resolução AG/RES. 448 (IX-O/79) que versa em seu artigo 2:

> Artigo 2. Competência e funções_- A Corte exerce função jurisdicional e consultiva. 1. Sua função jurisdicional se rege pelas disposições dos artigos 61, 62 e 63 da Convenção. 2. Sua função consultiva se rege pelas disposições do artigo 64 da Convenção. (ESTATUTO DA CORTE, 1979)

A partir de 1965 a CIDH foi autorizada a receber e processar petições e denúncias individuais sobre alegadas violações dos Direitos Humanos. Desde então dezenas de milhares de casos foram processados e resultaram em também uma infinidade de informes finais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se dividir em regiões, os sistemas conseguem ser mais incisivos na defesa de demandas comuns aos estados geograficamente próximos e tal proximidade influencia reciprocamente os comportamentos e assegura a concordância com padrões comuns, característica intangível no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos. De igual modo, deve-se sempre prezar pela universalidade dos Direitos Humanos, mas a possibilidade de se flexibilizar a implementação de mecanismos de cumprimento que se harmoniza melhor com condições locais é mais um ponto de vantagem observado nos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos.

Mesmo com tal cenário delineado trazendo a competência relativamente recente para a Corte, em vários casos, essa competência padece de ataques e ameaças de um possível não reconhecimento das ações e diligências da Comissão e da Corte:

> A possibilidade de um Estado soberano ser processado e julgado perante um órgão internacional com poderes jurisdicionais

> é recente na história do direito, pois foi apenas com o surgimento das Nações Unidas, no ano de 1945, que a comunidade internacional passou a organizar cortes ou tribunais internacionais com competência para condenar um Estado por violação a uma norma internacional. (CALVES, 2017, p.54)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos geralmente enfrenta essa objeção jurisdicional. Com isso ela procede a avaliação de uma questão preliminar para saber se o estado que é parte do processo aceitou, ou seja, ratificou que fosse julgado pelo Tribunal Internacional. Após essa resposta é que o mérito passa a ser examinado.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALVES, João Paulo. Direito Humano de Assistência Consular do Estrangeiro Preso: Uma Análise da Jurisprudência Internacional e seus impactos no Direito Brasileiro. **Universidade Federal de Mato Grosso do Sul- Programa de Mestrado em Direito**, Campo Grande, p.54, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, outubro de 1979. **Assembleia Geral da OEA**, La Paz, Bolívia.

ECO, Umberto, 1932, Como se faz uma tese; tradução Gilson Cesar Cardozo de Souza. – São Paulo, **Perspectiva**, 2012. 24 ed.

HEYNS, Christof; PADILHA, David; ZWAAK, Leo, A schematic comparison of regional human rights system: An update, 2005. **African Human Rights Law Journal**, p.308. Cape Town, South Africa.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Carta da Organização dos Estados Americanos (A-41), 1948. **Departamento de Direito Internacional – Secretaria de Assuntos Jurídicos**, Bogotá, Colômbia.

MEDIAÇÃO NAS FRONTEIRAS: A EXPERIÊNCIA DOS ASHANINKA DO RIO AMÔNIA NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS TERRITORIAIS NO SERINGAL MISSISSIPI, NO ALTO JURUÁ ACREANO

Charles Borges Rossi
Maria Beatriz Uchoa de Brito

INTRODUÇÃO

A ocupação da Amazônia foi baseada na contínua incorporação de terra e de recursos naturais percebidos como infinitos pelos migrantes em busca de riquezas (Becker, 2018), promovendo conflitos sociais e um ambiente de elevada insegurança jurídica (Martins, 1997). Atualmente concentra-se nesta região do país a maior parte dos conflitos fundiários registrados (CPT, 2019), nos quais estão envolvidos grupos de origens diversas: povos indígenas, quilombolas, comunidades extrativistas, migrantes sulistas, garimpeiros, posseiros, dentre outros.

Em situações de fronteiras como as que caracterizam os seringais da região do Alto Juruá acreano, a indefinição sobre os limites territoriais e seus direitos de uso e ocupação culmina em conflitos envolvendo desmatamentos e queimadas associadas à grilagem de terras, a exploração ilegal de madeira, a caça ilegal, dentre outros problemas sociais. Entende-se por "fronteiras" neste contexto aquela que se ca-

racteriza pelo predomínio de "relações sociais e políticas marcadas pelo movimento de expansão populacional sobre terras percebidas como mal ou insuficientemente ocupadas" (Martins, 1997, p. 147), realidade presente na região em que este estudo foca.

Neste contexto, este trabalho tem por objetivo analisar especificamente o significado que se pode atribuir à noção aqui cunhada de "mediação nas fronteiras" a partir da experiência concreta de implementação do projeto denominado "Pacificação de conflitos territoriais por meio da construção coletiva de aviário de galinhas caipiras em colaboração entre indígenas Ashaninka e comunidades ribeirinhas", executado no primeiro semestre de 2020 pela Associação Comunitária dos Jovens Guerreiros Guardiões da Floresta com assessoria técnica do Instituto Fronteiras e financiamento do Fundo Socioambiental Casa, com objetivo de explorar as suas implicações para a efetivação do direito ao território do Povo Indígena Ashaninka do Rio Amônia.

DESENVOLVIMENTO DOS ARGUMENTOS

Localizado no meio da Floresta Amazônica, em meio a um mosaico de terras indígenas, reservas extrativistas e parques nacionais nas proximidades da fronteira entre o Brasil e o Peru, o Seringal Mississipe ocupa uma área de pouco mais de 4mil hectares às margens do encontro do Rio Juruá com o Rio Amônia, do lado oposto à área urbana do município de Marechal Thaumaturgo/AC. Historicamente ocupado por indígenas expulsos por seringueiros no início dos 1900 e posteriormente pontuado por posseiros ribeirinhos que habitam seus terrenos marginais, este território passou a ser parcialmente dominado por indígenas Ashaninka que ali sediaram dois de seus principais projetos socioambientais: a Yorenka Ãtame (Conhecimento da Floresta) e a Yorenka Tasorentsi (Conhecimento do Sagrado).

O seu processo de ocupação, deste modo, originou-se da sobreposição de um fluxo migratório de seringueiros, caçadores e madeireiros sobre terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas a partir do início do século XX, atenuada nos últimos anos pelo crescente

domínio territorial protagonizado pelos indígenas Ashaninka do Rio Amônia simbolizado por três conquistas recentes: a consolidação da Aliança dos Povos da Floresta que representou a pacificação dos conflitos envolvendo indígenas e outras populações extrativistas na região (Pimenta, 2007), a vitória no âmbito do STF em demanda antiga contra madeireiros (BRASIL, 2020) e a aquisição de terras do Seringal Mississipe para fins de proteção, preservação e reparação do meio ambiente em benefício de toda a coletividade.

A situação que justificou a colaboração entre os indígenas e a sociedade civil na elaboração e implementação do projeto de construção comunitária de um viveiro para a criação de galinhas caipiras constitui exemplo de um conhecimento comunitário na solução de conflitos territoriais por autocomposição que denominaremos neste contexto de "mediação nas fronteiras". Trata-se de uma situação pouco estudada na literatura sobre desenho de mecanismos de solução de controvérsias fundada na experiência protagonizada por indígenas Ashaninka na construção de alianças para fins de efetivação dos seus direitos territoriais aptos à preservação das florestas do entorno do seu território com a garantia da autonomia nutricional sustentável das suas populações.

Dadas as limitações impostas pelas regras da linguagem resumida, escrita, formal e linear da nossa ciência, o relato desta experiência será dramaticamente simplificado, focando exclusivamente na última entre as diversas "fronteiras" aqui listadas e dramaticamente vivenciadas pelos que habitam este território, a saber: entre o humano e o não-humano; a cidade e a floresta; a civilização e a barbárie; o nacional e o internacional; a troca com dinheiro e o escambo; o branco e o indígena; as instituições e a desobediência civil; o território que é meu e o território que é do outro.

Trata-se, deste modo, de relatar um modo concebido pelas comunidades que habitam o Seringal Mississipe de resolver conflitos de limites entre o território de cada unidade familiar por meio da construção compartilhada de um equipamento coletivamente gerido para a oferta de proteína animal em busca da garantia da sua autonomia nutricional em tempos de pandemia da COVID-19 diminuindo a necessidade de

incursões de indivíduos na mata para caçar e explorar predatoriamente os recursos naturais nesta região de floresta.

Nesta experiência, fincada nas supracitadas alianças com não-indígenas para a preservação da floresta, buscou-se integrar indígenas Ashaninka e as famílias ribeirinhas ocupantes dos terrenos marginais do seringal com o propósito comum de viabilizar uma nova alternativa sustentável para o acesso autônomo à alimentação de qualidade para seus beneficiários, em especial de ovos e de carne de frango orgânico, através da implementação coletiva de um aviário, reduzindo a dependência de compras externas e aumentando o compromisso comunitário com a proteção dos territórios contra invasões, caçadas ilegais e desmatamentos na região.

Iniciado na primeira metade de 2020 em plena crise pandêmica, a construção coletiva de um aviário foi liderada pela Associação de Jovens Guerreiros Guardiões da Floresta com apoio técnico do Instituto Fronteiras na definição de sua localização, na instrumentalização do conhecimento técnico baseado nas cartilhas da EMBRAPA Suínos e Aves, nas atividades coletivas de sua construção e nas negociações dos destinos da sua produção.

As atividades realizadas geraram maior esperança na capacidade da própria comunidade de viabilizar o acesso regular e permanente de ovos e de carne de frango às comunidades do entorno, permitindo ainda a formação de novas parcerias entre instituições da sociedade civil em benefício de indígenas e de populações tradicionais. Contribuíram ainda para facilitar um processo sustentado de cogestão adaptativa dos recursos naturais da região diminuindo a dependência da caça e das atividades extrativistas, amenizando os conflitos territoriais na região.

CONCLUSÃO

Com base no relato de experiência aqui resumido, conclui-se ser de grande utilidade a delimitação da noção de mediação nas fronteiras de conflitos territoriais visando à incorporação de novos aprendizados de estratégias de pacificação de conflitos desta natureza na Amazônia que estejam contextualizadas à realidade local. Marcada pelo quadro atual de disseminação do vírus transmissor da COVID-19 sobreposto

ao contexto local de disputas políticas e territoriais vivenciadas pelos Ashaninka ao longo dos anos, tornou-se inadiável a viabilização de alternativas com o propósito de reduzir a dependência das suas comunidades de compras de alimentos das cidades. Contribuindo para viabilizar um cenário de estabilidade social e de cooperação entre indígenas e não-indígenas, esta iniciativa representa uma alternativa de solução multifacetada que garante ao mesmo tempo a oferta autônoma de alimento orgânico/sustentável e a articulação de parcerias entre comunidades em prol de objetivos compartilhados, diretamente impactando as vidas de 15 famílias.

Indígenas desta região aprenderam e nos ensinam que a convivência com o "outro" nos espaços de fronteiras revela conflitos e soluções capazes de garantir o reconhecimento e a valorização da diversidade e da alteridade em situações mais abrangentes do que estes delimitam. Isto porque os enfrentamentos e antagonismos nesses espaços definidos pela presença do "outro", muitas vezes na forma de lutas e guerras, também geram modos possíveis para sua mediação, oferecendo soluções para conflitos territoriais, para a conquista e efetivação de direitos e para a gestão sustentável e inclusiva do território. O projeto aqui relatado exemplifica uma solução possível para um contexto social marcado pela fluidez de fronteiras entre as quais intensos movimentos e trocas ocorrem, fazendo daqueles que nelas vivem artífices de modos próprios de autocomposição para solucionar conflitos e construir soluções compartilhadas.

REFERÊNCIAS

BECKER, B. **A urbe amazônida**. [s.l.] Editora Garamond, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 654833.** Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020. Disponível em: *http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15119382* Acesso em: 12 jul. 2020.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA – CPT. **Conflitos no Campo Brasil 2018**. Goiânia: CPT Nacional Brasil, 2019. Dis-

ponível em: <*https://www.cptnacional.org.br/component/jdownloads/send/41-conflitos-no-campo-brasilpublicacao/14154-conflitos-no-campo-brasil-2018*. Acesso em: 02 jul. 2020.

MARTINS, J. DE S. **Fronteira: a degradação do outro nos confins do humano**. São Paulo: Hucitec, 1997.

PIMENTA, J. Indigenismo e ambientalismo na Amazônia ocidental: a propósito dos Ashaninka do Rio Amônia. **Revista de Antropologia**, p. 633–681, 2007.

SOUZA, Gisele Elaine de Araújo Batista. Reserva Extrativista Chico Mendes - AC: os desafios de gestão (com)partilhada. Viçosa: DER/UFV, 2010. 218p. (Dissertação de mestrado em Extensão Rural).

CLÁUSULA ARB-MED: A ARBITRAGEM E A MEDIAÇÃO ASSOCIADAS

Barbara Lucia Tiradentes de Souza

RESUMO:

O presente trabalho visa realizar breve análise acerca da possibilidade da utilização da Mediação no dentro do procedimento arbitral, a cláusula Arb-Med. Nesta seara buscou-se apresentar aspectos da mediação e seu reflexo nas partes envolvidas no conflito central diante da possibilidade da utilização de suas técnicas. Deste modo, este trabalho não pretende esgotar o tema, mas apresentar a questão como uma via fértil à resolução adequada de conflitos.

ABSTRACT:

The main point of this writing is to present an analysis of arbitration in Brazil and the use of mediation as a proper tool along the arbitral procedure. This way was searched for presenting the mediation aspects and how they can reflect to the main conflict envolved people. Otherwise, this writing doesn't intend to exhaust the subject, only to present arguments as a proper conflict resolution way.

PALAVRAS-CHAVE:
Arbitragem; Mediação; Cláusula Arb-Med.

KEYWORDS:
Arbitration; Mediation; Arb-Med Clause.

1. Introdução

O presente trabalho possui como objetivo geral realizar uma análise da utilização da Mediação como uma ferramenta útil ao longo do procedimento arbitral. Nesta seara buscou-se como objetivo específico apresentar a mediação e o impacto de sua utilização nas partes envolvidas no conflito central submetido à arbitragem, de forma a restabelecer a comunicação entre os envolvidos e tornar o procedimento menos desgastante e mais produtivo.

O recorte metodológico utilizado é o temático descritivo, onde buscou-se utilizar a metodologia descritiva-prescritiva, por meio da qual foi feita uma analise da utilização da Mediação no procedimento arbitral e prescreveu-se como sustentáculo à satisfação dos envolvidos a utilização da mediação dentro do procedimento arbitral de modo a solucionar o conflito por heterocomposição ou autocomposição, porém com vistas ao restabelecimento da comunicação entre os envolvidos, bem como uma maior satisfação com o deslinde da questão, propiciando uma Arbitragem mais leve e melhor sucedida.

O marco teórico utilizado foi o artigo Alternative Dispute Resolution in Brazil, de Daniel Brantes Ferreira, veiculado no Vol. 28, No. 1 - Canadian Arbitration And Mediation Journal, o livro Mediação e Arbitragem, de Roberto Portugal Bacellar, as Leis de Arbitragem e de Mediação e demais legislação corrente.

2. Mediação como ferramenta de restabelecimento de comunicação ao longo do procedimento arbitral

A mediação de conflitos é uma técnica que visa, por meio de um terceiro facilitador sem poder decisório, que utiliza ferramentas de escuta ativa, comunicação empática e assertiva, negociação, programação neuro-linguística, dentre outras, estabelecer ou reestabelecer o diálogo entre as pessoas envolvidas num conflito e, como consequência, viabilizar que as próprias pessoas envolvidas, possam entender e solucionar

aquele conflito existente entre elas de maneira a melhor atender os interesses, as necessidades e preservar os sentimentos de ambos, proporcionando a possibilidade de satisfação duradoura e não somente pontual.

O Código Processual Civil, artigo 139, inciso V, orienta que o juiz poderá promover a autocomposição com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais ao longo do processo, utilizando, para frisar a temporalidade, a expressão "a qualquer tempo".

A Lei de Mediação nº 13140/2015 regulamentou a aplicação de métodos autocompositivos de solução de conflitos, sendo a conciliação e a mediação seus principais modelos, nos quais os envolvidos, de comum acordo, podem buscar uma melhor solução para aquele conflito existente.

A mediação pode ser estabelecia em contrato mediante estipulação de cláusula compromissória. Assim como na previsão contratual de cláusula arbitral, a mediação pode ser estabelecida isoladamente – por cláusula de mediação, previamente à instauração da Arbitragem – por cláusula med-arb, ou, como aqui sugerido, ao longo do procedimento arbitral – por cláusula arb-med.

A utilização da Mediação ao longo do procedimento arbitral pode apresentar reflexos positivos nas partes envolvidas no conflito central submetido à Arbitragem. Tais reflexos podem atuar de tal forma a restabelecer a comunicação entre os envolvidos e tornar o procedimento mais leve, mais produtivo e menos desgastante.

Na mediação, o mediador pode ouvir individualmente ou conjuntamente as partes, utilizando-se de ferramentas de comunicação e aplicação de técnicas, em busca dos pontos em comum alegados por eles, buscando, entender o conflito e investir no poder decisório das partes para solucionar questões antagônicas, de modo prospectivo.

O objetivo, nestes casos, não seria tão somente resolver a lide, e sim, resolver a chamada lide sociológica, o problema interpessoal que se forma por fora do processo e, que se avolumam entre as pessoas envolvidas no processo.

3. A Mediação em Números na Justiça Comum

A utilização da mediação endoprocessual já é uma prática obrigatória no processo judicial.

Para traçar uma analogia, é possível trazer como recorte amostral os dados de uma Unidade Judicial, no período compreendido entre 01 de janeiro de 2018 e 31 de dezembro de 2018.

Neste período foram distribuídas 1252 (mil duzentas e cinquenta e duas) novas ações de conhecimento e realizadas 563 (quinhentas e sessenta e três) audiências de mediação endoprocessuais, ou seja, ao longo do processo. Destas, 376 (trezentas e setenta e seis) audiências resultaram em autocomposição, o equivalente a 66,8% (sessenta e seis vírgula oito por cento) de acordos realizados por intermédio de aplicação de técnicas de mediação.

Nestes processos os acordos foram reduzidos a termo e homologados por sentença judicial homologatória.

4. O Panorama da Arbitragem

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre Arbitragem, trouxe a regulamentação para a utilização da arbitragem consoante dispõe seu artigo 1º, como um meio para "dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" por "pessoas capazes para contratar".

Scavone Jr. (2018), em seu Manual de Arbitragem, apresenta a perspectiva pacificadora autônoma do instituto quando redige:

> "A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, acabou com a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral e equiparou o árbitro ao juiz togado no desempenho da arbitragem (art. 18), esclarecendo que a sua decisão é sentença e, como tal, constitui título executivo judicial (CPC, art. 515, VII), fazendo coisa julgada material ao decidir o mérito do conflito.
>
> Eis o dispositivo da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): "Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário".

O Código de Processo Civil de 2015, no mesmo sentido, trouxe em suas linhas a previsão da instauração da Arbitragem como uma es-

pécie do gênero jurisdição, quando no artigo 3ª, diz que "não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, trazendo já no parágrafo 1º que "é permitida a arbitragem, na forma da lei".

Assim, a associação entre a Arbitragem e a Mediação, já podem ser notadas no bojo de legislações que regulam a arbitragem, tais como a citada Lei n. 9.307, de 23.09.1996, em seu artigo 28, que apresenta a possibilidade de ter acordo homologado por sentença arbitral e a Lei n. 13140, de 26.06.2015, no artigo 16, que dispõe que "ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio".

5. Conclusão

O presente trabalho demonstrou a possibilidade de ambos os institutos, Arbitragem e Mediação, enlaçarem-se e, comparativamente ao modelo adotado pela Justiça Comum, adotar em suas cláusulas contratuais a previsão da cláusula Arb-Med. Neste método, busca-se validar os sentimentos e as características individuais de cada um dos envolvidos naquele conflito, fazendo-os perceber que são seres humanos e como tais são respeitados.

Com a utilização do procedimento heterocompositivo combinado com o autocompositivo é possivel restabelecer a comunicação entre os envolvidos e tornar o procedimento mais produtivo e menos desgastante.

Os envolvidos são as pessoas que realmente sabem o que houve e o porquê daquele confronto. Por meio da atuação mediadora, o conflito se transforma, abrindo perspectivas para as partes envolvidas, que alteram o seu olhar sobre a lide, possibilitando assim, a pacificação social.

Referências:

BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*: Mediação, Conciliação e Tribunal Multiportas. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FERREIRA, Daniel Brantes. Alternative Dispute Resolution in Brazil. In: Canadian Arbitration and Mediation Journal. Vol 28. Nº 1.

LEMES, Selma Ferreira. Cláusula Escalonada ou Combinada: Mediação, Conciliação e Arbitragem. In: http://selmalemes.adv.br/artigos/Cl%C3%A1usula%20Escalonada%20ou%20Combinada%20-%20Media%C3%A7%C3%A3o,%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20e%20Arbitragem.pdf. Acessado em 18/11/2019.

MAIA, Marina Leal Galvão. As cláusulas escalonadas med-arb no ordenamento jurídico brasileiro. In: https://www.jota.info/?s=as+cl%c3%a1usulas+escalonadas+med-arb+no+ordenamento+jur%c3%addico+brasileiro. Acessado em 15/11/2019.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral: Teoria e Prática*. Curitiba: Juruá Editora, 4ª Ed., 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 8ª edição, 2018.

JUSTIÇA NEGOCIADA, IMPREVISÃO DOS CONTRATOS E ARBITRAGEM NA PANDEMIA

Omar José Amazonas Ferreira

ÁREAS TEMÁTICAS – Solução de Conflitos

Palavras Chave: justiça negociada; pandemia; imprevisão dos contratos; arbitragem.

RESUMO

O presente trabalho, através de análises de casos e revisão bibliográfica, busca compreender e propor solução para o problema dos instrumentos de justiça negociada em um mundo assolado por uma pandemia imprevisível que afetou os contratos vigentes de forma inesperada. O TCC (Termo de Compromisso de Cessação de Prática) constitui instrumento de justiça negociada que auxilia a autoridade antitruste no desmantelamento de cartéis e na cessação da prática de outros crimes contra a ordem econômica que se instalam no mercado brasileiro. Este instrumento, apesar do carácter administrativo, pode ser entendido como contrato atípico, onde existem relação de interesse das partes. Nesse contexto, a arbitragem configura uma opção eficaz na nova resolução do TCC.

INTRODUÇÃO

No Brasil existem empresas de todos os tamanhos. Para o bom funcionamento do mercado, existe legislação específica e o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) órgão administrativo que tem legitimidade para aplicar as leis relativas ao assunto, que utilizando-se de instrumentos de justiça negociada, como o TCC (Termo de Compromissos de Cessação de Prática), tenta manter a ordem econômica e a concorrência do mercado.

O CADE se utiliza do TCC (Termo de Compromissos de Cessação de Prática), instrumento no qual a própria empresa, após ser denunciada ou questionada, negocia os termos da cessação de sua conduta por livre e espontânea vontade. Neste caso, sem reconhecer qualquer ilícito seu ou de outro.

É importante destacar que tal instrumento se caracteriza como acordo, no qual acusação e defesa fazem uma composição por meio de cláusulas que estabelecem direitos e deveres. Observa-se instituto que pressupõem manifestação de livre vontade para criação de obrigações e assunção recíproca de deveres, situando-se, indiscutivelmente, no campo dos negócios jurídicos, tal qual um contrato atípico ou previsto em legislação extravagante.

Trata-se, portanto, de instituto com caráter de direito civil, produzindo efeitos e sujeitando-se a toda normativa dos negócios jurídicos, desde os seus elementos até as consequências de seus eventuais vícios.

O que ocorre em um momento de pandemia é que os contratos anteriormente celebrados podem ser revistos. Nesses casos, de acordo com os artigos 393 e 478 do Código Civil, pode-se observar a teoria da imprevisão dos contratos, com o caso fortuito ou força maior e a onerosidade excessiva. Um exemplo é o cartel de crise propostos pelas companhias aéreas, neste caso na tentativa de uma fusão de TCC e ato de concentração.

O CADE, embora entidade de natureza pública, pode delegar decisões de natureza contratual, principalmente quando envolver situações que podem ser resolvidas no âmbito empresarial, como já ocorreu no caso da Bovespa(B3) X Cetip em ato de concentração que são fu-

sões de duas ou mais empresas anteriormente independentes; aquisições de controle ou de partes de uma ou mais empresas por outras; as incorporações de uma ou mais empresas por outras; ou, ainda, celebração de contrato associativo, consórcio ou joint venture entre duas ou mais empresas.

Nesse contexto, a arbitragem como instrumento particular do processo civil surge como possível solução do problema, com a designação de instituições e pessoas notoriamente capacitadas para a tomada de decisões empresariais.

OBJETIVOS

Em âmbito geral, a pesquisa busca estudar casos de justiça negociada, nos quais empresas buscam negociar com base na imprevisão dos contratos, e trazem a arbitragem como uma das soluções.

No âmbito específico, estudar os instrumentos da própria arbitragem que podem ser usados, como, por exemplo, a cláusula compromissória, que pode ser cheia ou vazia. Que vão dar resolução as divergências contratuais, que foram provenientes da pandemia de COVID-19.

ABORDAGEM TEÓRICA

Processos que geraram TCC foram observados, sendo eles 08700.002600/2014-30 (referente a desinvestimento na área de gás natural) e 08700.006955/2018-22 (referente a desinvestimento na área de refino) assim como o Ato de Concentração, sendo ele 08700.004860/2016-11 (referente a arbitragem entre a Bovespa e Cetip). Assim como revisão bibliográfica em livros, artigos e outras fontes ligadas ao assunto tratado, como Direito Empresarial Esquematizado (RAMOS,2016), Manual dos acordos de leniência no Brasil (ATHAYDE,2017) e Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem (BASTOS,2015). Consequências da pandemia criada pelo COVID-19 nas obrigações e nos contratos - Uma visão pelo ângulo do Direito Civil (MATHIAS,2020).

O que deve ser analisado com mais profundidade é avaliar e compor o TCC quando a imprevisão dos contratos se encontra verdadeiramente no foco, já que o mundo passa por uma pandemia. Para desenvolver tal entendimento, analisa-se TCC com seus respectivos acordos comerciais e seus reais impactos na economia de mercado e, como serão motivados em função da nova realidade, e como o instrumento de arbitragem pode ajudar a resolver este processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem, como instrumento particular do processo civil, configura uma opção eficaz para revisão do TCC.

Embora o CADE seja o órgão com legitimidade para a função e com pessoas capacitadas para a defesa da economia, pode dentro da sua discricionariedade transformar o TCC e trazer para a relação contratual a parte reclamante. Transformando assim o instrumento em contrato.

Sendo assim, árbitros e instituições de arbitragem são indicados para proferir decisões a serem aplicadas no livre mercado, pós pandemia. No qual será preciso uma nova visão sobre o contrato em seu fim social, quando este também deve ser observado para a boa saúde da economia.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda. Manual dos acordos de leniência no Brasil.1.ed. Belo Horizonte: Fórum,2017.

BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de

incidência de questões concorrenciais em arbitragem, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. 7.ed. Salvador: JusPodivm,2019.

CADE. Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE. CADE,2019. Disponível em: www.cade.gov.br . Acesso em:(20/03/2020).

MATHIAS,Guilherme.Consequências da pandemia criada pelo COVID-19 nas obrigações e nos contratos - Uma visão pelo ângulo do Direito Civil

MATTOS, César. O acordo de leniência Janot/Irmãos Batista: O crime compensou?. Brasil, economia e governo, 2017. Disponível em:(http://www.brasil-economia-governo.org.br/2017/08/10/o-acordo-de-leniencia-janot-irmaos-batista-o-crime-compensou/) Acesso em: (20/03/2020).

MERHY, Diego Macedo. Distinção entre concorrência desleal e ato de infração à ordem econômica. Fernandes, sociedade de advogados, 2018.Disponível em: (https://nfernandes.com.br/distincao-entre-concorrencia-desleal-e-ato-de-infracao-a-ordem-economica/). Acesso em: (20/03/2020).

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado.6.ed.São Paulo: Método, 2016.

RIBEIRO, Edson. A Natureza Jurídica da delação premiada e suas consequências. Conjur,2019. Disponível em::(https://www.conjur.com.br/2019-out-28/edson-ribeiro-natureza-juridica-delacao-consequencias). Acesso em: (20/03/2020).

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Novos desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós - constituição de 1988: os maxiprocessos como instrumentos de lawfare político.1.ed. Belo Horizonte: D´Plácido,2018. 61-71.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes. Colaboração premiada no processo penal.1.ed. São Paulo: Revista os Tribunais, 2017.08-36.

SANÇÕES ESTATAIS INTERNACIONAIS COMO MECANISMO DE CONTROLE EFETIVO E NÃO LETAL PARA A GARANTIA DE LIMITES MÍNIMOS EM DIREITOS HUMANOS

Ana Flávia Alves Pereira
Maria Fernanda Ponte Muricy

Quando surge menção às sanções estatais internacionais ("Sanções Internacionais"), remetemos a formas de imposição de penalidades e correções sobre práticas não desejáveis, muitas vezes em tratados bilaterais estatais e negociações da Organização das Nações Unidas ("ONU"). Todavia, a utilização das Sanções Estatais é noção mais ampla, podendo a ameaça de sua imposição configurar tática de negociação e por diversas vezes mecanismo de controle mais eficaz que ameaça de conflito armado.

No direito internacional a prevalência do perfil costumeiro dificulta a codificação das possíveis ações e omissões dos agentes que, se contrários à norma, demandem a aplicação de sanções. Apesar desta base, o desenvolvimento do sistema internacional, caminha no sentido de estabelecer o *jus congens,* um elenco de conceitos, com têm um nível de conformidade tão alto que não são passíveis de transgressão sem que haja consequências. Vale ressaltar que, embora nesse rol de condutas dignas a imposição de Sanções Internacionais estão crimes como os

contra a paz, os de guerra e os contra a humanidade, tal categoria não pretende ser exaustiva, ou seja, pode ser expandida conforme se reconheça outras ações ou omissões que a sociedade internacional considere apta de seu regime punitivo (VALÉRIO, 2013).

A possibilidade de implementação de Sanções Internacionais pela ONU surgiu em 1920, com a Convenção da Liga das Nações ("Convenção"), que continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos. Os dispositivos provenientes dessa Convenção representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, uma vez que que a Convenção estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem as obrigações a eles impostas (PIOVESAN, 2018).

É importante salientar que com a imposição de tais obrigações mediante a Convenção, tem-se a redefinição do conceito de soberania nacional absoluta do Estado, que incorporou em seu conceito compromissos e obrigações de alcance internacional no que concerne os direitos humanos (PIOVESAN, 2018). Ademais, o conceito de sanção surge concomitantemente com a redefinição de tal conceito, visto que a sanção é a reação do direito contra a não observância de uma obrigação estabelecida em lei, de modo que, qualquer punição aplicada estará ligada a um desvio de comportamento do agente que será pressuposto para a medida adotada (VALÉRIO, 2013).

A imposição de Sanções Internacionais está prevista na Carta das Nações Unidas ("Carta"), especificamente em seus artigos 41 e 42, de acordo com a Carta, o Conselho de Segurança pode decidir as medidas que não envolvam o uso de forças armadas, tais medidas, as sanções, podem incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, de locomoção, como transportes ferroviários, e comunicação, além da possibilidade do rompimento das relações diplomáticas. Embora as Sanções Internacionais tenham sido empregadas com uma diversidade de finalidades como reverter a agressão territorial, restaurar dirigentes democraticamente eleitos, promover os direitos humanos, impedir e punir o terrorismo e promover o desarmamento, seu objetivo supremo é a recuperação do respeito e o cumprimento da lei internacional (PEREIRA, 2013). Destaca-se neste contexto a utilização das Sanções

Internacionais como método alternativo ao conflito armado, inclusive em táticas de negociação por ser forma não letal, mais pacifica, à resolução de conflitos internacionais.

As Sanções Internacionais são consideradas pela doutrina como pertencentes ao campo das soluções pacíficas de controvérsias, pois visam, como seu maior objetivo, o resguardo da paz internacional. Ainda que elas não tenham natureza propriamente pacífica, visto que são motivadas pelo uso da força coercitiva, eles representam, todavia, uma última opção estatal antes de qualquer ataque armado ou antes do emprego de alguma forma de agressividade (MAZZUOLI, 2018). Nessa conjuntura, as sanções servem também como uma alavancagem negocial (*leverage*) mais moral e ética nas negociações contemporâneas de um Século 21 que leva os direitos humanos em alta consideração.

De acordo com o Human Rights Watch, a imposição de sanções assegura que os regimes governamentais repressivos sejam penalizados pelo abuso cometido, mediante a restrição de seu acesso à assistência internacional. Destaca-se que, se o propósito da assistência internacional é promover direitos econômicos, o respeito aos direitos civis e políticos deve ser uma questão central, ou seja, as sanções não devem em hipótese alguma promover um risco aos direitos humanos. A manutenção desta relação entre assistência e direitos humanos é de principal importância, visto que embora seja obrigação das Unidas Nações de evitar cumplicidade em casos de violações de direitos humanos, de modo a investir em um aparato repressivo; é importante deter o abuso, que pode comprometer a efetividade da interrupção da oferta de suporte material aos Governos responsáveis por sérias violações de direitos humanos (HUMAN RIGHTS WATCH, 1995).

Além do mecanismo do sistema "vertical" de proteção, que integra o sistema de proteção internacional dos direitos humanos, visto que a responsabilidade de efetuar o monitoramento desses direitos é atribuída a órgãos internacionais, existe também o sistema "horizontal" de proteção desses mesmos direitos. Por instrumento do sistema "horizontal" de fiscalização, os próprios Estados podem aplicar sanções ou pressões contra determinado Estado violador. De acordo com Henry Steiner, trata-se de formas horizontais de efetivação de direi-

tos humane forma individual ou conjunta, os Estados podem oferecer pressões contra um Estado violador, sempre destituídas de força militar, ou seja, que não contam com a autorização do Conselho de Segurança da ONU (PIOVESAN, 2018).

As formas de pressão do sistema "horizontal" incluem em sua maioria boicotes e embargos, e também podem incluir condicionamentos à assistência bilateral ou multilateral, à assistência ao desenvolvimento, ou a vantagens comerciais, como por exemplo, a cláusula mais favorável a determinadas nações, em vista do dever dos Estados de cumprir normas básicas de direitos humanos. Um exemplo da sistemática horizontal de fiscalização dos direitos humanos, é o *Foreign Assistance Act*, adotado pelos Estados Unidos (PIOVESAN, 2018).

Um claro exemplo de sanção dos Estados Unidos, foi em 1951, em que houve a suspensão da ajuda americana a qualquer país que não respeitasse os embargos estadunidenses à ex-URSS e a outros países de regime comunista, da mesma forma a sua atitude, em 1960, de reduzir a importação de suco cubano depois que Cuba passou a tomar medidas restritivas contra empresas americanas instaladas em seu território. (MAZZUOLI, 2018).

Outros exemplos da aplicação de Sanções Internacionais são as aplicadas, e *"ameaçadas" ,* pelo Conselho de Segurança da ONU, contra, por exemplo, o Iran e seu programa nuclear, utilizando o intermédio da Agência Internacional de Energia Atômica ("AIEA") e sua fiscalização, para negociar condições mais favoráveis dos acordos e resoluções que tomaram parte.

BIBLIOGRAFIA

HUMAN RIGHTS WATCH. **Human Rights Watch World Report 1995: Events of 1994.** New York, 1995.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Daiane Fernandes. **O sistema de sanções da ONU e sua relação com os Direitos Humanos.** Disponível em: ht-

tps://jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/download/523/501. Acesso em: 14.7.2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18ª ed. São Paulo Saraiva, 2018.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Sanções econômicas internacionais**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

IMPERATIVO TECNOLÓGICO E SEGURANÇA INTERNACIONAL

Genival Silva Souza Filho

RESUMO

O presente texto analisa o imperativo tecnológico como a principal das forças motrizes de evolução dos Estudos de Segurança Internacional conceituadas pelos autores Barry Buzan e Lene Hansen. Busca-se assim analisar, de forma, breve os principais impactos do desenvolvimento de novas tecnologias nas relações estratégicas.

Palavras-chave: Forças motrizes. Tecnologia. Segurança internacional.

ABSTRACT

This text examines the technological imperative as the main driving force behind the evolution of International Security Studies, conceptualized by the authors Barry Buzan and Lene Hansen. Thus, we seek to briefly analyze the main impacts of the development of new technologies on strategic relationships.

Keywords: Driving forces. Technology. International security.

1. INTRODUÇÃO

Na obra denominada "*A Evolução dos Estudos de Segurança Internacional*", Barry Buzan e Lene Hansen traçam um quadro de forças mo-

trizes que argumentam a evolução dos ESI através de cinco pilares: política das grandes potências, tecnologia, eventos, detalhes acadêmicos, e institucionalização.

Mesmo sem incluir uma variável societal interna em seus estudos, ausência justificada no fato de tentarem explicar "a evolução dos ESI como uma subárea das RI" (2012, p.89), desprezando variações nacionais, os autores trazem, em poucas linhas, um dos fatores mais contundentes de sua análise: o imperativo tecnológico.

A relevância do diagnóstico dos autores, em especial no que tange à tecnologia, está na ausência de uma análise dicotômica, e no entendimento de que "a história das tecnologias militares e civis geralmente é de interação e dupla utilização" (2012, p.98).

2. INTERNET E CONTINUIDADE

A internet é talvez o mais latente caso de interação quase direta entre as esferas civil e militar. Tendo surgido como um projeto militar, integralmente voltado às questões de segurança nacional, seu desenvolvimento serviu para estabelecê-la como ferramenta de uso civil, interferindo assim na estrutura política da sociedade.

O caminho de inserção social da internet, contudo, pode mesmo ser considerado um fator natural das tecnologias. Como asseveram os autores, "depois de chegar ao mundo, a tecnologia cria pressões por si só, as quais, mais uma vez, têm impacto sobre o processo político" (2012, p.99). Isso, contudo, não aniquila o mérito militar, em especial quando se trata do exército norte-americano.

Obviamente a relação de órgãos de defesa com a ciência é diferente nos Estados Unidos, onde "o setor de defesa patrocinou não só os primeiros experimentos com LSD, como também grande parte da tecnocultura subsequente" (MOROZOV, 2018). Talvez por conta desta interação é que a internet representa hoje o mais importante fator evolutivo tecnológico da humanidade depois da revolução industrial.

Essa inseparável correlação entre internet e questões militares, atualmente se robustece com a importância das tecnologias no meio ambiente digital para se traçar programas de defesa, realizar estudos de

segurança, e desenvolver ferramentas militares assertivas e de impacto estimado, dentro de padrões quantitativos lógicos, mesmo que nem sempre legais, éticos ou morais.

3. A QUESTÃO NUCLEAR

Quando a corrida nuclear se iniciou na década de 1940, era possível cogitar que o desenrolar da disputa entre norte-americanos e soviéticos colocasse termos até mesmo às outras aplicações da ciência nuclear. Contudo, o que se observou nas décadas seguintes foi um desenvolvimento massivo da tecnologia nuclear.

Tornou-se impossível tratar a questão nuclear com determinismo, sua aplicação comercial (especialmente no setor de energia) e medicinal se tornaram extremamente necessárias ao desenvolvimento tecnológico voltado às necessidades humanas.

Por outro lado, mesmo com o Tratado de Não Proliferação (TNP), em vigor desde março de 1970, e que evitou, ao menos "até agora, a tragédia de uma guerra nuclear" (VEIGA, 2011), temos que a preocupação militar com o desenvolvimento de armas nucleares permanece uma questão de segurança nacional definitiva no cenário global.

Surpreende a aceitação que se dá quanto à hipótese de que apenas Estados Unidos, Rússia, China, França, Reino Unido, Índia, Paquistão e Coreia do Norte, mantenham programas para o desenvolvimento de armas nucleares, bem como o desdém internacional à negativa de Israel em declarar suas armas.

Por mais que a errônea suposição norte-americana para o Iraque - claramente uma justificativa vã para a prática de atos de imperialismo humanitário - possa representar cautela quanto a adoção de outras conjecturas, é certo que os Estados mais preocupados com a questão das armas nucleares, reconhecem os avanços tecnológicos do setor e trabalham com perspectivas de que outros países não declarados tenham algum poderio desta natureza.

4. CONCLUSÃO

Está claro que o desenvolvimento de novas tecnologias é determinante para os ESI, "em primeiro lugar, porque a própria tecnologia é

influenciada pelas outras forças motrizes; e, em segundo lugar, porque há agentes humanos (civis e militares, comerciais e públicos) que tomam decisões sobre quais tecnologias desenvolver" (2012, p.99).

A reflexão de Buzan e Hansen reforça a necessidade de que o imperativo tecnológico seja reconhecido não apenas como um fator evolutivo para os ESI, e consequentemente para as questões de estratégia, mas sim como a principal força motriz, tanto no que concerne à esfera científica, quanto à sua aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

BUZAN, Barry; HANSEN, Lene. **A evolução dos estudos de segurança internacional.** Trad. Flávio Lira. São Paulo: Unesp, 2012.

MOROZOV, Evgeny. **Big tech:** a ascensão dos dados e a morte da política. Trad. Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu, 2018.

VEIGA, José Eli da (Org.) **Energia nuclear:** do anátema ao diálogo. São Paulo: Senac, 2007.

O PODER SOBRE OS MORTOS: UMA HISTÓRIA ENTRE O ESTADO E O CORONAVÍRUS

Gustavo Sudo
Maria Regina Damaceno

Hodiernamente, é imprescindível um estudo interdisciplinar que englobe Direito, Economia, Política e Sociologia, a fim de evidenciar o elo entre a crise, a biopolítica e a essência do Estado moderno. Assim, por meio da metodologia qualitativa, serão analisados os aspectos históricos, bibliográficos e jurídicos da relação entre o Estado e a biopolítica. Disto, serão realizados questionamentos acerca da atuação estatal em tempos de exceção, especificamente, na atual pandemia do Covid-19. Tal abordagem se realizará através dos conceitos de Biopolítica e de Estado de Exceção em Giorgio Agambem, Carl Schmitt e Hannah Arendt.

Com efeito, foi por volta do século XV que a virada definidora da política moderna aconteceu, o advento do Estado Moderno. Com o seu nascimento, tem-se a progressão de um modelo de política diverso daquele apresentado pelos gregos. Se a condição humana definidora da política helênica era a pluralidade, a que é fundamental ao Estado Moderno é a do artificialismo. Um Estado que existe e funciona para si mesmo nascera, funcionando em torno da tensão entre seu ser e o seu dever-ser que assinala sua forma de governo, como posto por Foucault em

> O Estado é ao mesmo tempo o que existe e o que ainda não existe suficientemente. E a razão de Estado é precisamente uma prá-

> tica, ou antes, uma racionalização de uma prática que vai se situar entre um Estado apresentado como dado e um Estado apresentado como a construir e a edificar (FOUCAULT, 2008, p. 6)

Nisto, o Estado mergulha na vita ativa de seus, agora, "súditos". Não mais a política é o campo da liberdade, onde são proferidas as belas palavras e os grandes feitos, mas o campo da gestão da vida em seu sentido mais visceral. O fundamento do soberano, figura enigmática da modernidade, não vem da inclinação à imortalidade dos gregos, mas da mortalidade que os torna semelhantes. Hobbes, assim, assinalava em suas duas primeiras leis naturais, que todos hão de fazer tudo a seu alcance para a manutenção de suas próprias vidas, e que, todos, falhando no alcance pleno de proteção à vida, devem submeter o seu direito natural, sua liberdade ilimitada, a um ente capaz de fazê-lo, o soberano. Portanto, é o pulso do cidadão que justifica o governo e, também, no qual o poder do Estado incide, gerando seu paradoxo que é tão explorado na obra de Agambem. O soberano, tal qual nas fábulas do contrato social, tem o dever de manter seus súditos vivos, governando de acordo com o direito, desta forma, estando inserido no direito. Todavia, a fim de alcançar este intento, o soberano também detém a potencialidade de suspender a lei, colocando-se fora do alcance do ordenamento jurídico, determinando a nova normalidade, o novo direito. Isto, pois, a vida, em toda sua magnitude, ultrapassa o alcance de qualquer sistema jurídico complexo.

Dessa maneira, sendo a vida o próprio coração da soberania, essa também se estende para fora do direito, de forma a sempre tentar ser influente o suficiente para não haver espaço entre aquilo que o direito abrange e não abrange, expandido cada vez mais a normalidade para todos os campos da vida. Assim nasce a Biopolítica. Neste sentido, cabe observar Agambem

> A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanta a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua, reatando assim (segundo uma tenaz correspondência entre

> moderno e arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos mais diversos) com o mais imemorial dos arcana imperii (AGAMBEM, 2002, p. 14)

Destarte, biopolítica significa tornar a atividade política uma ação de governo sobre a vida biológica dos indivíduos e, sobretudo, a vida de uma população, acarretando não só que controlem os corpos das pessoas em cada sociedade, mas também que se controlem a população como um todo e através desse controle é que se promove a vida, tanto dos indivíduos quanto da população. Com esse objetivo, a partir do século XVIII as políticas públicas emergem e o Estado passa a se responsabilizar pela saúde pública, controlando epidemias e investindo em recursos para essa área. Além disso, com a Revolução Industrial e a formação da civilização urbana, as estatísticas passam a ser um saber do Estado sobre os indivíduos e sobre a população para que ela se torne dócil e produtiva.

Neste diapasão, conforme dados das Secretarias Estaduais de Saúde, no Brasil, em julho de 2020, 1.800.827 casos foram confirmados de Covid-19 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, p. 1, 2020). Assim, a partir da visão da biopolítica como elemento fundamental dos Estados, tem-se seu reflexo contemporâneo na crise mundial de saúde de 2020, causada pelo coronavírus. Observa-se que a guerra e morte sempre foram parte do cotidiano global, mas nunca, como hoje, os Estados se debruçam tanto em um discurso sobre a "sacralidade" da vida humana e sua consequente proteção absoluta. Por que quando soldados vão a guerra e morrem, ou milhares morrem devido à tuberculose, não são ouvidos os discursos indisputáveis de proteção a vida? Ao contrário, a sociedade gera, muitas vezes, discursos cujo tom é praticamente "tais mortes são realmente tristes, mas inevitáveis para o fim X". Por que, justo nesta crise, a proteção da vida é indisputável a qualquer X? Responde que, pelo mesmo motivo já antecipado, o Estado tem o controle da vida como fim e, embora as perdas da guerra sejam lamentáveis em seu ponto de vista, são controláveis/previsíveis e servem para a manutenção do sistema que é responsável pela proteção da vida. Desta maneira, quando temos uma ameaça tal qual a presente, que se revela incontrolável no ponto de vista dos soberanos, estes, mais uma vez

rompem a normalidade, a fim de instaurar outra, de forma a reter o máximo de controle possível, tornando flagrante a condição humana de vulnerabilidade, quando o homem pode ser extirpado de tudo, menos de sua mera condição de mortal.

Portanto, em tempos de crise, agrava-se a politização da vida nua, visto que o soberano pode se manter nos limites do ordenamento jurídico ou, devido a uma ocorrência rara, excessiva, que excede os limites da regularidade, o soberano, senhor da exceção e da normalidade, tem o dever de comportar-se tal qual a lei natural hobbesiana e fazer quaisquer coisas em torno da proteção da vida, expondo o ser humano em sua forma mais frágil, aquela na qual simplesmente manifesta sua mortalidade entre os Estados, os quais controlam todos os aspectos de sua vida no período de exceção, da simples redistribuição de recursos, da privação da liberdade à seleção daqueles que devem viver, bem como daqueles que devem ser sacrificados.

Referências Bibliográficas

AGAMBEM, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretarias Estaduais da Saúde. **Painel Coronavírus.** Brasília, DF, 2020.

FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da Biopolítica.** Trad. Eduardo Brandão. 1ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2008.

DURKHEIM E REFLEXOS NA OBRA DE OLIVEIRA VIANNA: CONCEPÇÃO ORGANIZACIONAL DO BRASIL DIANTE DA BUSCA PELA COESÃO SOCIAL

Rose Amorim de Souza

INTRODUÇÃO

Francisco José de Oliveira Vianna (1883-1951) foi um importante jurista que influenciou ativamente na elaboração de diversas Constituições Brasileiras, quais sejam, as de 1934, 1937 e 1946. Este permitiu-se ser, intensamente, influenciado pelo sociólogo Émile Durkheim, a partir de sua visão de ordem social e harmonia funcional da sociedade. Desse arranjo, Vianna desenvolveu certa concepção do Brasil, segundo o qual faltava ao país alcançar a posição plena e organizada de nação, visto a ausência de certos requisitos, isto é, a presença de um conjunto articulado de funções vinculadas às atividades econômicas, capazes de garantir o bom funcionamento do organismo social. Desse modo, a problemática busca identificar os reflexos das definições de ordem social e da moral profissional de Durkheim em Vianna, uma vez que para este não se poderia confiar unicamente na livre concorrência para garantia da necessária coesão social da sociedade brasileira.

OBJETIVOS

Objetiva-se esclarecer as principais influências das concepções de ordem social e harmonia social de Durkheim na construção intelectual de Oliveira Vianna, especialmente diante da percepção organizacional de moral profissional, corporação profissional e o papel do Estado.

METODOLOGIA

A pesquisa adota como metodologia a consulta em fonte bibliográfica documental, a partir do método dedutivo, com base em informações coletadas de natureza qualitativa.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Em primeiro lugar, deve-se destacar que, assim como Durkheim, Vianna também defendia a formação de grupos de mediação entre sociedade e Estado, a fim de garantir a participação dos sujeitos na conjectura Estatal. Estes grupos se organizariam em categorias profissionais, orientadas por uma moral profissional, ou seja, uma vinculação específica que limitaria a atuação do Estado, garantindo a coesão social em uma ordem solidária (FONTANA, 2013, PAUGAM, 2017). Nesse viés, Vianna reputa não haver essa conjectura no Brasil, pois considera o país um lugar de insolidariedade e de inexistência do espírito de associação, exemplificando por meio das elites produtoras de café, que nunca logravam de efetiva união (VIANNA, 1939; VIANNA, 1995). Esse contexto necessitaria, portanto, da intervenção Estatal, não como ente contrário ao cidadão, mas responsável por garantir uma organização social harmônica, dentro de um cenário coorporativo, em que o indivíduo, como trabalhador, finda por vincular-se a essa corporação (VIANNA, 1939; BRESCIANI, 1973).

CONCLUSÃO

A influência percebida de Durkheim em Oliveira Vianna é estritamente específica. Parte de um pressuposto organizacional e de coesão

social, que revela-se em Vianna na concepção corporativista e intervencionista do Estado para garantir que no Brasil se desenvolvesse esse desenho institucional, orientado por certa moral profissional expressa dentro de uma conjectura solidária de sociedade.

REFERÊNCIAS

BRESCIANI, Maria Stella Martins. **A Concepção de Estado em Oliveira Viana**. Revista de História, v. 46, n. 94, p. 623-639, 1973.

FONTANA, Felipe. **A Presença de Durkheim em Oliveira Vianna**: Novas Contribuições ao Pensamento Social e Político Brasileiro. 2013.

PAUGAM, Serge. **Durkheim e o Vínculo aos Grupos**: uma teoria social inacabada. Sociologias. Porto Alegre, V. 19, n. 44, p. 128-160, Jan. 2017.

VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas brasileiras**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1955.

_____. **O idealismo da Constituição**. Brasiliana, 1939

ESTADO E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

Gianfranco Faggin Mastro Andréa, José Eduardo de Miranda,
Luiz Roberto Carboni Souza, Rafael de Lazari (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Novembro de 2020