

INTERFACES ENTRE INSTITUIÇÕES E ESTADO

CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA

Felipe Dutra Asensi
Marcio Caldas de Oliveira

CONSELHEIROS

Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)
André Guasti (TJES, Vitória)
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)
Bruno Zanotti (PCES, Vitória)
Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos)
Camilo Zufelato (USP, São Paulo)
Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro)
Claudia Pereira (UEA, Manaus)
Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro)
Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora)
Eduardo Val (UFF, Niterói)
Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá)
José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro)
Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre)
Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia)
Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal)
Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória)
Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina)
Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília)
Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro)
Santiago Polop (UNRC, Argentina)
Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro)
Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa)
Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus)
Thiago Pereira (UCP, Petrópolis)
Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis)
Vania Marinho (UEA, Manaus)
Victor Bartres (Guatemala)
Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA21

ORGANIZADORES:

FELIPE DUTRA ASENSI, GLAUCIA MARIA DE ARAÚJO RIBEIRO,
LUIZ ANTÔNIO REIS JÚNIOR, RODRIGO GRAZINOLI GARRIDO

INTERFACES ENTRE INSTITUIÇÕES E ESTADO



GRUPO MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2019

Copyright © 2019 Felipe Dutra Asensi, Glaucia Maria de Araújo Ribeiro, Luiz Antônio Reis Júnior, Rodrigo Grazinoli Garrido (org).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi e Marcio Caldas

EDIÇÃO Felipe Asensi

REVISÃO Coordenação Editorial Selo Ágora 21

PROJETO GRÁFICO E CAPA Caroline da Silva

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO MULTIFOCO

Av. Mem de Sá, 126 - Centro

20230-152 / Rio de Janeiro, RJ

Tel.: (21) 2222-3034

contato@editoramultifoco.com.br

www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

INTERFACES ENTRE INSTITUIÇÕES E ESTADO

Asensi, Felipe Dutra. Ribeiro, Glaucia Maria de Araújo. Júnior, Luiz Antônio Reis. Garrido, Rodrigo Grazinoli.

ISBN: 978-85-8273-775-0

SUMÁRIO

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....17

DIREITO À CIDADE PLANIFICADA: AUSÊNCIA DO INSTRUMENTO BÁSICO DA POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO E DE EXPANSÃO URBANA E A POSSIBILIDADE DE LESÃO AO DIREITO DE MORADIA.....18

Conceição de Lourdes de Lana

Júlia de Paula Vieira

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.....33

Gabriel Vinicius Carmona Gonçalves

Philippe Pessoa Sundfeld

O SIGNIFICADO DA CATEGORIA DE INTERDEPENDÊNCIA RECÍPROCA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA LEITURA A PARTIR DE LUIGI FERRAJOLI PARA PROBLEMATIZAR A FRONTEIRA ENTRE O DIREITO E A ORGANIZAÇÃO DAS POLÍTICAS INSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO A POPULAÇÃO MIGRANTE E REFUGIADA45

Gustavo Marques Krelling

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO.....62

Letícia Menegassi Borges

Walbert Oliveira Veiga

AS BOAS PRÁTICAS DE GESTÃO APLICADAS ÀS LICITAÇÕES COMO MANIFESTAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL: A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS PELA INOBSERVÂNCIA DA BOA ADMINISTRAÇÃO.....79

Ruy Tadeu Mambrini Ribas

Mateus Stallivieri da Costa

Arthur Bobsin de Moraes

A DESIGUALDADE TRIBUTÁRIA BRASILEIRA COMO PROJETO.....94
Yago Renan Licarião de Souza

CORTES INTERNACIONAIS.....111

CASO VLADIMIR HERZOG: UMA ANÁLISE SOBRE A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....112

Ana Luiza Gregorio Vidotti

Ana Beatriz Guimarães Passos

IS IT POSSIBLE/DESIRABLE TO ESTABLISH A VERTICAL MODEL OF INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM WITH THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE BEING THE 'LAST RESORT' COURT?.....128

Ayla do Vale Alves

COMPLEXIDADES E TENSÕES NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O CASO TPI VS DOMINIC ONGWEN.....144

Fernanda Cardoso Fonseca

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DAS TERRAS INDÍGENAS: UMA ANÁLISE DOS CASOS XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAI E POVO XUCURU VS. BRASIL.....158

Maria Emília de Oliveira Assis

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha

MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO: NOVA POSSIBILIDADE EXEGÉTICA NO SISTEMA AMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS?.....175

Mariana de Freitas Rasga Rasga

Morgana Paiva Valim

Guilherme Sandoval Góes

A GUANTANAMIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: MERA ABSTRAÇÃO TEÓRICA?192

Nathércia Cristina Manzano Magnani

CASO "GOMES LUND E OUTROS": A SOBERANIA DO ESTADO BRASILEIRO VS. OS DIREITOS HUMANOS.....205

Rhebecca Rasec da Costa Alves

DIREITO INTERNACIONAL217

TOLERÂNCIA RELIGIOSA: DE JOHN LOCKE ÀS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS 218

Andrea Kessler Gonçalves Volcov

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A CONVENÇÃO DE AARHUS E A ORDEM JURÍDICA INTERNA.....235

Arthur Prudente Campos Souza Veras

Edeilson Ribeiro Bona

THE ABSOLUTE PROHIBITION OF TORTURE AND THE NON-REFOULEMENT PRINCIPLE IN INTERNATIONAL LAW.....252

Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E DA DELINQUÊNCIA JUVENIL.....267

Erica Brito Bakonyi

CRISE IMIGRATÓRIA EUROPEIA: A DECLARAÇÃO UE-TURQUIA E SUAS VIOLAÇÕES AO DIREITO INTERNACIONAL..... 285

Gabriel Vendramelli Aguiar Miguel

O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E A COLONIALIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE OS TRABALHOS PREPARATÓRIOS DA CONVENÇÃO DE 1951.....302

Gabriela Antunes Peres de Oliveira

A DIÁSPORA VENEZUELANA E A IMPOSSIBILIDADE DO FECHAMENTO DA FRONTEIRA SECA ENTRE BRASIL E VENEZUELA..... 322

João Lucas Zanoni da Silva

César Augusto Silva da Silva

AFINAL, O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EXISTE OU NÃO NO BRASIL?.....340

João Paulo Marques dos Santos

COMENTÁRIOS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA FIFA COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL E SEU EVENTUAL DIREITO DE AÇÃO PERANTE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL.351

José Vincenzo Procopio Filho

O PAPEL FEMININO NAS GUERRAS DOS SÉCULOS XX E XXI – UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL.....	368
<i>Larissa Machado Cruz</i>	
A PROTEÇÃO LEGAL DOS “MIGRANTES AMBIENTAIS” COMO DESAFIO DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO.....	386
<i>Leonardo Silva Alves</i>	
O DIREITO INTERNACIONAL E AS CRIANÇAS-SOLDADO.....	401
<i>Leticia Silveira da Silva</i>	
A INFLUÊNCIA DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E OS REFLEXOS JURÍDICOS NO CASO BRASILEIRO.....	417
<i>Maria Laura Silva de Figueiredo</i>	
A PROBLEMÁTICA DAS AÇÕES HUMANITÁRIAS OSTENSIVAS EM TERRITÓRIO DE CONFLITOS INTERESTATAIS.....	429
<i>Olívia Ricarte</i>	
CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	438
<i>Saulo de Medeiros Torres</i>	
SISTEMA PROCESSUAL PENAL INGLÊS, SUAS DIVERGÊNCIAS E CONVERGÊNCIAS COM O SISTEMA BRASILEIRO.....	451
<i>Thiago Frederico Martins de Oliveira</i>	
A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO DIREITO INTERNACIONAL.....	466
<i>Thomaz Muylaert de Carvalho Britto</i>	
SOLICITANTES DE REFÚGIO EM TERRAS BRASILEIRAS: ENTRE QUESTÕES E SOLUÇÕES.....	480
<i>Thomaz Muylaert de Carvalho Britto</i>	
DILEMAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO MARCO DOS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS.....	492
<i>Vinicius Henrique Nunes Damião</i>	

INSTITUIÇÕES JURÍDICAS.....509

ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ENTRE A FUNDAMENTALI-
DADE DO PRECEITO E A (IN)SEGURANÇA FACE AO (DES)ACESSO.....510

Angelica Denise Klein

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL: UMA NOVA MODALIDADE DE VIOLÊNCIA CONTRA
AS MULHERES.....524

Artenira da Silva e Silva

Alda Fernanda Sodré Bayma Silva

Werdeson Mário Cavalcante Olímpio

O ATIVISMO JUDICIAL DO STF COMO AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORI-
DADE PENAL.....539

Arthur Bezerra de Souza Junior

Larissa dos Santos Paulo

Ronaldo de Oliveira Jarnyk

O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS – SIP-
DH - E O CONTRIBUTO DA DEMOCRACIA COMO LEGITIMAÇÃO: A FUNÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO COMO AMICI CURIAE A LUZ DA TEORIA DE
PETER HÄBERLE.....554

Gustavo Marques Krelling

ACESSO À JUSTIÇA: OUTRA VISÃO A PARTIR DA IMPORTÂNCIA DO ENSINO JU-
RÍDICO PARA TODOS.....568

Lilian Trindade Pitta

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A SISTEMÁTICA DE NOMEAÇÃO DOS MINIS-
TROS DO STF.....581

Saulo de Medeiros Torres

A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO DENTRO DA ANÁLISE DE EFETIVAÇÃO DO DI-
REITO DE ACESSO À JUSTIÇA.....596

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

Vanessa Almeida Dutra

POLÍTICAS PÚBLICAS.....613

VIGIAGUA MANAUS: POLÍTICAS PÚBLICAS E A AGENDA 2030.....614

Bárbara Dias Cabral

CRIANÇAS E ADOLESCENTES FORA DO LUGAR: ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL VERSUS DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA.....628

Carlos Alberto Maciel Públio

Lívia Diana Rocha Magalhães

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: NA CONCEPÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS ADVINDOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO FORÚM DE ITAIPAVA.....643

Claudia A. S. Pires

Stephane M. da Rocha

Felipe Dutra Asensi

AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA POBREZA E DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO.....656

Darlan Alves Moulin

POLÍTICAS PÚBLICAS DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL NO ESTADO DE ALAGOAS: O PAPEL DA SERIS/AL.....674

Eliaquim Ferreira dos Santos

Stephanye Magda dos Santos Silva

Fernanda Vicon Rocha e Silva

Paulo Ricardo Silva Lima

POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRABALHO E QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL NO BRASIL E NO MARANHÃO: UM ESTUDO ENTRE OS ANOS DE 2008 A 2017684

Irlane Regina Moraes Novaes

Inácio Ferreira Façanha Neto

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha

DA PRODUÇÃO DO ESPAÇO AO DIREITO À CIDADE: A APLICABILIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS URBANÍSTICAS.....700

Júlia de Paula Vieira

DOSSIÊ DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O NOME SOCIAL COMO UMA AÇÃO AFIRMATIVA.....716

*Francisco Antonio Vieira Cordeiro,
Maria Geralda de Miranda*

POLÍTICA DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DO BRASIL: O DESMANCHE A PARTIR DO IMPEDIMENTO DA PRESIDENTA DILMA ROUSSEFF.....737

Mônica Sillan de Oliveira

SAÚDE MENTAL INFANTIL E A “LOUCURA” NEOLIBERAL: REBATIMENTOS DA CONTRARREFORMA DO ESTADO NA POLÍTICA DE SAÚDE MENTAL INFANTO JUVENIL750

Segislane Moésia Pereira da Silva

POLÍTICAS PÚBLICAS E A GESTÃO AMBIENTAL NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ.....762

Thais Alves Lira

DESAPARECIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: SUAS PRINCIPAIS NUANCES.....774

Walter D. Teixeira

SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....789

A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS DECORRENTES DE GRANDES TRAGÉDIAS: OS CASOS DE MARIANA E BRUMADINHO – MG....790

*Fernanda Bragança
Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança*

A INCLUSÃO SOCIAL NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: EXPERIÊNCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO.....806

*Fernanda Bragança
Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança*

A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS PARA AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E O PAPEL DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS.....819

*Patrícia De Battisti Almeida
Fabio Rodrigues Teixeira de Almeida*

MEDIAÇÃO E CONSTELAÇÃO FAMILIAR: DO DESENLACE DOS CONFLITOS SUBJETIVOS PELAS IDENTIDADES NARRATIVAS DE SUJEITOS RECONCILIADOS...835

Sergio de Souza Salles

Isabela Moreira Antunes do Nascimento

João Ricardo Ferreira Fortini Pimentel

CONSELHO CIENTÍFICO 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
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, 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
Glauca 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
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil

Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitaria 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

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-D-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 2019, o **CAED-Jus** organizou o **Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH)**, que ocorreu entre os dias 29 a 30 de abril de 2019 e contou com 07 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos de 37 universidades e 19 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos artigos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 07 livros do evento: Direitos humanos: juridicidade e efetividade, Visões de direitos humanos e fundamentais, Direitos sociais e efetividade, Interfaces entre instituições e Estado, Direitos humanos: diálogos interdisciplinares, Direitos humanos e sociedade e Teoria e empiria dos direitos humanos.

O **INTERDH** foi um evento comemorativo dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e foi um dos maiores e mais representativos eventos em língua portuguesa sobre o tema. 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) e da Editora Multifoco e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DIREITO À CIDADE PLANIFICADA: AUSÊNCIA DO INSTRUMENTO BÁSICO DA POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO E DE EXPANSÃO URBANA E A POSSIBILIDADE DE LESÃO AO DIREITO DE MORADIA

Conceição de Lourdes de Lana

Júlia de Paula Vieira

INTRODUÇÃO

A Agenda Urbana consagrada na Constituição Federal de 1998 veio alinhar o fortalecimento dos municípios à descentralização dos processos decisórios, visando à democratização e à participação popular no pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Desse modo trouxe para o seio da sociedade brasileira um princípio básico para a equidade urbana buscando a justa distribuição do ônus e benefícios do processo de urbanização.

Afirmado na Carta Magna, o princípio da função social da propriedade é fruto do processo de mobilização da sociedade em busca da reforma urbana. Diante disso o texto constitucional elegeu o Plano Diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana com elaboração compulsória para os municípios que possuam mais de vinte mil habitantes.

Nesse contexto o artigo 182 parágrafo II da Constituição Federal de forma inequívoca, esclarece que a propriedade urbana cumpre a função

social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressamente descritas no Plano Diretor. Com isso, o legislador originário remete ao derivado a incumbência de fixar por meio de uma lei ordinária que especifique os critérios para o atendimento da função social da propriedade Urbana.

O presente estudo se prende a um levantamento sobre o princípio da função social da propriedade urbana e do plano diretor considerado norma estrutural do artigo 182 da Constituição Federal de 1988, prescrito como elemento objetivo para a aferição da função social da propriedade urbana pelo poder público municipal.

As ferramentas metodológicas utilizadas estão ancoradas na pesquisa teórica dogmática tendo em vista a necessidade de manuseio de obras doutrinárias, investigação da legislação aplicada ao tema e ainda precedentes jurisprudenciais.

O estudo revela se transdisciplinar, considerando a inter-relação dos diversos setores do conhecimento e de diferentes ramos do direito, principalmente o Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Urbanístico.

O ponto a ser debatido é a possibilidade de lesão ao direito de moradia a partir da não elaboração do instrumento básico da política de desenvolvimento urbano por parte do município, visto que a toda evidencia não se harmoniza com o artigo 37 *caput* da Constituição Federal de 1988 o qual exige da administração pública o respeito ao primado da legalidade.

Partindo da premissa que o princípio da função social é de ordem econômica encartado no artigo 170 da Constituição Federal de 1988 e integra o desenho da propriedade, condicionando este ao cumprimento daquele.

De início será desenvolvido um breve histórico acerca do conceito de propriedade no contexto neoconstitucionalista, diante do dever que a Constituição Federal impôs ao exercício do direito fundamental da propriedade ao determinar que esta cumpra sua função social. Incumbe também o debate sobre a necessidade da lei ordinária local instituída pelo Plano Diretor para levar a efeito a concretização da exigência constitucional a partir de um recorte jurisprudencial que versam sobre o descumprimento da função social.

DESENVOLVIMENTO

Historicamente a Revolução Industrial alterou de forma significativa a vivência em sociedade, a partir de um alargamento dos centros urbanos na medida em que o êxodo rural fazia com que os campos fossem abandonados. O crescimento da população urbana revelou-se um problema social, fazendo-se necessária a ordenação dos espaços habitáveis, a partir de medidas estatais fazendo surgir o urbanismo.

Assim como MEIRELES o definiu:

...”conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade. Entende-se por espaços habitáveis todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais: habitação, trabalho, circulação e recreação” (MEIRELES, 2015).

Com a ampliação do número de habitantes nos espaços urbanos, a partir da dinâmica impressa pelas primeiras décadas do século XX, fez-se necessária à intercessão de vários domínios das ciências sociais como a filosofia, a sociologia, a antropologia para a expansão do debate sobre ação e reflexão do domínio público em relação à esfera privada.

Dáí a necessidade de um o pacto formal que visa assegurar os direitos e deveres dos indivíduos e a sua coabitação num espaço que seja também uma ferramenta que instaurasse limites, indicasse usos, estabelecesse parâmetros e sinalizasse interdições.

Desta forma surge o Direito Urbanístico, como descrito por SILVA:

...“consiste no conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público, destinado a ordenar os espaços habitáveis – o que equivale dizer: conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade urbanística” (SILVA, 1997).

Diante do panorama constitucional que inseriu um dever condicionando o uso da propriedade, foi dada ao município a atribuição para execução do Plano Diretor como norma definidora das exigências para o cumprimento das funções sociais, a partir da utilização do seu poder de

polícia administrativa para a propulsão do exercício do domínio em favor da concretização da justiça social.

Os males reais apresentados pelo crescimento desordenado das cidades de forma desumana, com fragmentação social crescente, acompanhada de uma fragmentação territorial, refletiram na inserção de um capítulo dedicado à política urbana na Constituição Federal de 1988. Desde então, o conceito de propriedade foi espreado, afastado da tendência de subordinação apenas ao Direito Civil, para encontrar seu alicerce, também, no Direito Público.

De modo que o direito fundamental individual, constante no artigo 5º inciso XXII direito à propriedade, foi vinculado no inciso XXIII ao atendimento das funções sociais expressamente no texto constitucional, através do qual é possível perceber que o legislador teve a preocupação de minudear o exercício do direito de propriedade apontando que há o dever de exercê-lo conjuntamente às finalidades sociais.

Como meio de garantir o bem-estar da coletividade o detentor do domínio não está livre de modo absoluto e egoísta para utilizar ao modo que lhe aprouver sua propriedade.

Diante da crise urbana vivenciada pelo crescimento desordenado de bairros periféricos sem infraestrutura e o aumento do *déficit* habitacional refletem um histórico de ausência de políticas habitacionais destinadas à população mais vulnerável. De modo que o reconhecimento do direito à moradia como uma necessidade básica do ser humano, e, por isso um direito fundamental remete à investigação das questões urbanísticas a partir do planejamento urbano que necessariamente precisa sair dos círculos dos técnicos, dos especialistas para o meio acadêmico, buscando atingir o domínio público.

MARANDOLA Jr., estabelece que a partir da habitação que o sujeito constrói sua subjetividade que simboliza no campo das práticas sociais e interfere no seu cotidiano. Assim o autor conceitua o habitar:

... habitar é mais que simplesmente morar em um local. Orientamos nosso pensar para o sentido da casa e da vulnerabilidade no metropolitano contemporâneo, a partir de uma leitura fenomenológica, centrada na experiência e na existência. Habitamos a casa, o bairro, a cidade, a região e, em última análise, a terra (MARANDOLA Jr, 2014).

Nesse contexto a fragilidade de infraestrutura e as dificuldades de acesso à moradia, além da má distribuição de renda, relacionadas como um processo social causam alterações na distribuição da população no contexto do território das cidades.

Desta forma o mandamento constitucional proposto no capítulo da política urbana inaugura um sistema de provisão de moradia a partir do dever imposto à propriedade urbana com a exigência da finalidade social ao bem imóvel sob pena de - *ultima ratio* - desapropriação e a destinação do mesmo para fins de moradia.

Assim a discussão acerca do direito de propriedade privada muda completamente o seu eixo, na medida em que surge a forma de utilização da propriedade interligada à satisfação do interesse coletivo, posto que importa a responsabilidade do município em verificar a forma de controlar democraticamente se a propriedade está a satisfazer sua finalidade.

A propriedade recebe então um polimento constitucional com diretrizes expressas no corpo do texto constitucional no § 1º do artigo 182 da Constituição Federal de 1988, e posteriormente recebeu regulamentação pela Lei 10.257 de 2003, o Estatuto das Cidades que apontou as diretrizes legais, sendo o marco do início da caminhada do instituto jurídico da propriedade urbana, que aos poucos veio amadurecendo no sistema normativo.

Há de se buscar o entendimento de que as limitações impostas ao proprietário condiciona o exercício do direito com a finalidade de adequá-los ao bem-estar da coletividade, e quando atendidas as exigências administrativas locais, a utilização e destinação do bem será da forma que melhor lhe convier.

Assim como RUSSOMANO, averbou:

A função social da propriedade, pois, na atualidade não é concebida como foi na época do liberalismo, como “princípio gerador de imposições de limites negativos, estabelecido à atividade do proprietário” – e que simbolizam simples projeção do poder de polícia, antes, imprimem-se-lhe “concepção positiva”, “como princípio gerador da imposição de comportamentos positivos do proprietário”. Por força do preceito normativo, este não possui apenas o dever de não exercitar seu direito em detrimento de outrem, como

sucedida anteriormente. Possui de modo correlato, o dever de exercer aquele direito em favor de outrem (RUSSOMANO, 1985).

Desse modo o princípio da Função Social não deve ser identificado como limitações administrativas ao direito fundamental de propriedade, mas seus efeitos devem oferecer instrumentos de intervenção calcados no poder de polícia¹, que permite propulsões ao exercício do direito de propriedade sob o prisma da efetividade das prestações positivas por parte do Estado que vise o bem estar dos indivíduos e a sua dignidade humana.

Nesse sentido SILVA, conceitua os direitos fundamentais sociais da seguinte forma:

São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício do efetivo da liberdade (SILVA, 2010).

Ao par disso, o direito à moradia que já recebia proteção da comunidade internacional desde 1948, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem. No Brasil somente teve a sua positivação através emenda constitucional n. 26 de 2000, com tardia incorporação no texto constitucional. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 nos termos do artigo 23, IX, o direito à moradia já se encontrava amparado diante do estabelecimento de que todos os entes federativos tem competência administrativa para promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

1 A expressão poder de polícia talvez seja uma das mais importantes formas de atuação do Poder Público Municipal por expressar a “autoridade” da municipalidade. Sendo o Município o ente político-administrativo que mais próximo se encontra dos cidadãos, evidentemente que os maiores conflitos existentes deverão ser por ele solucionados (BERWIG, Aldemir. Aspectos do poder de polícia municipal. Revista Âmbito Jurídico. Acessado em 27/10/2018).

A prestação positiva do Estado junto às políticas públicas de provisão de moradias de interesse social assume importante papel na constituição das cidades visto que o Estatuto das Cidades afirma que os municípios possuem a competência para orientar a intervenção estatal em direção ao atendimento dos objetivos sociais.

Notadamente, o Plano Diretor deve ser entendido como um modelo de atuação que envolve um exercício constante da função normativa, a partir de utilização de técnicas contínuas de diagnóstico e de previsão da realidade local. Assim, prezariam pela busca por formulação jurídica de objetivos factíveis que orientarão a execução de políticas públicas que atendam as condições coletivas e estruturais para a plena efetividade dos direitos da coletividade.

Muito embora o direito social à moradia tenha vindo figurar expressamente no texto constitucional como direito social somente em 2000, a doutrina e a jurisprudência pátria apontavam estrita e evidente ligação entre o Direito à moradia e o princípio da dignidade assegurado no art. 1º da Constituição Federal de 1988. Conforme os ensinamentos de SARLET.

Por outro lado, [é] útil lembrar que a intensidade da vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais é diretamente proporcional em relação à importância destes para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época. Nesta perspectiva, talvez seja ao direito à moradia – bem mais do que ao direito de propriedade – que melhor se ajusta a conhecida frase de HEGEL, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*). De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade (SARLET, 2011).

O autor afirma que sendo o Brasil signatário dos principais tratados internacionais em matéria de direitos humanos, o que por si só já bastaria para que o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, firmado em 1966, fosse formalmente incorporado ao direito interno.

SARLET acrescenta que:

No âmbito da jurisprudência pátria, já se registravam decisões anteriores a Emenda nº 26, reconhecendo, de certa forma, um direito implícito à moradia (habitação) com base no estreito vínculo com a dignidade da pessoa. Apenas a título exemplificativo, vai aqui referida a ementa do Acórdão proferido em 19.08.99 pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. nº 213422, tendo como Relator o Ministro José Delgado. 10 Cf. Decisão nº 94-359, de 19.01.95, onde, todavia – para ser preciso – não se encontra uma referência expressa e direta a um direito fundamental à moradia, mas sim, o reconhecimento de que a possibilidade de dispor de um alojamento decente constitui um objetivo de valor constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana (la possibilite pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle) (SARLET, 2011).

Tais considerações sobre o direito à moradia apontam uma íntima e indissociável vinculação da dignidade da pessoa humana, pelo menos no âmbito do que se tem designado de um direito às condições materiais para uma existência digna, na medida em que a moradia cumpre essa função.

Nesse contexto a Organização das Nações Unidas – ONU, em Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitar I, e da Declaração de Istambul, desde 1966, estabelecem que os países signatários desses documentos, consignaram o dever de implementação de políticas habitacionais de interesse social.

Nós reafirmamos nosso compromisso com a total e progressiva realização do direito a moradias adequadas, conforme estabelecido em instrumentos internacionais. Com essa finalidade, deveremos procurar a participação dos nossos parceiros públicos, privados e não-governamentais, em todos os níveis, para a garantia legal de posse, proteção contra discriminação e igual acesso a moradias adequadas, a custos acessíveis, para todas as pessoas e suas famílias².

2 Disponível em: < <http://bit.ly/2x3IFPW> > ou < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.-br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos> >. Acesso em 22 de out. 2018.

A partir de definições dessas premissas, as normas internacionais e as normas constitucionais assumem especial relevo densificador que devem servir como vetores interpretativos para que o Poder Judiciário possa proceder ao controle de atos dos Poderes Legislativo e Executivo que significam violações ou retrocessos.

Ainda sobre o tema, o Relator Especial da ONU para moradia adequada de 2000 a 2008, Millon Kothari, em informativo apresentado em janeiro de 2008, apontou que um dos principais obstáculos à realização do direito à moradia, por segmentos sociais menos favorecidos, se dá ao fato de se considerar a moradia, a terra e a propriedade como produtos comerciáveis e não como direitos humanos.

Nota-se, nesse preceito, que a possibilidade de expansão e desenvolvimento urbano deve-se materializar na construção coletiva que se traduz no plano diretor a partir da exigência da participação popular no seu planejamento, devendo ser consideradas as necessidades habitacionais locais. Ou seja, o uso da propriedade é orientado por normas de ordem pública correlata à dignidade humana, sem desconsiderar as necessidades decorrentes da ordem econômica.

Diante da Jurisprudência firmada pelo STF no Recurso Extraordinário Nº 607.940 do Superior Tribunal Federal de repercussão geral, no qual foi reafirmada a obrigatoriedade do Plano Diretor como norma global para o ordenamento de expansão e desenvolvimento territorial urbano, onde reconhecida a possibilidade da existência de leis especiais de planejamento, desde que estas estejam compatíveis com as diretrizes apontadas pelo Plano Diretor.

Ementa: CONSTITUCIONAL. ORDEM URBANÍSTICA. COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS. PODER NORMATIVO MUNICIPAL. ART. 30, VIII, E ART. 182, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLANO DIRETOR. DIRETRIZES BÁSICAS DE ORDENAMENTO TERRITORIAL. COMPREENSÃO. 1. A Constituição Federal atribuiu aos Municípios com mais de vinte mil habitantes a obrigação de aprovar Plano Diretor, como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, § 1º). Além disso, atribuiu a todos os Municípios competência para editar normas

destinadas a “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII) e a fixar diretrizes gerais com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes” (...) (Recurso Extraordinário N° 607.940, STF, 2015).

Nesse sentido o recurso acrescenta que é ampla a competência do município, e que não se esgota no instrumento básico de planejamento e desenvolvimento urbano. O Recurso Extraordinário afirma ainda que:

“Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor”. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento. RE 607940, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-036 DIVULG 25-02-2016 PUBLIC 26-02-2016 (Recurso Extraordinário N° 607.940, STF, 2015).

Ao par disso, as possibilidades das obrigações estatais, notadamente o Plano Diretor, deve traçar o método de garantir que o uso da propriedade desteja voltado ao cumprimento das funções sociais e que esse uso seja justo e ecologicamente equilibrado, não podendo desconsiderar diversos comandos normativos do subsistema jurídicos ligados tanto no nível constitucional quanto no legal que não permite retrocesso em direitos fundamentais e descumprimento dos objetivos da república.

Verifica-se nesse ponto um alargamento da importância do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais, e de harmonizar as relações sociais intersubjetivas além de ter a finalidade de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo sacrifício e desgaste, dentro de um critério justo e equitativo, de acordo com os ensinamentos de CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO:

Por isso pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvidas a mais importante e eficaz

dos tempos modernos – chamado de controle social, entendido como conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhes são próprios (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2010).

Assim a atuação do Poder Judiciário e das instituições judiciárias são indispensáveis a um Estado Democrático de Direito, onde os tribunais se configuram como um local de exercício e concretização de cidadania, tendo este um papel fundamental para o fortalecimento do direito urbanístico e do direito à moradia que, historicamente, são atrelados a problemas sociais.

É importante reconhecer que o conflito fundiário urbano perpassa pela disputa pela posse e propriedade urbana, bem como impactos de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitam e demandam proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia.

Cumprir esclarecer que o ato decisório de uma ação judicial em direito urbanístico deve ter por objetivos a prevenção e mediação de conflitos coletivos, considerando a garantia dos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e protocolos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Além do fomento à articulação entre as partes envolvidas no conflito, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, entidades da sociedade civil vinculada ao tema e membros do Ministério Público e Defensoria Pública, são envolvidos visando à solução dos conflitos.

Sobre a ausência da utilização do instrumento básico de planejamento e desenvolvimento urbano na fundamentação das decisões os pesquisadores afirmam que:

Apesar de o Plano Diretor Municipal ser o marco legal que define o regime jurídico da propriedade urbana e as exigências para o cumprimento da função social da propriedade urbana nas cidades brasileiras, sua análise e utilização pelos Desembargadores no TJSP como fundamento da decisão é inexpressiva, ou melhor, inexistente em quase 95% dos acórdãos. (...) Verificou-se que a interpretação sistemática do sistema jurídico orientada pelos princípios ainda

é minoritária, e sua utilização como meios para a ponderação e proporcionalidade também. Por vezes um princípio constitucional é utilizado isoladamente, de forma a justificar uma prevalência entre direitos que não é compatível com os demais princípios vigentes (LIBÓRIO, FROTA, CARDOSO, 2016).

Os conflitos fundiários levados ao judiciário referem-se a imóveis que não cumprem a função social, a maioria trata de imóveis vazios ou abandonados sem qualquer utilização urbana. De modo que a atividade prática dos tribunais na produção jurisprudencial pode demonstrar uma diferença entre os enunciados de uma jurisprudência normativa de uma jurisprudência sociológica a partir de um conjunto de decisões embasadas nas necessidades sociais.

Por fim cabe estabelecer que a noção de interesse público que deve ser consubstanciada como um produto da conjugação de interesses voltados à promoção do desenvolvimento intersubjetivo possível e concretizável, definidos nos anseios e nas necessidades da sociedade para que a escolha publica seja tomada visando à concretização dos direitos e garantias assentados no texto constitucional.

Assim controlar a determinação dos interesses públicos através da atuação jurisdicional é tarefa primordial do Estado para promover sua realização dos objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Árdua é a tarefa de conceituar e discutir sobre o planejamento urbano, por não se trata de algo exato, concreto e específico, sendo a partir da ausência de prescrição um meio de resolver problemas dinâmicos na exata proporção em que as situações fáticas das cidades que estão em constantes mutações.

O planejamento urbano é, portanto, um processo técnico instrumentado que tem por finalidade a transformação de uma realidade já existente, composto pelo agir e fazer humanos para obtenção de uma ordem específica, que objetiva a consecução de fins coletivos.

Em uma apertada síntese pode se afirmar que a concepção sistêmica do planejamento urbano se dá em uma sequência de atividades e pareceres

sobre a cidade que atendem a atuação sobre os diagnósticos que estabeleçam prioridades locais.

Do ponto de vista legal, o planejamento das cidades se instrumentaliza na elaboração do plano diretor que ingressa no mundo jurídico na forma da lei. Para isso o planejamento foi às largas enfatizada no texto constitucional com sólidos fundamentos no artigo 182 parágrafo 1º, onde determinou que o instrumento básico para a política de desenvolvimento e expansão urbana se dá através do Plano Diretor para cidades com mais de vinte mil habitantes.

Há de se considerar que a provisão legal é uma imposição jurídica, mediante a obrigação de elaboração dos planos que são instrumentos substanciadores do respectivo processo, que em razão de sua eficácia não depende da vontade dos administradores.

A problemática suscitada no presente estudo reside na obrigação que decorre da materialização do planejamento urbano na forma da lei, onde foi levantado a possibilidade do Poder Público municipal lesar o direito à moradia por ausência do instrumento que determina regras a respeito do uso e ocupação do solo urbano. Além de regulamentar atuação do Poder Público através de normas impositivas que deve obrigar o particular com a finalidade de garantir o bem estar de todos os habitantes da cidade.

O legislador omissor suporta censura jurídico-constitucional pela não edição do Plano Diretor, na medida em que não cria meios necessários à concretização da imposição estampada nos artigos 182 parágrafo segundo e do artigo 5º incisos XXII e XXIII da Constituição Federal de 1988. Visto que por disposição constitucional a função social da cidade e da propriedade urbana deve atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no Plano Diretor.

A primeira consequência que se extrai dessa concepção é que a propriedade urbana não está sujeita a nenhuma modalidade de exigência feita em nome da função social do imóvel, se não aquela vinculada a esse instrumento.

Assim, o princípio da função social qualifica e condiciona o uso da propriedade urbana no sentido de obrigar o proprietário a dar ao imóvel destino compatível com a justiça social.

Por evidente o direito fundamental individual da propriedade foi compatibilizado com o direito difuso onde o uso da propriedade ficou

condicionado ao uso socialmente justo, recebeu contornos jurídicos e reflexos concretos a respeito do planejamento somente por ocasião da edição da Lei 10.257/2001 onde os artigos 39 a 42 preencheram as lacunas do instituto denominado Plano Diretor.

A partir do propósito de orientação da intervenção estatal em atendimento aos objetivos sociais a partir de um modelo de atuação que envolva um exercício constante da função normativa a partir de técnicas contínuas de diagnóstico e de previsão da realidade local.

Assim a divisão dos poderes e a legitimidade das instituições são aspectos cruciais para o entendimento do sistema político democrático, e em decorrência dessas razões o judiciário assume papel fundamental na realização e concretização dos direitos fundamentais e das conquistas sociais.

Numa análise rasa sobre o papel do judiciário verifica-se que os conflitos urbanos de despejo forçado, remoção ou reintegração de posse é expressão do conflito sintetizado numa ação judicial, que por si só não dá conta do que seja a disputa pela posse da propriedade urbana, bem como os impactos públicos e privados que envolvem famílias de baixa renda e grupos sociais vulneráveis que necessitam ou demandam a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade planejada.

Desta forma a norma de ordem pública, o Plano Diretor municipal, responsável pelo planejamento urbano, deve apresentar valores metaindividuais na medida em que regula o uso da propriedade em prol do bem comum, sendo o marco regulatório que deve constar os limites constitucionais permitidos para que o Poder Público municipal exija o cumprimento das funções da propriedade, sem o qual pode o município lesar o direito fundamental à moradia.

REFERÊNCIAS:

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 6^a ed. São Paulo: RT, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, AdaPellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26^a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

LIBÓRIO, Daniela Campos, FROTA, Henrique Botelho, CARDOSO, Patrícia de Menezes, GUIMARÃES, Irene Maestro, (Orgs.). **Direito Urbanístico em juízo: estudo de acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Colaboração de Larissa Perez Cunha e Victor Iacovini. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico - IBDU, 2016.

MARANDOLA, Eduardo Jr. **Habitar em risco: mobilidade e vulnerabilidade na experiência metropolitana**. São Paulo: Editora Blucher, 2014.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 41^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

RUSSOMANO, Rosah. **Função Social da propriedade**. Revista de Direito Público, v.18, n. 75, jul. / set., 1985, pp. 263-268.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

SILVA, Edson Jacinto da. **Loteamento urbano: doutrina e prática**. 4^a ed. São Paulo: Editora J. H. Mizuno, 2010.

SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

REFERÊNCIAS DE SITES PESQUISADOS:

ONU. **Consejo de Derechos Humanos. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo**. Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Sr. Miloon Kothari. A/HRC/7/16, 13 feb. 2008, p. 20-21. Disponível em <http://bit.ly/2gnqGN6> ou <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6084.pdf?view>. Acessado em 22/10/2018.

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

Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves

Philippe Pessoa Sundfeld

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A Declaração Universal de Direitos Humanos estabeleceu o acesso às informações públicas como direito humano, sendo seguida pela Constituição Federal do Brasil (que o previu no rol de direitos fundamentais dos brasileiros e estrangeiros residentes no país) e pela legislação ordinária, que regulamentaram o seu exercício no país.

Como se apontará no presente artigo, após a edição da Lei de Acesso à Informação, com o posterior tratamento minudente do exercício desse direito no território brasileiro, a Administração Pública Federal passou por relevantes transformações.

A hipótese principal aqui apresentada é que a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação facilitou o acesso às informações no âmbito da Administração Pública Federal, o que é corroborado pela análise quantitativa dos pedidos de acesso à informação formulados junto ao Poder Executivo Federal. Não obstante os avanços alcançados pelo Poder Públi-

co, constata-se a necessidade de adoção de medidas práticas por órgãos e entidades públicas, bem de avanços contra a chamada “cultura do sigilo”, acerca do caráter público de informações geridas pela Administração Pública, bem como desafios de ordem prática.

2. O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL. A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO BRASILEIRA.

O direito de acesso à informação encontra previsão na Declaração Universal de Direitos Humanos. O artigo 19º de Declaração, além de prever os direitos à liberdade de expressão e opinião, dispõe que “todo o indivíduo tem o direito (...) de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

Também a Constituição Federal erigiu o acesso à informação ao posto de direito fundamental, elencando-o nos seus artigos 5º, inciso XXXIII, e 37, parágrafo 3º, inciso II, que assim estabelecem:

Art. 5º (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Art. 37 (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (...) II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.

O direito ao acesso à informação deve ser aplicado de forma uniforme a todos os cidadãos em território brasileiro, independentemente de qualquer característica adicional, na medida em que esse direito não foi qualificado pelo constituinte com a necessidade de demonstração de qualquer requisito especial. Assim, não admite-se, por exemplo, discriminação na resposta a pedidos de informação a partir da identidade do requerente.

Este direito se apresenta, na prática, como importante instrumento para a efetivação da cidadania, com relação próxima ao exercício do direito à liberdade de expressão. Nesse sentido, MENDEL (2009, p. 29) aponta em estudo coordenado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) que “o direito à informação e, em particular, o direito de acesso à informação em posse de órgãos públicos constitui um direito humano fundamental, garantido pelo direito internacional como um aspecto do direito à liberdade de expressão”.

Em relação à implementação deste direito no ordenamento nacional, o mesmo autor apresenta nove princípios primários para a elaboração de uma legislação sobre liberdade de informação, a saber: (i) a necessidade de máxima divulgação, isto é, que “a abrangência do direito à informação deve ser ampla no tocante ao espectro de informações e órgãos envolvidos, bem como quanto aos indivíduos que poderão reivindicar este direito” (MENDEL, 2009, p. 32); (ii) a obrigação de publicar informações essenciais; (iii) a promoção ativa da abertura dos dados governamentais; (iv) a limitação da abrangência das exceções de acesso à informação, que devem ser submetidas a rigorosos testes de aderência ao interesse público e da potencialidade de dano pela divulgação dos dados governamentais³; (v) a

3 “As exceções devem observar os padrões do direito internacional para a restrição da liberdade de expressão. Isso fica claro nos princípios gerais, sendo objeto de longa explanação na decisão de setembro de 2006 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconheceu o direito à informação como parte do direito mais genérico a liberdade de expressão. Isso significa que as exceções precisam ser previstas pela lei e devem proteger um interesse reconhecido como legítimo perante o direito internacional. Estas duas condições são especificamente reconhecidas em várias das assertivas internacionais. Variadas leis sobre o direito a informação reconhecem diferentes objetivos legítimos que podem ser foco de uma exceção ao direito de acesso – alvo de certa controvérsia. A recomendação do CdE apresenta uma lista detalhada e exclusiva das possíveis justificativas para a restrição do direito a informação no Princípio IV, intitulado ‘Possíveis limitações ao acesso a documentos oficiais’, como se segue: 1. Os Estados-membros podem limitar o direito de acesso a documentos oficiais. As limitações devem ser definidas de forma precisa na lei, serem necessárias em uma sociedade democrática e proporcionais ao objetivo de proteger: i. a segurança e defesa nacionais, e as relações internacionais; ii. a segurança pública; iii. a prevenção, investigação e persecução de atividades criminosas; iv. a privacidade e outros interesses privados legítimos; v. interesses comerciais e outros interesses econômicos, sejam privados ou públicos; vi. a igualdade das partes em relação aos processos judiciais; vii. a natureza; viii. a inspeção, controle e supervisão por parte das autoridades públicas;

adoção de procedimentos que facilitem o acesso à informação, inclusive com a possibilidade de um exame independente em caso de recusa; (vi) a vedação à imposição de custos excessivos, que inviabilizem o exercício desse direito fundamental; (vii) a realização de reuniões abertas pelos órgãos governamentais; (viii) a revisão das normas jurídicas que estejam em conflito com o princípio da máxima divulgação; e (ix) a proteção para os denunciantes de atos ilícitos.

No Brasil, a norma constitucional foi regulamentada pela Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como “Lei de Acesso à Informação”. Essa lei, aplicável a todos os poderes e em todas as esferas da Administração Pública brasileira, estabelece um regulamento detalhado dos procedimentos para a obtenção dessas informações pelos particulares e das hipóteses taxativas nas quais esse direito pode ser restringido.

Ao discorrer sobre a abrangência objetiva da Lei de Acesso à Informação, a Controladoria-Geral da União assim destacou:

O direito de acesso à informação deve ser compreendido em sentido amplo, prevendo tanto o acesso a informações que dizem respeito à gestão pública como também a informações de particulares, inclusive de terceiros. Conforme acima, a Constituição Federal, ao prever o direito de acesso à informação como direito fundamental, não excluiu as informações de interesse particular. Isto é, o direito de acesso compreende também informações de interesse pessoal, para além do interesse coletivo (BRASIL, 2017, p. 11 - 12).

Já no seu primeiro capítulo, mais especificamente no artigo 3º, a Lei de Acesso à Informação estabelece as diretrizes que devem balizar a sua aplicação, a saber, (i) a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, (ii) a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações, (iii) a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação, (iv) o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na Administração Pública, e (v) o desenvolvimento do controle social da Administração Pública.

ix. as políticas econômicas, monetárias e cambiais do Estado; x. a confidencialidade das deliberações intra ou interautoridades públicas durante a preparação interna de um tema” (MENDEL, 2009, p. 36 - 37).

O segundo capítulo da Lei de Acesso à Informação, contido entre seus artigos 6º e 9º, estabelece as obrigações dos órgãos da Administração Pública para a efetivação do direito nela regulado, e disciplina de forma específica o entendimento do legislador no que diz respeito à amplitude desse direito. Merece destaque o artigo 7º da Lei de Acesso à Informação, no qual o legislador detalhou (de forma exemplificativa) a extensão do acesso à informação pública pelos particulares.

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.

Em seguida, a legislação prevê todo o procedimento de obtenção de informações públicas junto aos órgãos e entidades por ela abrangidos, inclusive a possibilidade de apresentação de recursos, no âmbito da Adminis-

tração Pública Federal, à Controladoria-Geral da União, quando: (i) decisão de negativa de acesso à informação total ou parcialmente classificada como sigilosa não indicar a autoridade classificadora ou a hierarquicamente superior a quem possa ser dirigido pedido de acesso ou desclassificação; procedimentos de classificação de informação sigilosa estabelecidos na Lei de Acesso à Informação não tiverem sido observados; ou (iii) estiverem sendo descumpridos prazos ou outros procedimentos legais.

A Controladoria-Geral da União tem, a partir da edição da Lei de Acesso à Informação, papel central na efetivação desse direito humano e fundamental, podendo determinar a adoção de providências ao órgão ou entidade que descumpra algum dos comandos legais relativos ao tema⁴.

No capítulo seguinte, a Lei de Acesso à Informação estabelece as hipóteses de restrições de acesso à informação pela Administração Pública, e que podem ser classificadas em quatro modalidades: (i) hipóteses de sigilo e segredo de justiça (já previstas, por exemplo, no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal); (ii) hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público; (iii) informações imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado; e (iv) informações pessoais, sendo que essa última hipótese de sigilo não pode ser alegada quando é o próprio interessado quem requer

4 Além dessa competência excepcional, o Decreto n.º 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação, confere à Controladoria-Geral da União as competências para: (i) definir o formulário padrão, disponibilizado em meio físico e eletrônico, que estará à disposição no sítio na Internet e no Sistema de Informação ao Cidadão dos demais órgãos e entidades; (ii) promover campanha de abrangência nacional de fomento à cultura da transparência na Administração Pública e conscientização sobre o direito fundamental de acesso à informação; (iii) promover o treinamento dos agentes públicos e, no que couber, a capacitação das entidades privadas sem fins lucrativos, no que se refere ao desenvolvimento de práticas relacionadas à transparência na Administração Pública; (iv) monitorar a implementação da Lei de Acesso à Informação, concentrando e consolidando a publicação de informações estatísticas sobre o tema; (v) preparar relatório anual com informações referentes à implementação da Lei de Acesso à Informação, a ser encaminhado ao Congresso Nacional; (vi) monitorar a aplicação do decreto, especialmente o cumprimento dos prazos e procedimentos; e (vii) definir, em conjunto com a Casa Civil da Presidência da República, diretrizes e procedimentos complementares necessários à implementação da Lei de Acesso à Informação.

informações a seu respeito ou quando houver consentimento expresso da pessoa a quem se referirem.

Por fim, para garantir a sua efetividade, a Lei de Acesso à Informação prevê toda uma sistemática de responsabilização dos agentes públicos e dos particulares em colaboração com a Administração Pública que descumprirem os seus comandos, com a possibilidade de aplicação de graves sanções àqueles que praticarem as condutas ilícitas lá descritas.

Como se nota, a legislação brasileira de acesso à informação possui um amplo espectro de atuação, que serve para garantir ao particular a obtenção das informações públicas da forma mais adequada possível e em tempo adequado.

Na prática, a Lei de Acesso à Informação, com seus procedimentos e balizas, possibilitou um canal para a população buscar acesso a informações geridas pelo Poder Público, possibilitando um aumento na formulação de pedidos e a consequente majoração na quantidade de recursos interpostos à Controladoria-Geral da União.

Por um lado, como demonstram dados extraídos dos sistemas eletrônicos da Controladoria-Geral da União apresentados abaixo, há notório aumento na atuação de órgãos e entidades da Administração Pública Federal no cumprimento de pedidos de acesso à informação. Por outro, entidades da sociedade civil identificam que mantém-se a necessidade de esforços para fomentar uma cultura da transparência no cotidiano do poder público brasileiro.

3. ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO NA APLICAÇÃO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO PERÍODO 2012 - 2018.

A Lei de Acesso à Informação estabelece, no seu artigo 16, que a Controladoria-Geral da União é a terceira instância recursal para a análise dos pedidos formulados no âmbito da Administração Pública Federal, sendo que os pleitos a ela dirigidos devem ter fundamentação vinculada a uma das hipóteses lá previstas:

Art. 16. Negado o acesso a informação pelos órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal, o requerente poderá recorrer à Controladoria-Geral da União, que deliberará no prazo de 5 (cinco) dias se:

I - o acesso à informação não classificada como sigilosa for negado;
II - a decisão de negativa de acesso à informação total ou parcialmente classificada como sigilosa não indicar a autoridade classificadora ou a hierarquicamente superior a quem possa ser dirigido pedido de acesso ou desclassificação;

III - os procedimentos de classificação de informação sigilosa estabelecidos nesta Lei não tiverem sido observados; e

IV - estiverem sendo descumpridos prazos ou outros procedimentos previstos nesta Lei.

§ 1º O recurso previsto neste artigo somente poderá ser dirigido à Controladoria-Geral da União depois de submetido à apreciação de pelo menos uma autoridade hierarquicamente superior àquela que exarou a decisão impugnada, que deliberará no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2º Verificada a procedência das razões do recurso, a Controladoria-Geral da União determinará ao órgão ou entidade que adote as providências necessárias para dar cumprimento ao disposto nesta Lei.

Dados extraídos do sistema eletrônico da Controladoria-Geral da União apontam que, entre maio de 2012 e dezembro de 2018, foram interpostos 696.977 recursos ao órgão, e que, desse montante, apenas 760 (ou 10,40%) foram total ou parcialmente deferidos:

	Pedidos	Recursos à CGU	Providos	% Recursos	% Providos
2012	55212	370	101	0,67	27,30
2013	86661	1027	99	1,19	9,64
2014	90167	954	70	1,06	7,34
2015	102423	1202	75	1,17	6,24
2016	111669	2298	140	2,06	6,09
2017	121536	1817	152	1,50	8,37
2018	129309	1577	123	1,22	7,80
Total	696977	9245	760		
Média				1,27	10,40

Tabela 01 - Recursos interpostos à Controladoria-Geral da União no período 2012 - 2018

Como se nota dos dados compilados na tabela acima, a proporção de recursos interpostos à Controladoria-Geral da União é baixa, superando por pouco o montante de um por cento dos pedidos formulados no período analisado.

Também se depreende dos dados descritos na tabela acima que é baixa a proporção de recursos providos (total ou parcialmente) pela Controladoria-Geral da União: pouco mais de dez por cento dos pleitos formulados ao órgão de controle interno é deferido.

A análise qualitativa das negativas, trazida pela própria Controladoria-Geral da União no “Relatório sobre a Implementação da Lei nº 12.527/2011”, aponta que os principais motivos para o indeferimento dos pedidos de acesso à informação são:

- Pedido desproporcional ou desarrazoado: classificação dada a negativa a pedido de informação cujo volume de trabalho, para análise e tratamento dos dados solicitados, comprometa significativamente a realização das atividades rotineiras da instituição requerida, acarretando prejuízo injustificado aos direitos de outros solicitantes (art. 13, II, do Decreto nº 7.724/2012)
- Processo decisório em curso: classificação dada ao motivo de negativa a pedido cujo processo decisório ainda está em curso.

- Pedido exige tratamento adicional de dados: classificação dada ao motivo de negativa a pedido de informação que exija trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade (art. 13, III, do Decreto n° 7.724/2012).
- Pedido incompreensível: classificação dada ao motivo de negativa a pedido de acesso à informação com redação confusa, truncada ou ininteligível.
- Informação sigilosa classificada conforme a Lei n° 12.527/2011: classificação dada à negativa a pedido de acesso à informação cuja divulgação indiscriminada possa colocar em risco a segurança da sociedade ou do Estado. O art. 23 da Lei n° 12.527/2011 relaciona as hipóteses de classificação das informações.
- Pedido genérico: classificação dada ao motivo de negativa ao pedido de acesso à informação que não é específico, não descrevendo de forma delimitada (quantidade, período temporal, localização, sujeito, recorte temático, formato, etc.) o objeto do pedido de informação, o que impossibilita a identificação e a compreensão do objeto da solicitação (art. 13, I, do Decreto n° 7.724/2012).
- Informação sigilosa de acordo com legislação específica: classificação dada à negativa ao pedido de acesso à informação com base em sigilos estabelecidos em outras leis, como sigilo bancário, fiscal e concorrencial.
- Dados pessoais: classificação dada ao motivo de negativa a pedido de acesso à informação relativa à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoa identificada ou identificável (BRASIL, 2018, p. 12 - 14).

Dessa forma, os dados analisados apontam baixo percentual de interposição de recursos ao órgão de controle interno da sua aplicação. Por um lado, tais dados podem apontar a efetividade da aplicação do direito de acesso à informação pela Administração Pública Federal, inclusive com fundamentação para negativas aos pleitos de acesso à informação.

Por outro, é igualmente possível conceber que o baixo número de recursos é sintoma de que particulares não têm conhecimento e tampouco são informados pela Administração Pública a respeito da possibilidade de interpor recursos à Controladoria-Geral da União, de acordo com os procedimentos estabelecidos pela Lei de Acesso à Informação.

Como contraponto aos dados da Controladoria-Geral da União, a organização não-governamental Artigo 19 aponta diversos desafios, a partir de análise qualitativa da implementação da Lei de Acesso à Informação. Dentre eles, há indicação de adoção de sistemas eletrônicos de acesso à informação ser inadequada ou, ainda, inexistente. Soma-se ao cenário a ausência de mecanismos para proteger a identidade de requerentes de informações, o que dificultaria o uso por jornalistas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Do panorama geral exposto acima, verifica-se que a Lei de Acesso à Informação permite canal de acesso pela população às informações geridas pelo Poder Público. Enquanto a implementação da lei gerou inegável avanço para exercício da vida civil e controle do Estado por particulares, chama a atenção, também, a permanência de desafios.

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.

Ainda assim, entidades da sociedade civil apontam preocupação com a manutenção da chamada “cultura do sigilo”, de forma em que funcionários da Administração Pública continuam, por vezes, a desconhecer o teor público de informações geridas por órgãos e entidades públicas. Somam-se, ainda, questões de ordem prática, como a ausência de sistemas eletrônicos adequados e salvaguardas para proteger a identidade de requerentes em situações sensíveis.

5. REFERÊNCIAS

ARTIGO 19. **Identidade Revelada: entaves na busca por informação pública no Brasil**, de 15 de maio de 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/downloadidentidaderevelada>>. Acesso em 12 de abril de 2019.

BRASIL. **Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal**. 3. ed. Brasília: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, 2017.

BRASIL. **Instrução Normativa OGU/CGU n. 1, de 5 de novembro de 2014**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in-ogu-01-2014.pdf>>. Acesso em 25 de março de 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 25 de março de 2019.

BRASIL. **Relatório sobre a implementação da Lei nº 12.527/2011: Lei de Acesso à Informação**. Brasília: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, 2018. Disponível em <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/relatorio-2017-web.pdf>>. Acesso em 25 de março de 2019.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2.ed. Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em: <<http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/liberdade-informacao-estudo-direito-comparado-unesco.pdf>>. Acesso em 25 de março de 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

O SIGNIFICADO DA CATEGORIA DE INTERDEPENDÊNCIA RECÍPROCA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA LEITURA A PARTIR DE LUIGI FERRAJOLI PARA PROBLEMATIZAR A FRONTEIRA ENTRE O DIREITO E A ORGANIZAÇÃO DAS POLÍTICAS INSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO A POPULAÇÃO MIGRANTE E REFUGIADA ⁵

Gustavo Marques Krelling

1 INTRODUÇÃO

Na introdução do presente artigo se pretende consolidar uma expectativa positiva e despertar o interesse do leitor, de modo a apresentar o assunto e delimitar as linhas centrais do tema abordado. Demonstrar-se-á o objetivo geral e os objetivos específicos da pesquisa, bem como apresentar-se-á a problemática a ser discutida e a razão pela qual se justifica a escolha temática. O artigo tem como objetivo expor sobre o debate acerca da crise da esfera pública estatal e o significado da função de interdependência recíproca na administração pública a partir da problemática do

⁵ O presente artigo reproduz ideias centrais e ou trechos anteriormente desenvolvidos pelo autor.

modo de arranjo normativo brasileiro voltado à proteção e à organização dos serviços públicos destinados à população migrante e refugiada. Para tanto, utiliza-se como premissa o conteúdo da democracia constitucional garantista.

Por meio do método descritivo, aufere-se uma revisão doutrinária e normativa sobre como funciona a categoria de interdependência recíproca a partir das estruturas de direitos constitucionais e serviços públicos relativos à proteção nacional e internacional da população migrante e refugiada. Em efeito, traz-se como hipótese a existência de um arranjo normativo capaz de regular, sob os preceitos da democracia constitucional, a execução de serviços públicos adequados voltados a tal população vulnerável.

Expõe-se a ideia de um sistema de vínculos e limites de idôneas garantias constitucionais capazes de guiar os argumentos para a resposta do problema apresentado, fundado na questão central da forma como se estrutura a organização de determinados serviços públicos no Brasil diante da crise da esfera pública a nível global. Procura-se responder tal problematização a partir da exposição de elementos doutrinários e normativos a serem considerados no exercício da organização das políticas públicas.

Neste âmbito, o artigo é estruturado de maneira a descrever as premissas da democracia constitucional garantista; para, na sequência, demonstrar como se estrutura a organização da administração pública na área de desenvolvimento social; além de discorrer acerca da proteção nacional e internacional dos direitos da população migrante e refugiada, de modo a asseverar o papel da administração pública neste contexto.

Diante disto, tem-se como fio condutor a categoria de interdependência recíproca e o conteúdo da democracia constitucional em Luigi Ferrajoli. Visa-se, assim, contribuir, em alguma medida, para o debate sobre o arranjo institucional da administração pública no que concerne à sua capacidade em promover medidas adequadas na execução de serviços públicos.

Neste contexto, como resultado parcial da pesquisa descritiva, este artigo demonstra a relação entre a função de interdependência da esfera pública e os instrumentos normativos de organização dos serviços públicos voltados à política institucional de proteção às pessoas migrantes e refugiadas.

Em efeito, o trabalho se justifica na perspectiva de contribuir para o interesse da comunidade acadêmica no tema da relação entre democracia constitucional, administração pública e acesso aos serviços públicos. Elementos considerados como fundamentais à adequada gerência das cidades e à gestão das esferas públicas na contemporaneidade.

2 O PONTO DE PARTIDA: O CONTEÚDO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL GARANTISTA COMO SIGNIFICADO PARA O FUNCIONAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA RELATIVA AOS DIREITOS DA POPULAÇÃO MIGRANTE E REFUGIADA

Neste momento inicial do trabalho, pretende-se consignar o ponto de partida da presente investigação científica teórico-descritiva. Pois bem, para a análise proposta, parte-se dos conteúdos atribuídos às premissas da democracia constitucional garantista em Luigi Ferrajoli, estes consolidados em três categorias: a) como modelo de sistema jurídico; b) como teoria jurídica e; c) como filosofia política, para, diante destes três significados categóricos atribuídos à teoria da democracia constitucional garantista, afirmar que tal teoria visa estabelecer vínculos e limites regulamentares ao exercício da administração pública, da gerência de cidades e dos poderes instituídos afins, mormente na medida em que se propõe ser capaz de cooperar para um caráter jurídico de vinculação normativa às instituições e aos sujeitos (FISCHER e NETO COPETTI, 2013, p. 420).

Pontuando sobre as três dimensões do conteúdo da democracia constitucional garantista, insta-se que há três distintos significados atribuídos ao constitucionalismo garantista em Luigi Ferrajoli, quais sejam:

a) como modelo de sistema jurídico: aponta um sistema de limites e vínculos constitucionais aos poderes, que devem ser garantidos pelo controle de constitucionalidade, seja pelos limites impostos, cuja violação gera antinomias e, por conseguinte, a invalidade da lei; seja pelos vínculos impostos, cuja violação gera lacunas e, assim, necessidade de atuação legislativa;

b) como teoria jurídica: apresenta a divergência entre o dever ser, de caráter constitucional, e o ser, de caráter legislativo, do direito,

e, nesse sentido, admite a existência de normas pela regularidade formal, mas reconhece a invalidade pelo desacordo substancial, ou seja, um direito constitucional ilegítimo, o que se mostra contrário ao modelo positivismo tradicional;

c) como filosofia política: o constitucionalismo garantista reflete uma teoria da democracia substancial, já que entendida como um sistema jurídico e político (FISCHER e NETO COPETTI, 2013, p. 417-418).

Tem-se, assim, como norte compreender o caráter da Constituição como um instrumento normativo dotado de institutos de idôneas garantias, cujas finalidades são a limitação do poder e a materialização dos direitos fundamentais, além da racionalização dos atos a administração pública.

Há, portanto, estreita relação entre os ordenamentos constitucionais enquanto normas superiores que exigem a submissão das leis ordinárias e o papel do exercício do poder pela jurisdição constitucional e pela administração pública (FISCHER e NETO COPETTI, 2013, p. 423).

Isto significa afirmar que o constitucionalismo democrático garantista tende a focalizar numa perspectiva de democracia substancial. O que importa dizer, para o fim deste trabalho, é que tal democracia se reflete nas instituições públicas, na administração pública e na gerência das cidades, mormente vez que se objetiva um modelo no qual não se analisam os instrumentos normativos apenas em seu sentido formal.

Ao contrário, o sistema democrático arraigado em uma democracia constitucional leva a efeito tanto o significado normativo quanto o conteúdo jurídico-normativo dotado de substancialidade. Pois bem, isto significa dizer que a democracia constitucional substancialmente garantista (em Luigi Ferrajoli) focaliza uma concepção normativa em que, para além da existência formal da norma, é essencial a análise de sua substância e materialidade, sempre baseados nos limites e vínculos constitucionais (FISCHER e NETO COPETTI, 2013, p. 451).

A partir das dimensões de uma democracia constitucional garantista, tal qual se prima como ponto de partida, justifica-se investigar a medida de aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição, por meio dos instrumentos, desde outros, de acesso à justiça, de transparência e de accountability. Diante deste contexto, através do

método dedutivo, busca-se analisar o conteúdo e o sentido dos direitos e garantias fundamentais de acesso à justiça, frente ao problema da crise global de integridade nas instituições públicas. Ao fim, propõe-se a função de interdependência institucional como meio fundamental para a execução adequada das políticas constitucionais por meio da administração pública, tal qual se pretende expor no próximo item.

3 A INTERDEPENDÊNCIA RECÍPROCA DAS INSTITUIÇÕES - EM LUIGI FERRAJOLI - COMO CATEGORIA NECESSÁRIA AO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA PÚBLICO NO MUNDO GLOBALIZADO

Como se viu no item anterior, a democracia constitucional garantista procura defender a construção e a execução de institutos normativos capazes de estabelecer vínculos e limites com idôneas garantias às instituições, ao poder público e à própria administração pública.

Considerado o significado uma democracia substancial sob as três categorias - (a) como modelo de sistema jurídico; b) como teoria jurídica e; c) como filosofia política. Assim, é preciso analisar o direito e a administração pública - bem como os problemas decorrentes de sua ineficácia - a partir de uma perspectiva que leve à sério as promessas constitucionais estipuladas nas diversas cartas de direitos nacionais e supranacionais (FERRAJOLI, 2015, p. 49-50).

Com Ferrajoli, o caráter irreversível da globalização e os desafios dela decorrentes (especialmente pelos irremediáveis perigos provocados pelos atuais poderes desregulados), podem gerar um novo sentido para a democracia, para a administração pública e para o interesse geral.

Chegar-se-á, assim, a uma concepção capaz de analisar a administração pública a partir da construção - cara vez mais consolidada - de relações político-jurídicas a nível global. Justifica-se, portanto, o ideal de uma “ordem mundial que considere a expansão em nível global do paradigma garantista da democracia constitucional” (FERRAJOLI, 2015, p. 49-50).

Nesse caminho, os problemas globais gerados pela ausência de controle - seja no fluxo migratório, seja na destruição ambiental, seja no crescimento das desigualdades, dentre outros tantos dilemas globais à administração pública - estão revelando o que Ferrajoli intitula

de uma “interdependência” capaz de envolver todo e qualquer gênero humano.

Os problemas globais gerados pela necessidade e pela urgência de pôr um freio à destruição de meio ambiente ao crescimento das desigualdades estão revelando uma interdependência que envolve todo o gênero humano; e estão provocando, graças inclusive aos extraordinários progressos da tecnologia relativa às comunicações, uma refundação da política por intermédio da mobilização a partir ‘de baixo’ e do desenvolvimento de movimentos transnacionais, em defesa de todos e dos bens comuns. É esta crescente integração planetária a grande novidade. [...] Por isso, estas ameaças são não somente o problema político mais grave, que exige uma forte retomada do papel do governo na política e do papel de garantia do direito, mas representa também uma oportunidade sem precedentes: a possibilidade de refundar a garantia da paz e dos direitos humanos com base na necessária interdependência mundial gerada por aquelas próprias ameaças e com base também na percepção cada vez mais difusa da humanidade como uma única nação ou comunidade (FERRAJOLI, 2015, p. 251-252).

Isto significa dizer que os problemas gerados principalmente por relações políticas, economias e sociais nacionais e transnacionais precisam ser pensados sob um viés de interdependência em uma integração mundial – seja da economia, da política, dos próprios sujeitos, das informações em rede, dentre outras formas de integração dos problemas estruturais do Estado. Tais problemas globais podem ser, assim, desafios que exigem uma rígida “retomada do papel do governo na política e do papel de garantia do direito” (FERRAJOLI, 2015, p. 250-251).

Neste paradigma, o problema reside na construção de idôneas garantias em esfera pública planetária, capazes de efetivar as normas, bem como alcançar o interesse nacional e transnacional. Na trilha de Ferrajoli, trata-se de um projeto racional, tendo como objetivo consolidar a construção cultural – com base nonexo entre razão, direito e democracia – de uma perspectiva liberal-socialista à democracia constitucional, estabelecendo os direitos como limites e vínculos ao exercício dos poderes (FERRAJOLI, 2015, p. 251-252).

Ferrajoli pondera, ainda, que a construção da democracia projetada pelo constitucionalismo garantista exige reabilitar o papel da política e da

legislação, das quais dependem “a introdução e o reforço das garantias primárias das diferentes classes de direitos constitucionalmente estabelecidos” – garantias estas especialmente vinculadas em matéria dos direitos relacionados ao trabalho, à seguridade social e à liberdade (FERRAJOLI, 2015, p. 251-252).

Em efeito, concebe-se a gestão pública como um instrumento essencial à boa administração pública, capaz de estar interligada aos desafios da democracia contemporânea, mormente pelos problemas arraigados na esfera local e na esfera internacional. Assim, a administração pública defendia no presente trabalho parte de uma ideia mais ampliada de democracia constitucional, na medida em que se defende a existência recíproca de um no conjunto de normas capazes que atribuir às instituições públicas idôneas garantias de vínculos e limites para a aplicação de critérios adequados na gestão pública, consideradas as funções sociais da cidade, os direitos constitucionais à assistência social e as relações de interdependência recíprocas, tal qual se pretende analisar no próximo item.

4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AO CHAMADO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E A ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E DA POLÍTICA INSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO FORMA DE PRIMAZIA DA DIGNIDADE HUMANA PELA GESTÃO PÚBLICA

No tópico primeiro, o objetivo central foi demonstrar o ponto de partida do presente trabalho, de modo a indicar ao leitor qual o viés teórico norteador a pesquisa, razão pela qual demonstra-se, mesmo que em síntese, o conteúdo e o significado da democracia constitucional garantista para a consolidação das instituições públicas no contexto contemporâneo.

Além disso, ainda no primeiro item, traçou-se como premissa a crise na administração pública e os limites e as possibilidades de alcance da dimensão de interdependência recíproca no sistema democrático brasileiro. Dito isto, é preciso, neste momento, descrever como o direito brasileiro concebeu a assistência social, mormente para, após, delinear sobre o arranjo normativo do direito constitucional à assistência social.

Assim, em relação ao direito constitucional a assistência social e a organização da assistência social, cabe mencionar a assistência social enquanto norma constitucional de direito fundamental, prevista enquanto política pública não contributiva, nos art. 203 e 204 da Constituição da República.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (CRFB/1988).

Neste caminho, Ingo W. Sarlet argumenta, ao interpretar tais normas constitucionais, que ao se ter como base as hipóteses listadas pelo dispositivo constitucional é possível verificar a preocupação por parte do constituinte com a proteção especial da pessoa ou da população em situação de carência socioeconômica (SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, 2016, p. 655).

Ingo W. Sarlet ressalta que a Constituição Federal inseriu à assistência social e à previdência social no elenco de direitos fundamentais sociais

(art. 6º); além de consagrar em seu texto um regime constitucional da seguridade social (arts. 194 a 204), de modo a abarcar os três eixos da saúde, da previdência social e da assistência social.

Ingo W. Sarlet sustenta que é possível até mesmo à existência de um direito fundamental à seguridade social – que abarca as três dimensões: saúde, previdência social e assistência social – de modo a deixá-los sob a salvaguarda de um regime especial de princípios e regras na esfera constitucional (SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, 2016, p. 653).

No pensamento do doutrinador, constitucionalização do direito à assistência social consagra o princípio máximo da solidariedade no estado de direito democrático, posto que representa uma proteção constitucional político-jurídica especial destinada a indivíduos e grupos sociais vulneráveis (SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, 2016, p. 655).

Pois bem, veja-se que parece estar consagrado a relevância de uma perspectiva teórico-normativa pela qual se considere a constitucionalização do direito à assistência social como um direito fundamental capaz de desenvolver condições de igualdade democrática.

5 O CONTEÚDO NORMATIVO DO SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E A GESTÃO DEMOCRÁTICA VOLTADA À POPULAÇÃO EM VULNERABILIDADE

No âmbito brasileiro, para além da previsão constitucional do direito à assistência social, criou-se, também o Sistema Único de Assistência Social – SUAS, cujo objetivo é a oferta de serviços, programa, projetos e benefícios socioassistenciais a indivíduos e famílias em situação de vulnerabilidade.

Tal qual compreende Ingo W. Sarlet, o direito à assistência social depende de um complexo sistema de regulamentação infraconstitucional, cujo objetivo é assegurar condições para uma existência digna, de modo a integrar o núcleo essencial legislativamente concretizado do direito à assistência social. Assim, o direito à assistência social também opera como direito de defesa (direito negativo) em relação aos poderes públicos (SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, 2016, p. 656).

Em âmbito federal, é importante frisar algumas das principais normativas que devem orientar a execução do Direito à Assistência Social, quais sejam: Lei nº 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), Lei nº 12.435/11 dispõe sobre a organização da Assistência Social e as Normativas Operacionais, NOB/SUAS e NOB-RH/SUAS.

Por outro lado, na esfera estadual, compete às unidades federativas: i) destinar recursos financeiros aos Municípios, a título de participação no custeio do pagamento dos benefícios eventuais de que trata o art. 22, mediante critérios estabelecidos pelos Conselhos Estaduais de Assistência Social; ii) cofinanciar, por meio de transferência automática, o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos de assistência social em âmbito regional ou local; iii) atender, em conjunto com os Municípios, às ações assistenciais de caráter de emergência; iv) estimular e apoiar técnica e financeiramente as associações e consórcios municipais na prestação de serviços de assistência social, tal qual estabelece o art. 13 da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, nº 8.742/93.

A administração pública, por meio das unidades federativas veiculadas às instituições públicas estaduais, têm, também, o dever de prestar os serviços assistenciais cujos custos ou ausência de demanda municipal justifiquem uma rede regional de serviços, desconcentrada, no âmbito do respectivo Estado; ainda devem os estados também realizar o monitoramento e a avaliação da política de assistência social, de modo a prestar o auxílio necessários ao desenvolvimento em âmbito local.

As responsabilidades dos Estados inclusive estão previstas na Resolução nº 33/2012, do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS – a qual aprovou a Norma Operacional Básica - NOB/SUAS – 2012.

Outrossim, já em relação aos Municípios, insta-se evidenciar o que disciplina o art. 15º, da Lei nº 8.742/93 - Lei Orgânica de Assistência Social -, de modo a estabelecer que compete aos Municípios: i) destinar recursos financeiros para custeio do pagamento dos benefícios eventuais de que trata o art. 22, mediante critérios estabelecidos pelos Conselhos Municipais de Assistência Social; ii) efetuar o pagamento dos auxílios natalidade e funeral; iii) executar os projetos de enfrentamento da pobreza, incluindo a parceria com organizações da sociedade civil; iv) atender às ações assistenciais de caráter de emergência.

Com isso, ocorre que a assistência social no Brasil está organizada por meio SUAS, que articula esforços e recursos nos três níveis de governo para execução e financiamento da política pública.

Nesta perspectiva, a constitucionalização do direito à assistência social pode ser objeto da dimensão de juridicidade da norma constitucional. Neste caminho, com a finalidade de conferir cada vez mais força normativa a tal direito atribuído constitucionalmente, a execução do SUAS é organizada maneira integrada, com divisões mútuas de atribuições às administrações públicas nas esferas municipal, estadual e federal.

Tal organização estrutural – baseada inclusive em aspectos normativos – demonstra a estrutura do SUAS e a sua essencialidade em priorizar o acesso aos direitos aos indivíduos e às coletividades em situação de vulnerabilidade, cujo arranjo institucional vem a possibilitar a juridicidade de tais direitos ante a eventual violação de direitos fundamentais pela administração pública. O que se demonstrará a seguir.

6 A FUNÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA EM OBSERVAR OS PRINCÍPIOS DA CATEGORIA DE INTERDEPENDÊNCIA RECÍPROCA NA PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO MIGRANTE E REFUGIADA

No Brasil, percebe-se, cada vez mais, que o problema do acesso aos serviços aos refugiados vem se arrastando pelos setores organizacionais, de modo que a ausência de planejamento estratégico e de gerência adequada da capacidade funcional da administração pública têm levado à efeito um quase colapso jurídico, político e social na região de fronteira.

De acordo com dados da Agência da ONU para Refugiados – ACNUR/ONU, o número de refugiados e migrantes da Venezuela no mundo atinge 3,4 milhões. Destes, a 1. Colômbia abriga 1,1 milhão; seguida por 2. Peru, com 506 mil; 3. Chile, 288 mil; 4. Equador, 221 mil; 5. Argentina, 130 mil; e 6. Brasil, 96 mil. Assim, o Brasil é o 6º País que mais possui demanda pelo acolhimento aos refugiados e migrantes venezuelanos, de modo que se demonstra como fundamental a execução de políticas estruturantes para implementar soluções capazes de promover uma integração comunitária entre os povos e comunidades (ACNUR/ONU, 2019).

Com a crescente crise do estado venezuelano o número reprimido tem sido crescente, o que fortalece a necessidade de uma resposta por meio das instituições públicas e privadas voltadas à proteção do direito internacional dos refugiados. Ainda de acordo com a ACNUR, em dezembro de 2018, foi lançado um Plano Regional Humanitário de Resposta a Refugiados e Migrantes (RMRP) da Venezuela, visando 2,2 milhões de venezuelanos e 500 mil pessoas em comunidades de acolhimento em 16 países, dentre os quais o Brasil (ACNUR/ONU, 2019).

No âmbito brasileiro, o acolhimento dos refugiados e migrantes deve ser levado a efeito por meio de estratégias integradas entre instituições públicas e privadas locais, regionais e nacionais. Uma das estratégias que com maior efeito tem sido a chamada interiorização. De acordo com dados publicados pela ACNUR, apenas nos dias 15 e 16 fevereiro de 2019, cerca de 226 venezuelanos abrigados em Boa Vista/RR foram interiorizados para cidades brasileiras, acolhidos por 11 abrigos dirigidos por seis instituições da sociedade civil, localizados em: Porto Alegre/RS, Caxias do Sul/RS, Goioerê/PR, Curitiba/PR, Rio de Janeiro/RJ, São Paulo/SP, Guarulhos/SP e Belo Horizonte/MG.

Diante da crise global, tal qual se demonstra nos tópicos anteriores e considerados os arranjos normativos institucionais da esfera pública contemporânea, neste momento, pretende-se descrever sobre os aspectos pelos quais se deve considerar na investidura de medidas por meio da administração pública – nas três esferas de governo – para dispensar tratamento humanitário às pessoas e aos grupos necessitados de refúgio no Brasil.

No que tange aos instrumentos normativos internacionais de proteção aos direitos humanos dessa população, há a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual proclama que todo ser humano tem capacidade de gozar os direitos e as liberdades, sem distinção de qualquer espécie ou condição, sejam elas fundadas em sentidos políticos, jurídicos, econômicos ou qualquer outra limitação à soberania, de modo que todo indivíduo tem o direito a ser reconhecido como pessoa perante a lei, bem como todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Prevê o instrumento internacional que todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. Expõe que, independentemente de sua situação de refúgio ou não,

todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz assegurar a si e a sua família condições mínimas de desenvolvimento humano, inclusive por meio de cuidados médicos e de serviços sociais indispensáveis, dentre outros meios condicionantes a uma vida digna (art. 2º c/c art. 6º e ss. da D.H.U./ONU/1948).

Ademais, é dever das instituições públicas – em todos os níveis de governo – assegurar direitos às pessoas refugiadas, tais como, dentre outros: 1. a liberdade religiosa; 2. o acesso a documentos de identidade; 3. o acesso à saúde; 4. o acesso à assistência social; nos termos do Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados (1967), promulgado por meio do Decreto nº 70.946/72.

Além disso, a proteção internacional de refugiados no âmbito do sistema regional da América Latina encontra guarida ainda na Declaração de Cartagena (1984), cujo conteúdo incorpora princípios fundamentais que visam a integração entre os países latinos, inclusive no que tange aos direitos dos refugiados.

Isto importa dizer que a proteção internacional das pessoas em situação de refúgio é tema cada vez mais consolidado no âmbito do sistema normativo, de modo que incumbe às instituições públicas promover esforços necessários à proteção e ao acesso aos bens e serviços aos refugiados enquanto seres humanos dotados de deveres e direitos a serem exigidos e protegidos pelas esferas públicas.

Como objetivou-se demonstrar anteriormente, a partir das premissas de uma democracia constitucional garantista – substancial – e diante de uma necessária – interdependência recíproca – (item primeiro), bem como considerado o arranjo normativo brasileiro (item segundo), é possível afirmar, por este ponto de vista, a possibilidade de juridicidade dos direitos ante a uma eventual aplicação inadequada dos recursos públicos pela administração pública.

Ou seja, na restrição de direitos fundamentais de assistência social, pode (como se demonstrará a seguir) o poder judiciário, por meio da dimensão de juridicidade de tais direitos, assegurar o acesso aos serviços públicos voltados à população em situação de vulnerabilidade. Inclusive, os direitos constitucionais voltados à ordem social podem ser concebidos como deveres do Estado e direitos dos Cidadãos. Diretrizes também são definidas, no Título da Ordem Social com relação à assistência social, ao

ensino, à cultura, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, à proteção do meio ambiente, dentre outros.

Ademais, ao menos do ponto de vista doutrinário, com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a constituição distribui entre as três esferas de Governo a competência para definir as políticas públicas. Neste paradigma, as políticas públicas de assistência social estão conjugadas com os direitos e deveres do cidadão e do Estado, de modo que precisam constar na execução adequada do orçamento público, especialmente com a finalidade de concretizar os direitos da área social, conforme previsto constitucionalmente (DI PIETRO, 2015, p. 900).

Isto posto, “as políticas públicas são vistas como o instrumento adequado para concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição, especialmente na área social”, essencialmente diante do modelo do estado social, cuja essência da proteção dos direitos fundamentais incumbe enquanto dever do Estado (DI PIETRO, 2015, p. 901).

Nesse caminho, “a consequência inevitável é a de que acabam por se colocar em confronto, em um lado o dever constitucional de atender às imposições constitucionais, que correspondem a direito do cidadão” – essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana, por exemplo, dentre outros direitos e princípios fundamentais – e, por outro lado, a escassez dos recursos públicos para atender a todos esses direitos (DI PIETRO, 2015, p. 902).

Tal qual assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, deve o Poder Judiciário decidir sobre a aplicação do Direito, posto que vigora no País o sistema de jurisdição *una*. Assim, procura-se controlar a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados. Prevê o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (MELLO, 2015, p. 974).

Di Pietro pondera que as medidas decisórias devem levar em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, razão pela qual afirma que é obrigatória a observância de tais princípios na medida em que se deve considerar se existem outros meios menos onerosos para os cobres públicos e se a medida é a mais adequada (DI PIETRO, 2015, p. 907).

Na trilha do modelo de democracia constitucional proposto por Luigi Ferrajoli, “conferido um poder, deve então existir normas a ele supraordenadas, que imponham limites e vínculos, isto é, proibições ou obrigações, voltadas à garantia dos interesses públicos e dos direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2015, p. 67).

Assim, parece imperativo argumentar que a juridicidade dos direitos constitucionais ao desenvolvimento social da população migrante e refugiada deve ser vista como forma de acesso à justiça e, em efeito, de consolidação de uma democracia constitucional garantista, dotada de vínculos e limites aos poderes instituídos e executado por meio de interdependências recíprocas às instituições, especialmente diante do contexto de crise global das instituições públicas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia central do presente artigo é sistematizar o debate sobre como a democracia constitucional garantista prevê a interdependência recíproca dos poderes e em que medida é possível aplicar tal categoria diante do arranjo normativo brasileiro.

Assim, nos parece fundamental defender a ideia da relação entre a democracia constitucional em Luigi Ferrajoli, com a ideia da administração pública baseada na concretização dos direitos fundamentais sociais, inclusive por meio da estruturação de sistemas federativos de divisão de competências e, por que não, com eventual decisão administrativa sujeita aos ditames da juridicidade da administração pública, desde que respeitados os direitos fundamentais do administrado e do administrador público.

Em suma, ri-se que a pesquisa proposta utiliza o método descritivo para contribuir com o conhecimento acadêmico sobre o tema da democracia constitucional e a sua relação com a administração pública, tendo como problema a juridicidade dos direitos fundamentais sociais por meio da necessária interdependência estatal, notadamente no contexto em que se consolida uma crise global da esfera pública.

De outra banda, imperativo asseverar que a presente pesquisa demanda continuidade sob novos estudos acadêmicos. Assim, a pesquisa aqui proposta não é um fim em si mesma, mas sim, um meio para contribuir com a investigação científica sobre a relação entre direito constitucional,

a administração pública, bem como o acesso aos serviços e às políticas institucionais pela população vulnerável cuja cidadania é diversa da brasileira. Limita-se, assim, ao objetivo descritivo do presente trabalho, sem, contudo, registrar que se trata de um tema em consolidação, cujo objeto de problematização poderá ser tratado em outras oportunidades de investigação acadêmica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25.jan.2019.

BRASIL. **Lei Orgânica da Assistência Social**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742compilado.htm>. Acesso em 25.jan.2019.

BRASIL. **Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social - NOB/SUAS**. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/public/NOBSUAS_2012.pdf>. Acesso em: 25.jan.2019

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FISCHER, Ricardo Santi e NETO COPETTI, Alfredo. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do Constitucionalismo Político para o Constitucionalismo Jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, julho/dezembro de 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/15/showToc>> Acesso em: 20.ago.18.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

- ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/>>. Acesso em: 05.mar.19.
- ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração de Cartagena de 1984**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/>>. Acesso em: 05.mar.19.
- ONU. Organização das Nações Unidas. **Protocolo Internacional relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/>>. Acesso em: 05.mar.19.
- ONU. Organização das Nações Unidas. Agência da ONU para Refugiados – ACNUR/ONU. **Número de refugiados e migrantes da Venezuela no mundo atinge 34 milhões**. Disponível em: <acnur.org.br>. Acesso em: 05.mar.19
- SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO

Leticia Menegassi Borges

Walbert Oliveira Veiga

1 INTRODUÇÃO

O Estado, para exercer suas finalidades essenciais, necessita de recursos materiais, oriundos, majoritariamente, de receitas públicas originárias e derivadas, destinadas a assegurar a sua própria administração, bem como a efetivação de políticas públicas voltadas à implementação dos direitos sociais e individuais, valendo-se, no que tange às receitas derivadas, isto é, advinda do patrimônio de particulares, da tributação (COELHO, 2009).

Essa obtenção de receitas tributárias por parte do Estado, no entanto, deve respeitar os limites delineados pelo ordenamento jurídico, notadamente, pela Constituição, enquanto norma dotada de supremacia e balizadora da atuação estatal, haja vista que a tributação afeta diretamente o direito individual à propriedade, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sobretudo no contexto do Constitucionalismo advindo das revoluções liberais do século XVIII. Pode-se afirmar, portanto, que a competência tributária expressa pelo efetivo exercício do poder de tributar e do dever fundamental de pagar tributos é modulado pela necessidade de efetivação dos direitos fundamentais e, mais especificamente, pela

proteção aos atributos da pessoa humana, dentre as quais, o direito a uma existência digna.

Como decorrência dessa premissa segundo a qual a tributação não é exação ilimitada, pelo contrário, deve visar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88) ao mesmo tempo em que é fonte material de recursos que viabilizam o Estado Social e Democrático de Direito, sobreleva-se o princípio da capacidade contributiva, previsto no artigo 145, § 1º, da CRFB/88, o qual objetiva mensurar a aptidão econômica do cidadão para contribuir, por meio do pagamento de tributos, com as receitas do Estado, para a consecução de seus objetivos. Dessa forma, a tributação graduada segundo a capacidade econômica do contribuinte é uma técnica que visa a atingir o ideal de justiça tributária.

Referido princípio protege o contribuinte de uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva), evitando-se comprometer os seus meios de subsistência ou o exercício de outros direitos fundamentais, uma vez que tais fatores tolgem sua capacidade econômica (AMARO, 2007). Por isso, Guimarães (2015, pg. 177) afirma que:

A intributabilidade do mínimo existencial deveria ser reconhecida como corolário da capacidade contributiva e como forma de superação do olhar formalista da tributação. Deve haver a correspondência entre as perspectivas jurídica e econômica para permitir que a consequência seja considerada no questionamento dos tributos. O direito serve a algo e, na relação Estado-indivíduo, quanto ao pagamento de impostos, o alcance da lei deve observar a concretização da capacidade contributiva e da isonomia.

Assim, a capacidade contributiva se torna uma das ferramentas portadoras da dignidade da pessoa humana, concomitantemente colocando o cidadão como um agente ativo na construção desses direitos, haja vista que, conforme as lições de Roque Antônio Carrazza (2009, p. 94) “Os impostos, quando ajustados à capacidade contributiva, permitem que os cidadãos cumpram, perante a comunidade, seus deveres de solidariedade política, econômica e social.”

Destarte, o objetivo deste trabalho é analisar a possibilidade de caracterização do princípio da capacidade contributiva e de seu viés de proteção à dignidade da pessoa humana através da garantia do mínimo existen-

cial como um dos direitos humanos à luz das características apontadas pela doutrina como próprias dessas espécies de direitos.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais integram a essência do Estado constitucional, não apenas como conteúdo formal, mas também, e principalmente, como elemento nuclear da Constituição em sentido material (SARLET, 2015), sendo necessário que o seu conteúdo saia do plano meramente normativo e ganhe dimensão real no seio da sociedade que lhe é tanto titular do poder constituinte que a criou quanto destinatária de seus fundamentos e objetivos.

Nessa toada, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, insculpido no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana pode ser definida como a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio (AWAD, 2006). Não é incomum que a doutrina associe o princípio sob análise a valores morais e até mesmo metafísicos, como se observa no trecho a seguir transcrito:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2006, p. 128).

No entanto, o conteúdo do princípio da dignidade humana não abrange somente tais valores de cunho mais subjetivo e abstrato, como também se espalha pelas dimensões mais práticas e concretas da vida, tais como a necessidade de que hajam meios para que as pessoas se desenvolvam, como por meio do trabalho, do acesso à saúde, à educação de qualidade, ao lazer, entre outras necessidades que, em maior ou menor medida dependem de recursos materiais como o dinheiro propriamente dito.

Tomando-se, por exemplo, o valor do salário mínimo como crité-

rio mais objetivo para que uma pessoa tenha condições materiais de viver com dignidade, uma vez que a própria CRFB/88, art. 7º, inc. IV, determina que ele deve ser suficiente para que os trabalhadores vejam atendidas “suas necessidades vitais básicas e as de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”, percebe-se que, abstraindo-se variantes tais como a região, é possível vislumbrar que esse critério (o salário mínimo), não garante o atendimento dessas condições.

Por exemplo, de acordo com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE, 2019), o salário mínimo necessário para aquisição dos itens da cesta básica nos termos da Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936, regulamentado pelo Decreto-Lei nº 399, ou seja, alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte no Brasil, em fevereiro de 2019 seria de R\$ 4.052,65 (quatro mil e cinquenta e dois reais e sessenta e cinco centavos), enquanto o valor do salário mínimo nessa mesma data é de R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais).

Ocorre que a metodologia de pesquisa empregada pelo DIEESE não faz menção aos tributos incidentes, seja sobre a renda dos trabalhadores, seja sobre os bens de consumo que compõem a cesta básica. Portanto, levando-se em consideração a tabela progressiva para o cálculo mensal do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF) observada nessa mesma data, a renda de R\$ 4.052,65 (salário mínimo ideal de acordo com o DIEESE) está sujeita à alíquota mensal de 22,5%. Já a alíquota efetiva, considerando-se a base cálculo ajustada pelas deduções autorizadas legalmente⁶ seria de 4,60%, ou seja, mesmo considerando-se o somente o IRPF (sem contar os tributos indiretos, incidentes sobre o consumo⁷) a tributação é um fator de diminuição da renda e do acesso aos itens da cesta básica.

Exsurge assim uma das funções do princípio da dignidade da pessoa humana que é delimitar certas áreas que deveriam suportar uma carga

6 Contribuinte sem dependentes, deduzida a contribuição previdenciária à alíquota de 11% e do valor de R\$ 826,15, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.558/2015.

7 Vale a ressalva de que não se desconhece que a análise da tributação como um fator ameaçador para pleno exercício do direito a uma existência digna é um recorte bastante limitado, haja vista que a maior parte da carga tributária recai sobre o consumo, e não sobre a renda.

tributária ínfima ou até mesmo serem imunes à tributação para que não se comprometa a garantia do mínimo existencial, aqui identificado como, pelo menos, acesso àquilo que deveria ser garantido pelo salário mínimo.

Vê-se, assim, que o princípio da dignidade humana é um importante fator de proteção dos direitos fundamentais contra a imposição de medidas restritivas, vinculando tanto o legislador, como também o administrador público (PEZZI, 2006), de modo que o poder de tributar deve ser exercido sem que representasse uma significativa diminuição do acesso às condições materiais básicas de existência. Em outras palavras, deveria ser impossível, a cobrança de um tributo que atingisse a dignidade do cidadão a ponto de desestruturar ou impedir o pleno desenvolvimento de sua personalidade (PEZZI, 2006).

Adotar a dignidade da pessoa humana como valor básico do Estado Social de Democrático de Direito é reconhecer o ser humano como o centro e o fim do direito, a quem não pode ser sonogado o mínimo existencial.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL E VEDAÇÃO AO CONFISCO

No contexto jurídico, o mínimo existencial contempla duas dimensões: uma negativa, de modo a impedir o exercício do poder tributário em virtude da precária situação econômica da pessoa (ausência ou reduzida capacidade contributiva), e uma positiva, de modo a assegurar a prestação de serviços públicos essenciais à elevação da dignidade humana (PEZZI, 2006).

Nota-se, portanto, que o Direito elege as condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de incidência tributária e, além disso, ainda demanda prestações estatais positivas tendentes à sua promoção (TORRES, 2005).

A teoria do mínimo existencial revela-se de suma importância para a proteção dos direitos fundamentais, uma vez que delimita uma área de direitos básicos a serem garantidos pelo Estado (PEZZI, 2006) no contexto do Estado Social e Democrático de Direito, que principalmente no período após a Primeira Guerra Mundial passaram a reconhecer e assumir, em suas respectivas Constituições, compromissos relativos a efetivação dos direitos sociais tendentes à ampliação do bem-estar social.

Este mínimo que deve ser resguardado da tributação para a preservação da dignidade da pessoa se refere à satisfação das necessidades vitais mínimas dos cidadãos-contribuintes, o que inclui não somente uma sobrevivência física, mas também uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões da dignidade (SARLET, 2015).

Na falta de previsão constitucional expressa, o mínimo existencial deve ser depreendido, implicitamente, do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Brasileira talhado no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88 (PEZZI, 2006).

Na seara do direito tributário, a proteção ao mínimo existencial refere-se à sua não-tributação, conseqüentemente, a capacidade contributiva somente deveria ser iniciada após a garantia do mínimo necessário à existência humana digna, e terminar aquém do limite destruidor da propriedade. Assim, a intributabilidade desse limite mínimo coincide com a total carência de capacidade contributiva (PEZZI, 2006).

Em relação ao princípio da vedação ao confisco de natureza tributária, há expressa vedação constitucional, conforme se extrai do artigo 150, inciso IV da CRFB/88 que proíbe os entes tributantes de utilizarem tributo com efeito de confisco.

No atual regime tributário brasileiro, o tributo com efeito de confisco é proibido sob todos os aspectos, seja qual for a interpretação dada aos dispositivos pertinentes ao direito da propriedade e ao regime econômico prevalente. O disposto no artigo 150, inciso IV da Constituição vigente não permite dúvidas quanto a isso (MACHADO, 1989).

A delimitação entre a tributação legítima de uma tributação confiscatória decorre dos parâmetros constitucionais que determinarão os respectivos limites. A possibilidade constitucional de tributação não se inicia com a pura e simples existência de riqueza. É imprescindível que tal riqueza ultrapasse o mínimo necessário para a realização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, sem os quais não se poderá falar em existência humana digna. Aborda-se tanto a preservação da dignidade do cidadão considerado isoladamente, bem como da sua estrutura familiar e das atividades produtivas (PEZZI, 2006).

Dessa maneira, ao se tributar acima da capacidade contributiva, haverá desde a mutilação da propriedade, onde se dá o início do efeito de

confisco, até a sua completa aniquilação, com a ocorrência do confisco propriamente dito (GOLDSCHMIDT, 2004).

É por esta razão que o princípio da vedação ao tributo com natureza de confisco deve ser avaliado conjuntamente com o princípio da capacidade contributiva. Ambos atuam como os dois lados de uma mesma moeda.

Uma vez que o confisco se inicia no exato ponto em que a capacidade tributária tem seu fim, a dificuldade está justamente em se determinar até onde a tributação pode avançar sobre o patrimônio sem que se configure o confisco.

Até o presente momento não há uma definição doutrinária ou jurisprudencial objetiva e satisfatória sobre as linhas demarcatórias do tributo com natureza confiscatória.

4 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

A capacidade contributiva vincula-se à ideia de justiça distributiva, de modo que cada cidadão arque com a carga tributária proporcionalmente à medida de sua riqueza, ratificando a assertiva de que a justiça consiste em dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*) (KISZKA, 2015).

O princípio da capacidade contributiva, de previsão expressa na Constituição brasileira, orienta o Poder Legislativo para que, no exercício da competência tributária, elabore a lei instituidora de impostos com a finalidade de se obter, justiça distributiva - solidariedade fiscal (art. 3º da Constituição Federal de 1988), tendo como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988) e, tendo como limite o princípio do não confisco (art. 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988) (KISZKA, 2015).

Tal norma expressa constitucionalmente se relaciona com outros direitos fundamentais, tais como a cidadania, o direito à propriedade, a livre iniciativa, haja vista que busca apontar a aptidão do contribuinte para suportar a obrigação tributária, sem que isto gere o perecimento da riqueza geradora da tributação, a saber, os recursos necessários para garantir as condições dignas de existência humana. Note, portanto, que não sujeita a aplicação à mera discricionariedade administrativa ou conformação legislativa, de forma a incidir apenas quando desejado pelo intérprete constitucional. Ao revés, apenas quando for impossível o legislador considerar

a personalidade que não ocorrerá a graduação dos tributos de acordo com a sua capacidade econômica.

Dada a existência de diferentes espécies tributárias no Brasil e dado o fato de que a literalidade do parágrafo 1º do art. 145 da CRFB/88 menciona tão somente os impostos, a abordagem dogmática do princípio da capacidade contributiva passa necessariamente pela compreensão de sua abrangência, é saber, quais são as espécies tributárias às quais o princípio sob estudo se aplica? Esse é um questionamento relativamente antigo tanto da doutrina quanto na jurisprudência brasileiras. Diante de tal questionamento acerca da aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva às diferentes espécies tributárias existentes no Brasil, Clóvis José Ceretta (2017, p. 284) conclui que ainda se encontra aberta a discussão, sobretudo no que tange às taxas e contribuições de melhorias em face da contraprestação estatal inerente à materialidade desses tributos. Já no que tange às contribuições especiais e aos empréstimos compulsórios, a doutrina tende a ser mais receptiva, já que em sua materialidade há conteúdo sinalagmático, podendo a exação recair sobre signos presuntivos de riqueza.

Após o delineamento do que seja a capacidade contributiva, cabe indagar: o princípio da capacidade contributiva se compatibiliza com o que determinam os pactos internacionais sobre direitos humanos? Vejamos.

Diz a alínea 1 do artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem que:

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

Já o artigo XXVII apregoa que “Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”.

Nessa seara, o artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, internalizado na legislação pátria através do decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, afirma que:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

A análise dos dispositivos em conjunto nos permite concluir que há plena compatibilidade entre o princípio da capacidade contributiva e o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

4.1. DOGMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS E A CARACTERIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO UM DIREITO HUMANO

Em autêntico esforço para sistematizar os direitos humanos segundo a sua estrutura, André de Carvalho Ramos (2017, p. 21)

Todo direito exprime a faculdade de exigir de terceiro, que pode ser o Estado ou mesmo um particular, determinada obrigação. Por isso, os direitos humanos têm estrutura variada, podendo ser: direito-pretensão, direito-liberdade, direito-poder e, finalmente, direito-imunidade, que acarretam obrigações do Estado ou de particulares revestidas, respectivamente, na forma de: (i) dever, (ii) ausência de direito, (iii) sujeição e (iv) incompetência, como segue. (RAMOS, 2017, p. 21).

Os conceitos acima expõem a estrutura lógica interna que permite identificar, sistematicamente, os direitos humanos. Levando-se em consideração o princípio da capacidade contributiva, percebe-se que esse direito fundamental pode ser identificado com a categoria do direito-imunidade, já que “o direito-imunidade consiste na autorização dada por uma norma a uma determinada pessoa, impedindo que outra interfira de qualquer modo”, de modo que enquanto o mínimo existencial deve ser imune à tributação, a capacidade contributiva e a vedação ao confisco autorizam o poder de tributar a ingressar no patrimônio da pessoa tão somente na medida de sua capacidade econômica e tão somente no nível necessário para que o contribuinte também participe, isto é, viabilize a efetivação dos direitos fundamentais. O que ultrapassar esse limite, passa a ser abuso do poder de tributar, embora não se tenha um patamar objetivamente identificado.

Já no tocante às características dos direitos humanos, estes foram se formando à medida que o ser humano foi identificando quais eram as prioridades que mereciam ser asseguradas; o que demonstra que, não é apenas a pessoa, que é incompleto, os direitos humanos também são, pois representam um constante vir a ser. Dutra vem definir o que são direitos humanos nos seguintes termos:

Os direitos humanos nada mais representam do que a necessidade de inclusão de pessoas na sociedade mundial, que, de fato, compõe a humanidade; e, ao fazer parte disto, justamente por sermos, em essência, iguais, ter reconhecidas e asseguradas as garantias essenciais pelo direito, seja através do ordenamento jurídico interno de cada Estado, seja através dos tratados e demais atos normativos pertinentes ao direito internacional (DUTRA, 2008, P. 161).

Vieira de Andrade apud Mendes (2014, p. 147) ao analisar o tema ensina que, em uma última análise, o ponto característico para fundamentar um direito humano essencial seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse seria o seu fundamento material.

Nessa mesma linha de pensamento, apresenta-se a conceituação de José Afonso da Silva (1992, p. 163-164), para quem os direitos fundamentais designam:

[...]no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se trata de situações jurídica sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive [...]

Portanto, percebe-se que a dignidade humana estabelece um elo com a própria gênese dos direitos humanos e é por meio dela que este deve ser observado e estruturado.

Os direitos fundamentais, (ARAÚJO, 2005, p. 109-110), podem ser conceituados como sendo a categoria jurídica que tem por escopo proteger a dignidade humana em todas as dimensões, buscando resguardar a pessoa na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

As principais características atribuídas aos Direitos Humanos fundamentais são a historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Os direitos fundamentais não nasceram repentinamente, advêm de uma evolução histórica até os dias atuais, na doutrina de historicidade podemos compreender através da afirmação de Norberto Bobbio (1992, p. 5-19) que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época

histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Além da historicidade dos direitos humanos, outra de suas características é a inalienabilidade ou indisponibilidade. Ao vincular a inalienabilidade à dignidade da pessoa humana, podemos afirmar que nem todos os direitos fundamentais seriam inalienáveis, possuindo assim esta característica somente aqueles que objetivariam resguardar a potencialidade do homem e de sua autodeterminação. Ou seja, a inalienabilidade não é absoluta. Nesse último aspecto, vale observar que:

A respeito da indisponibilidade dos direitos fundamentais, é de assinalar que, se é inviável que se abra mão irrevogavelmente dos direitos fundamentais, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional. São frequentes – e aceitos – atos jurídicos em que alguns direitos fundamentais são deixados à parte, para que se cumpra um fim contratual legítimo. (MENDES, 2014, p.151).

Mais uma das características dos direitos humanos é a imprescritibilidade, segundo a qual os direitos fundamentais não desaparecem pelo decurso do tempo, pelo não uso, uma vez que os mesmos estão em permanente processo de incorporação avançando no sentido de aumentar sua essência, sendo que, além de agregar novos direitos, aumentam o âmbito de ocorrência entre os seres humanos.

Em relação à irrenunciabilidade pode-se afirmar que tal característica apresenta a ideia de que os direitos humanos são inerentes à condição humana, ninguém pode abrir mão de tais direitos, uma vez que os mesmos possuem uma eficiência objetiva no sentido que não importa apenas para o sujeito em si, mas interessam a toda sociedade. Vale evidenciar que não se trata de uma característica absoluta e sim relativa, pois, ainda que em caráter de exceção, é possível que o indivíduo abra mão, espontaneamente, de certos direitos, como é o caso da intimidade e da privacidade. Exemplificativamente, aceita-se a renúncia temporária e excepcional de um direito fundamental, pelo que Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo

(2008, p. 102), comentam um caso ilustre de renúncia temporária e específica:

[...] o que ocorre nos programas de televisão conhecidos como reality shows (Big Brother Brasil, por exemplo), em que as pessoas participantes, por desejarem receber o prêmio oferecido, renunciam, durante a exibição do programa, à inviolabilidade da imagem, da privacidade e da intimidade (art. 5º, X, CF).

Essa relatividade dos direitos humanos traz consigo a ideia de que esses não podem pretender sentido unívoco de conteúdo a todo tempo e em todo lugar. Por isso, o sentido dado a esses direitos depende, entre outros fatores, do seu contexto histórico.

Diante de tais ideias, pode-se afirmar que a capacidade contributiva se enquadra no critério da historicidade, visto que construída ao longo dos séculos e, atualmente, positivada na CRFB/88. Também vai ao encontro do critério da inalienabilidade, visto que, intransferível, inegociável, pois não se constituem de conteúdo econômico-patrimonial disponível ao cidadão.

Enquadra-se ainda no critério da imprescritibilidade, uma vez que não desaparecem pelo decurso do tempo ou pelo não uso sendo uma garantia atemporal.

Por fim, atende também ao critério da irrenunciabilidade, pois obriga ao legislador instituidor do tributo e não é passível de renúncia por parte do sujeito passivo.

CONCLUSÃO

A relação jurídica tributária não é mais concebida como mera relação de poder verticalizada, com o Estado sobrepondo o cidadão. Ela nasce sob a reserva dos direitos fundamentais, o que legitima a própria atuação estatal e protege o cidadão de uma atuação estatal desproporcional e desarrazoada.

No que tange ao sistema constitucional brasileiro, os direitos fundamentais são normas positivadas, de forma explícita ou implícita, merecedoras de especial proteção haja vista que carregam em seu conteúdo uma forte carga axiológica.

Os preceitos relativos aos direitos fundamentais devem ser pensados não somente sob a ótica de direitos subjetivos (positivos e negativos), mas principalmente como decisões valorativas da Constituição, que vinculam a atuação dos três Poderes.

Conforme preceitua o artigo terceiro da CRFB/88, é objetivo fundamental do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e que tenha por fundamento a dignidade da pessoa humana. Para que se alcance tal fim, o Estado deve promover a justiça social, buscando a superação das distorções na repartição do produto econômico. A atividade tributária se insere nesse processo ao efetuar uma redistribuição da riqueza, tributando proporcionalmente à capacidade contributiva - onde quem tem mais, contribui com mais- e empenhando a receita pública aos que mais precisam, por meio de prestações estatais positivas.

Neste contexto, é imprescindível garantir o mínimo existencial a todo cidadão. Essa garantia, ainda que sem previsão constitucional expressa e literal, assegura, de um lado, uma área insuscetível de tributação, sob pena de comprometimento da dignidade humana, bem como de outro um direito subjetivo ao fornecimento de prestações sociais básicas por parte do Estado.

Em relação à capacidade contributiva, o legislador constituinte a vislumbrou como um critério distintivo legítimo dos sujeitos passivos que não se encontram em uma situação jurídica equivalente. Buscou, dessa maneira, concretizar a equidade tributária. Assim, aqueles que estão em uma mesma situação jurídica devem ser tributados na mesma proporção. Quem possui maior potencial de riqueza arca com uma alíquota maior, respeitada a vedação do confisco. Quem não ultrapassou o patamar do mínimo existencial não deve ser tributado.

Há, portanto, uma lógica de complementação entre os institutos. Por um lado, ele é complementado pelo princípio da dignidade humana, na margem oposta, pelo princípio da vedação de tributo com efeito de confisco. A capacidade contributiva deve começar além do mínimo necessário à existência humana e terminar no limite do tributo de natureza confiscatória.

Assim, ao resguardar o mínimo existencial e, em íntima relação, proteger o cidadão do tributo com efeito confiscatório, parece-nos possível avaliar o princípio da capacidade contributiva como um dos direitos humanos.

Para que se alcance a justiça fiscal, deve-se respeitar a capacidade contributiva, de modo que a sanha arrecadadora do Estado não alcance a faixa pertencente ao mínimo existencial e nem viole o limite da propriedade. A violação do mínimo existencial e o confisco afrontam a dignidade humana, e não se coadunam com o sistema constitucional brasileiro, nem com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Alexandrino, Marcelo e Paulo, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**, 2ªEd, Impetus, 2008 p. 102
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.138
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- AWAD, Fahad. (2012). **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Revista Justiça Do Direito, 21(1). Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2182/1413>. Acesso em 31 mar. 2019.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. DECRETO nº 591, DE 6 DE JULHO DE 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 31 mar. 2019.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CERETTA, Clóvis José. **Princípio da capacidade contributiva: sua aplicabilidade nas diversas espécies tributárias**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito público). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/10938>. Acesso em 26.mar.2019.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

DA SILVA, José Afonso, **Curso de direito constitucional positivo**, São Paulo: Malheiros, 1992.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 26 mar. 2019.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). Pesquisa Nacional de Cesta Básica de Alimentos: salário mínimo nominal e necessário. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em 01 abr. 2019.

GOLDSCHMIDT, Fábio Brun. **O princípio do Não-Confisco no Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUIMARÃES, Ariane Costa. **Reforma tributária**: Ipea-OAB/DF / Organizadores: Adolfo Sachsida, Erich Endrillo Santos Simas. - Rio de Janeiro: Ipea, OAB/DF, 2018. p. 117. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180508_reforma_tributaria.pdf. Acesso em 30 mar. 2019.

DUTRA Domingues Micaela: **Capacidade Contributiva: Análise dos direitos humanos e fundamentais**, Brasília, Sarai-va, 2008.

KISZKA, Iraci de Oliveira **Capacidade Contributiva E Dignidade Da Pessoa Humana**. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXV, Nº. 000075, 04/11/2015. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/capacidade-contributiva-e-dignidade-da-pessoa-humana> . Acesso em: 31/03/2019.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.
- PEZZI, A. C. G. **Dignidade Humana, Mínimo Existencial e Limites à Tributação no Estado Democrático de Direito**. Dissertação de mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) apresentada em 12/12/2006. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4242> . Acesso em 29 mar. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- TORRES, R. L. A legitimação da capacidade contributiva/ e dos direitos fundamentais do contribuinte. In: SCHOUERI, L. E. **Direito tributário**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TORRES, R. L. **Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

AS BOAS PRÁTICAS DE GESTÃO APLICADAS ÀS LICITAÇÕES COMO MANIFESTAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL: A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS PELA INOBSERVÂNCIA DA BOA ADMINISTRAÇÃO

Ruy Tadeu Mambrini Ribas

Mateus Stallivieri da Costa

Arthur Bobsin de Moraes

INTRODUÇÃO

A principal questão que se pretende analisar no presente ensaio concentra-se no exame dos critérios de responsabilização dos agentes públicos, funcional e patrimonialmente, pelos prejuízos advindos de realização de contratos administrativos fundados na ausência de boas práticas de gestão.

O estudo jurídico a ser apresentado parte da análise do caráter especial das boas práticas de gestão que devem ser adotadas pela Administração Pública. A seguir, será realizada a exegese sistemática na teoria da responsabilização dos agentes públicos – funcional ou patrimonialmente – pelos prejuízos e ausência de planejamento nos contratos administrativos.

Além disso, toda a fundamentação e o tratamento do presente tema serão realizados com a ideia de boas práticas de gestão como manifesta-

ção de direito fundamental, à luz da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Serão objeto de análise, ainda, os critérios objetivos na elaboração de Termo de Referência, descrição completa e detalhada do instrumento convocatório, criação de mecanismos de acompanhamento de contratos administrativos e controle das boas práticas de gestão e governança.

Por fim, em relação à responsabilização dos agentes públicos que participam do processo licitatório, o que se procura demonstrar é se os agentes respondem pelos prejuízos por má gestão e fiscalização dos contratos, fato que poderá implicar a responsabilização solidária da autoridade competente pelos vícios ocorridos em procedimentos licitatórios.

BOAS PRÁTICAS DE GESTÃO ADOTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MANIFESTAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Cabe pontuar que as chamadas boas práticas de gestão, ações ou medidas, são, ao fim e ao cabo, descendentes diretas do princípio da eficiência, com origem recente, no ano de 1998 com a edição da Emenda Constitucional nº. 19⁸. É fato, portanto, que a busca pela eficiência – boas práticas de gestão – e não apenas pelo cego cumprimento da legislação, ainda é embrionária em nosso ordenamento jurídico.

Mas e qual a origem do princípio da eficiência? A bem da verdade, a origem é no direito italiano, que há muito tempo estuda e aplica o princípio da boa administração⁹, que significa, desenvolver a atividade adminis-

8 Art. 3º O caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo os §§ 7º a 9º: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

9 Nesse sentido, colhe-se do magistério de Guido Falzone: “Pua dirsi pertanto che un elemento di doverosità sia insito nell’esercizio delle tunzioni in genere, ed ancora, poichè la cura di determinati interessi si sostanzia nell’amministrazione dei medesimi, che tale carattere di doverosità, si riduca, in ogni caso, alla esigenza che il soggetto titolare della funzioni amministrati rettamente ed opportunamente tali interessi.” *Il Dovere di buona amministrazione*, Giuffrè Editore, 1953, p. 55

trativa de modo mais congruente, adequado, oportuno e voltado aos fins que buscam ser alcançados, por meio da escolha dos meios e formas mais idôneos para isto. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 125)

Além disso, é a própria proporcionalidade que coíbe e afasta a ampla discricionariedade, o que exige do Estado escolhas voltadas à boa administração, sob pena de causar desproporcional dano injusto por excessos ou omissões inconstitucionais (HUMENHUL, 2016, p. 30)

Não se pode olvidar que a Administração, mesmo atuando com base no exercício de sua discricionariedade, necessita obedecer aos critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em estrita sintonia com o senso normal das pessoas. É inaceitável a conduta bizarra, incoerente e praticada com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse condições normais de prudências e sensatez. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 111)

O termo “gestão pública” refere-se às técnicas utilizadas pelo administrador público para responder às demandas da sociedade. Conclui o autor ao afirmar que as estratégias de gestão pública possuem caráter instrumental, dizendo respeito, em última análise, aos meios utilizados pelo Poder Público para atingir seus objetivos e satisfazer ao interesse público (LINS, 2015, p. 28).

O entendimento também é corroborado pela posição de Daniel Hachem, que assinala como principal objetivo da gestão pública a compreensão de como as instituições públicas podem atender às atribuições que são inerentes, de forma eficaz, eficiente, transparente através de técnicas específicas para uma gestão efetiva e responsável (HACHEM, 2011, p. 77).

A elaboração de termos de referência e editais, instrumentos fundamentais para definir as diretrizes dos procedimentos de compras, claros, objetivos e com a descrição detalhada do produto que a administração necessita é fundamental. Talvez o primeiro passo para uma administração que respeite as boas práticas de gestão é a construção de instrumentos convocatórios em sintonia com os princípios da razoabilidade e eficiência.

A importância de editais bem formulados, e sem margem para interpretações equivocadas, é fundamental para que todo o processo licitatório ocorra, afinal, toda a ação administrativa é procedimentalizada, assim a elaboração do termo de referência é essencial para orientar a correta confecção da minuta contratual e constitui-se como pressupos-

to para construção válida da relação processual licitatória (OLIVEIRA, 2013, p. 9).

Em relação à importância do instrumento convocatório e da correta descrição do objeto, Joel de Menezes Niebuhr, com a clareza que lhe é peculiar, afirma que o sucesso da licitação depende da fase interna, da elaboração do edital, pois é nele que a Administração define todas as condições determinantes do processo licitatório. Dito isso, se o edital for mal elaborado, como contiver exigências demasiadas, por certo que a Administração colherá prejuízos com a licitação e com o contrato que a segue (NIEBUHR, 2005, p. 105).

Especificamente em relação ao termo de referência, relevante consignar a lição de Tatiana Camarão, que tece importantes considerações sobre a natureza do termo de referência ao conceituá-lo como o documento pelo qual a Administração descreve o objeto, de forma detalhada e precisa, que pretende contratar (CAMARÃO, 2013, p. 25).

Genilsa Soares de Andrade e Emília Fernandes de Brito esclarecem que a importância, além da elaboração do termo de referência, está na conduta ética dos agentes públicos no processo licitatório, a adoção de uma gestão de governança, planejamento e boas práticas nas aquisições, sobretudo guardando os “mandamentos” exarados pela legislação, buscando atuar de forma proba, atendendo sempre aos interesses da Administração (ANDRADE; BRITO, 2017, p. 134).

O posicionamento acerca da definição precisa do objeto licitado foi sedimentado no enunciado da Súmula nº. 177 do Tribunal de Contas da União, que precisamente estabeleceu: *a definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado da igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão*¹⁰.

10 Fundamento Legal: Constituição, arts. 70, §§ 1º, 3º e 4º, e 72, § 5º; Decreto-lei nº 199, de 25/02/67, arts. 31, I, II e V, 37 e 40, I; Decreto-lei nº 200, de 25/02/67, arts. 125, 126 e 130, V, VI e VII; Precedentes Proc. nº 035.495/81 Sessão de 17/11/81, Ata nº 86/81, DOU de 11/12/81, pág. 23.590; Proc. nº 022.788/82, Sessão de 23/09/82, Ata nº 72/82, Anexo III, DOU de 20/10/82, págs. 19.682, 19.694 e 19.695.

Não fosse suficiente, o tratamento que deve ser dado às boas práticas de gestão realizada pela administração pública na condução dos processos licitatórios necessita observar a efetividade dos direitos fundamentais, sejam eles de defesa ou prestacionais, demanda a necessidade de uma atuação diligente e proporcional, para que os poderes constituídos concretizem formal e materialmente esses direitos (HUMENHUL, 2016. p. 30)

É justamente por este fato que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia disciplina, em seu artigo 41, que é um direito fundamental dos indivíduos e da comunidade humana uma boa administração.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia determina, por exemplo, que é direito fundamental por parte da administração, de fundamentar as suas decisões e que todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções.

Em sentido mais amplo, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos também assegura que toda a pessoa tem direito contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Em resumo, os procedimentos licitatórios necessitam de cuidados e de boas práticas de gestão para o correto andamento da contratação. É necessária a consciência de que a proposta deve ser a mais vantajosa, e não a mais barata. Sem o devido planejamento, o barato sai caro.

Conclui-se, ainda, que o dever de respeitar as boas práticas de gestão é direito fundamental, assegurado, em sentido estrito pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e uma significação mais abstrata pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando prevê que é direito de todo cidadão a defesa contra os atos que violem os direitos fundamentais.

RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO PELOS PREJUÍZOS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Aqui, abordar-se-ão os pontos de responsabilização dos agentes públicos, primeiramente em decorrência da ausência de planejamento nos contratos administrativos e, ato contínuo, a responsabilização do prefei-

to e de seus secretários por má gestão e fiscalização de contratos administrativos.

É sabido que a ideia de que o Estado é responsável pelos danos causados aos administrados é uma construção recente, que remonta ao surgimento do próprio Estado de Direito, caracterizado pela submissão do Estado ao ordenamento jurídico que ele mesmo tenha editado (SCATOLINO, 2016. p. 852).

Não destoia deste entendimento a íntima ligação entre a responsabilidade do Estado e própria noção do Estado Constitucional, em que a sujeição dos indivíduos à lei, à separação dos Poderes e, modernamente, aos direitos fundamentais, embasa toda a estrutura pela qual, caso se haja ocasionado dano a alguém, imputa-se a responsabilidade de repará-lo (MOROSINI, 2016)

A responsabilidade civil do agente público encontra-se regulamentada no artigo 37 da Constituição Federal, que também trata da responsabilidade do Estado por atividades que lhe são imputadas. Além disso, a responsabilidade decorre da violação de um dever jurídico a que estava submetido determinado agente público.

Mister salientar, antes de discorrer sobre a responsabilidade dos agentes públicos que participam do processo licitatório, que as instâncias administrativa, criminal e civil são independentes entre si, o que significa que determinada infração legal pode produzir responsabilização apenas na esfera administrativa, ou, ainda, cumular-se com outras responsabilizações civis e/ou penais.

A própria terminologia “agente público” decorre do fato de que a responsabilidade deve alcançar todas as categorias de agentes, sejam eles políticos, administrativos e particulares em colaboração com o Estado, não importando a justificativa sob os quais prestam serviço público (CARVALHO NETO, 2014. p. 14)

A própria Lei de Licitações, Lei Federal nº. 8.666/1993, prevê em seu art. 6º, inciso XVI, acerca das funções dos agentes públicos que participam do certame licitatório, especialmente em relação a essa comissão de licitações, que tem como função receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos ao cadastramento de licitantes.

A bem da verdade, ao longo de toda a Lei de Licitações e Contratos é possível identificar dispositivos que versam sobre procedimentos a serem

adotados pela comissão de licitação, desde a elaboração do Termo de Referência, já abordado em outro tópico da consulta, como na condução do processo licitatório.

Diante disso, é de importância ímpar sempre definir quais as atribuições e os deveres dos agentes públicos que participam do processo licitatório, de modo que, ao tratar da responsabilidade funcional e patrimonial, seja possível identificar as tarefas desempenhadas pelos agentes envolvidos no certame.

A Lei de Licitações disciplina, no § 3º do art. 51, acerca da responsabilidade dos membros das comissões de licitação, dispondo, inclusive, que os referidos agentes responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente, devidamente fundamentada e, inclusive, registrada em ata da reunião em que a decisão tomada foi contraditada.

Apenas nestas situações que os membros da comissão responderão pelas consequências decorrentes da decisão tomada, como se tivessem adotado tal conduta de maneira individual.

Questão relevante está relacionada quanto à exclusão da responsabilidade do membro da comissão se possível provar e comprovar que não agiu, ao menos, com culpa. Também é excluído da responsabilidade, conforme aduzido no parágrafo anterior, aquele agente que, expressa e justificadamente, tomar posição individual divergente da adotada pela comissão de licitação.

Novamente se recorre a Lei de Licitações para esclarecer acerca da responsabilidade dos agentes públicos que participam do processo licitatório pois, ao dispor no art. 82, a Lei Federal afirma que os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da Lei de Licitações ou que atuem visando a frustrar os objetivos do certame estão sujeitos às sanções previstas na própria Lei “e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar”. Ou seja, além das sanções previstas no diploma licitatório, os agentes que praticam atos em desacordo com a legislação também estão sujeitos às responsabilidades civil e criminal.

Marçal Justen Filho é preciso ao estabelecer que a responsabilidade solidária dos agentes que participam do processo licitatório depende de culpa, somente havendo responsabilização se caracterizada a atuação

pessoal e culposa do agente no cometimento da infração ou irregularidade ou que tenha se omitido (ainda que culposamente) na adoção na prática dos atos necessários para evitar o dano. Por outro lado, se o agente, por negligência, manifestou sua concordância com o ato, tornou-se responsável pelas consequências dele advindas. Se, porém, ele adotou as precauções necessárias e o vício era imperceptível não obstante a diligência empregada, não há responsabilidade pessoal (JUSTEN FILHO, 2005, p. 480).

Na mesma baila é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que instado a se manifestar, em mais de uma oportunidade adotou o entendimento de que os membros das comissões de licitação, especial ou permanente, devem ser condenados em débito solidariamente com os demais responsáveis, caso a irregularidade por eles praticada tenha nexos de causalidade com o prejuízo advindo da realização do contrato administrativo. Nessa situação podem ser apenados com a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992.

Para elucidar a questão, vale citar e chamar a atenção ao Acórdão nº. 1.456/2011 do Plenário do Tribunal de Contas da União, onde o Ministro Relator José Jorge consignou em seu voto que os agentes públicos que participaram do processo licitatório e não agiram com a devida diligência no exercício de suas funções, permitindo que inconsistências relevantes e de fácil percepção, tais como cláusulas editalícias em desconformidade com os princípios que norteiam a administração pública e ausência de orçamento detalhado expressando os custos unitários da obra, fossem levadas adiante sem que se procedesse a sua devida correção, são responsáveis pelos prejuízos advindos da realização do contrato.

Conclui-se que os agentes públicos que participam do processo licitatório desde a elaboração do termo de referência, descrição do objeto da licitação e acompanhamento do contrato, respondem pelos prejuízos dele advindo, isso porque é função legal da comissão de licitação observar o regramento e atuar de maneira diligente.

É fato ainda que o agente público, no desempenho da sua missão funcional, responderá por eventuais omissões ou práticas de atos contrários à lei. São justamente essas omissões ou atos que poderão resultar ao fiscal a sua responsabilização nas órbitas administrativa, criminal e civil.

RESPONSABILIZAÇÃO DO PREFEITO E DE SEUS SECRETÁRIOS POR MÁ GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Pondera-se, inicialmente, que (i) no âmbito da responsabilização administrativa o que se busca é resguardar o correto comportamento funcional do agente no desempenho das suas atribuições e funções; já (ii) no âmbito da responsabilidade criminal, relevante ponderar que não se limita aos crimes previstos na Seção III do Capítulo IV da Lei 8.666/93, mas também aos crimes próprios do servidor público, tipificados no Código Penal; por fim, (iii) no que se refere à responsabilização civil, decorrerá de eventuais danos ao erário.

É de singular relevância pontuar que os órgãos de controle da Administração dedicam muita atenção durante o processo licitatório – análise da licitação, buscando identificar ilegalidades no edital ou no procedimento – contudo é necessário focar e dedicar esforços na fiscalização e, principalmente, na escolha dos fiscais e dos gestores, função do Prefeito Municipal e seus Secretários.

Dito isso, a fiscalização do contrato administrativo é um dever da administração, não apenas uma opção discricionária da autoridade administrativa. A lei impõe a obrigação de acompanhamento e fiscalização da execução do ajuste por uma pessoa especialmente designada pela Administração.

É justamente o fiscal do contrato, responsável por garantir, por exemplo, que a obra ou o serviço foram realizados com qualidade e de acordo com a boa técnica.

Como já dito acima, é da Lei de Licitações que decorre a obrigação de a Administração designar um representante para realizar o acompanhamento e a fiscalização dos contratos por ela celebrados.

Entretanto, silencia a legislação na forma de como será tal designação. Apenas para exemplificarmos, citamos que a designação poderá ser formalizada por meio da indicação do fiscal no próprio instrumento contratual ou por meio da expedição de um ato administrativo específico, a exemplo de uma portaria.

O papel do fiscal do contrato, escolhido pelo prefeito e pelos seus secretários, é fundamental para assegurar que seja efetivamente entre-

gue o que foi contratado pelo Poder Público. Se falhar nessa tarefa, atestando, por exemplo, a prestação de serviços não realizados ou, ainda, sendo omissos ao não apontar a alteração de serviços não autorizada pelo Poder Público, pode vir a ser responsabilizado pelos prejuízos causados ao erário.

Assim, caso o fiscal designado não possua a experiência necessária, ou ainda, não cumpra com sua função planejada, é possível atribuir, no entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, eventual *culpa in vigilando*, aos responsáveis na aplicação dos recursos públicos. Aliás, este é o voto condutor do Ministro Walton Alencar Rodrigues, que no corpo do Acórdão nº 1.190/2009, Plenário, entendeu que mesmo que o antigo prefeito alegue, como excludente de culpabilidade, o fato de não ter acompanhado diretamente a formalização e a execução do contrato, o então gestor municipal concorreu para o dano que lhe foi imputado por *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*.

Como se depreende dos fatos, o ex-prefeito atrai para si a responsabilidade civil e administrativa também por não ter bem selecionado agentes probos a quem delegou tais tarefas operacionais, bem como por não ter devidamente supervisionado e exigido dos seus subordinados o escorreito cumprimento da lei.

A *culpa in vigilando* é aquela que decorre da falta de atenção do agente público para com o procedimento de outra pessoa que está sob sua guarda, fiscalização ou responsabilidade¹¹.

Muitas são as decisões do Tribunal de Contas da União no sentido de responsabilizar os gestores com imputação de débito ou aplicação de multa, por omissão no dever de supervisionar a atuação dos subordinados: Acórdãos nº 698/2002; nº 699/2002; nº 963/2006 todos da 1ª Câmara e nº 730/2004 e nº 1.432/2006, ambos do Plenário. Chama atenção a ementa do acórdão nº. 1.432/2006¹²

11 Tribunal de Contas da União. Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos. Introdução à Responsabilidade. 2013, p. 20.

12 Atribui-se a culpa “in vigilando” do Ordenador de Despesas quando o mesmo delega funções que lhe são exclusivas sem exercer a devida fiscalização sobre a atuação do seu delegado. 3. Atribui-se a culpa “in vigilando” dos responsáveis por funções fiscalizatórias pelos débitos correlacionados a falta ou deficiência do competente controle.

Na mesma linha, a *culpa in elegendo* é aquela que decorre da má escolha do representante, eis que a escolha de subordinados comprovadamente despreparados ao exercício de tarefas inerentes aos cargos que ocupam pode ensejar a responsabilização daquele que os indicou. Novamente, à título de exemplo cita-se a Ação Civil Pública que tratou de matéria envolvendo recursos públicos: *Presidente de Associação que delega a coordenação da entidade a terceiro, mesmo ao amparo de norma estatutária, responde solidariamente por danos que este causa à entidade, desviando para fins particulares valores que ela recebeu para a consecução de seus fins sociais. Trata-se de culpa in eligendo et in vigilando, que prescinde da demonstração do dolo do preponente em coadjuvar as atividades ilícitas de seu preposto.*¹³

Entretanto, é necessário e fundamental o exame individual da conduta de cada agente envolvido no processo, pois não se admite análise de conduta por atacado, sem apreciar as peculiaridades e circunstâncias que cercavam cada agente. É importante se atentar ainda ao perigo de uma aplicação indiscriminada da *culpa in elegendo* e da *culpa in vigilando*, sob pena de sempre ensejar a responsabilização dos superiores pelos atos cometidos por subordinados que aqueles escolheram.

Seguindo o descrito no parágrafo acima, em algumas oportunidades o Tribunal de Contas da União já afastou a responsabilidade da autoridade que homologa o certame, ainda que o processo licitatório possua vícios ocultos da licitação, desde que sejam de difícil percepção na análise procedida no momento da homologação.

Esta é a posição de Acórdão 2300/2013-TCU-Plenário, em que foi definido pela responsabilização solidária da autoridade competente pelos vícios ocorridos em procedimentos licitatórios, exceto se as correspondentes irregularidades decorrerem de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis na análise procedida pela autoridade encarregada da homologação do certame (acórdãos do Plenário 3.389/2010, 1.457/2010, 787/2009; acórdão da 2ª Câmara, 1.685/2007 e acórdão da 1ª Câmara, 690/2008, dentre outros).

Com efeito, entende-se que a ausência de planejamento, que leva a uma péssima fiscalização do contrato administrativo, poderá implicar a responsa-

13 (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. QUINTA TURMA CÍVEL – APELAÇÃO CÍVEL Processo 47.401/98, data do julgamento: 13/05/99, Relatora ANA MARIA AMARANTE)

bilização solidária da autoridade competente pelos vícios ocorridos em procedimentos licitatórios, decorrente de *culpa in elegendo* e da *culpa in vigilando*, salvo se os vícios ocultos forem considerados dificilmente perceptíveis.

CONCLUSÕES

A elaboração do presente ensaio demonstrou o dever da Administração Pública em adotar, em seus procedimentos licitatórios, cuidados e boas práticas de gestão para o correto andamento da contratação, como planejar o Termo de Referência e descrever o objeto de maneira precisa e completa.

No mesmo sentido, percebeu-se que as boas práticas de gestão, ações ou medidas que devem ser adotadas pela Administração Pública, são justamente para evitar o desperdício passivo de bens consumíveis, como a adoção de critérios objetivos na elaboração de Termo de Referência, descrição completa e detalhada do instrumento convocatório, criação de mecanismos de acompanhamento de contratos administrativos e controle das boas práticas de gestão e governança.

Com efeito, percebeu-se, com a elaboração do presente ensaio, que é tendência global, inclusive prevista na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito fundamental dos indivíduos e da comunidade humana a uma boa Administração.

A interpretação da legislação e dos atos administrativos e de governo haverá de ser sempre desempenhada de modo a, exaltando a harmonia do sistema jurídico, valorizar condigna e adequadamente os seus princípios fundamentais, buscando dar-lhes eficácia.

Por outro lado, os agentes públicos que participam do processo licitatório desde a elaboração do termo de referência, descrição do objeto da licitação e acompanhamento do contrato, respondem pelos prejuízos dele advindo, no desempenho da sua missão funcional, inclusive, por eventuais omissões ou práticas de atos contrários à lei.

Além disso, a ausência de planejamento, que leva a uma péssima fiscalização do contrato administrativo, poderá implicar a responsabilização solidária da autoridade competente pelos vícios ocorridos em procedimentos licitatórios, decorrente de *culpa in elegendo* e da *culpa in vigilando*.

Em relação à responsabilização dos agentes públicos que participam do processo licitatório, afirma-se e reafirma-se que os agentes respondem pelos prejuízos dele advindo, isso porque é função legal da comissão de licitação observar o regramento e atuar de maneira diligente.

Por fim, a possibilidade de se ensejar a responsabilidade do prefeito e de seus secretários por má gestão e fiscalização de contrato, poderá implicar a responsabilização solidária da autoridade competente pelos vícios ocorridos em procedimentos licitatórios, decorrente de *culpa in elegendo* e da *culpa in vigilando*, salvo se os vícios ocultos forem considerados dificilmente perceptíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Genilsa Soares de; BRITO, Emília Fernandes de. **Conduta ética e boas práticas no processo licitatório**. Revista de Educação, Ciência e Tecnologia do IFRS, v.4, n.3, p: 134-145, jul/dez 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em 30.03.2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.666/1993**, de 21 de junho de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm, acesso em 30.03.2019.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos**. Introdução à Responsabilidade. 2013.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. QUINTA TURMA CÍVEL – APELAÇÃO CÍVEL Processo 47.401/98, data do julgamento: 13/05/99, Relatora ANA MARIA AMARANTE.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **Responsabilidade Extrac contratual do Estado Por Omissão**. 1ª Ed. Brasília: Gazeta Jurídica. 2014.

FALZONE, Guido. *Il Doveri di buona amministrazione*, Giuffrè Editore, 1953.

HACHEM, Daniel Wunder. **Gestão Pública e Realidade Latino-Americana**. In: SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coords.). Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

HUMENHUL, Hesterston. **Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por Omissão**. 1ª Edição. Porto Alegre, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética. 2005.

LINS, Bernardo Wildi. **Organizações Sociais e Contratos de Gestão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MOROSINI, Marco Aurélio. **Aspectos teóricos da responsabilidade civil do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional**. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/167774/339926.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso 09/04/2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico de Acordo com o Decreto nº. 5.450/05**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Zênite, 2005.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. **Licitações: cautelas e boas práticas na elaboração de editais e termos de referência.** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, p. 918, ago. 2013

SANTANA, Jair Eduardo. CAMARÃO, Tatiana. CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos-** 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de direito administrativo.** 4^a Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

A DESIGUALDADE TRIBUTÁRIA BRASILEIRA COMO PROJETO

Yago Renan Licarião de Souza

1 INTRODUÇÃO

No universo do estudo jurídico brasileiro, ganha força entre acadêmicos e instrumentalizadores uma visão dogmática do Direito, como se este fosse erigido de forma absolutamente dissociada do contexto social, histórico e político da sociedade.

Esse viés ignora, portanto, a tensão de classes que permeia a formação de um ordenamento jurídico, os interesses que se encontram resguardados nas normatizações, e até mesmo a influência da formação histórica na conjuntura presente, sob os argumentos da neutralidade e imparcialidade jurídicas.

Todavia, o saber acadêmico que se preocupa em impactar a conjuntura social que o permeia precisa, invariavelmente, ir na contramão desta corrente estática para, enfim, compreender a realidade em suas contradições intrínsecas e, principalmente, na capacidade de sua transformação.

Faz-se necessário, para um olhar científico mais acurado, se distanciar dos discursos oficiais de justificação de determinados institutos e mecanismos para poder observar como, na realidade concreta, operam suas estruturas, o que significa menos deter o conhecimento técnico sobre os dispositivos constitucionais e legais institucionalizadores que decifrar as dimensões políticas, sociais e históricas para que foram estabelecidos.

Daí que se o próprio Direito é e sempre foi um espaço de disputa, tanto amoldado pela confluência das relações sociais quanto, direta ou indiretamente, formador destas mesmas relações, a pesquisa acerca do siste-

ma tributário necessita de um olhar crítico para como esta estrutura fora construída e qual seu impacto na dimensão em que está aplicada.

Este artigo, portanto, se propõe a investigar o sistema tributário brasileiro na maneira com que concretamente ele atua na sociedade brasileira, isto é, observando dados que apontam para os impactos de sua aplicação concreta, no intuito de confrontar seu funcionamento com os objetivos constitucionais definidos à República Brasileira.

No mais a mais, o que se persegue é a solução para a questão fundamental acerca dos valores e objetivos constitucionais em vigor no que tange à sua aplicação dentro da estrutura tributária: a desigualdade tributária brasileira é fruto de falhas em seu sistema?

Levanta-se, assim, a hipótese de que a maneira com que o sistema tributário brasileiro fora erigido objetiva, exatamente, a formação de uma desigualdade como mecanismo de transferência de rendas e riquezas pela perpetuação de privilégios, ou seja, tal desigualdade não ocorre por erros e sim por acertos de um projeto aplicado para este fim.

2 A DESIGUALDADE TRIBUTÁRIA: INSUFICIENTE TRIBUTAÇÃO DE RIQUEZAS E RENDA E EXCESSIVA TRIBUTAÇÃO SOBRE CONSUMO

Como ponto de partida desta investigação, merece destaque o conteúdo do art. 3º da Constituição Federal de 1988, já que nele o constituinte originário estabeleceu verdadeiras balizas para o exercício do poder no Estado brasileiro, em direção aos seguintes alvos:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Tem-se, assim, que todo o sistema tributário e a política fiscal dele decorrente, bem como de seus consequentes critérios de diferenciação

utilizados, devem se erguer para a busca dos objetivos constitucionais estabelecidos, sendo vedadas construções normativas e práticas políticas que se ponham de encontro com tais desígnios. É o que também preleciona Francisco Leite Duarte (2013, p. 35), por entender que deve haver concordância entre os valores, fundamentos e objetivos estabelecidos na base do Estado brasileiro e o conjunto de normas jurídicas, sejam elas princípios ou regras, instituídas constitucionalmente ou não.

Verifica-se que o legislador constituinte demonstrou clara intenção de balizar o desenvolvimento da política fiscal dos entes federativos, entendendo-a como, aprioristicamente, de inteira função social não sujeita aos interesses de seus administradores, mas sim, ao pleno interesse público, porquanto não só se encontra limitada de forma rígida, como também possui, essencialmente, objetivos a serem alcançados.

Captura-se tal afirmação quando se debruça em volta de um desdobramento central na figura da isonomia tributária, qual seja a consagração da capacidade contributiva como farol na estruturação de todo o sistema, concebido sob o ideal da justiça fiscal.

Veja sua previsão constitucional presente no §1º do art. 145:

§1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Para Francisco Leite Duarte (2013, p. 221), a capacidade contributiva, enquanto norma jurídica na qualidade de princípio, se encontra subordinada ao valor da justiça distributiva, o qual preconiza a repartição do ônus do imposto de acordo com a capacidade de cada indivíduo em colaborar na arrecadação, estando priorizados os impostos pessoais – que consideram as situações pessoais de cada um.

Significa dizer, com isso, que sob o prisma da justiça fiscal, e tendo em vista os valores axiológicos da República Federativa do Brasil, o poder de tributar, conferido constitucionalmente aos entes federativos, encontra-se limitado e balizado pela isonomia, a qual possui como elemento

central, não obstante a existência de valores subjacentes, a consagração da capacidade contributiva a determinar que as exações fiscais sejam instituídas de acordo com a condição econômica dos contribuintes.

Verdadeiro se mostra, destarte, que o estabelecimento de maiores ou menores deveres contributivos, dentro da relação jurídico-tributária que se forma entre o sujeito ativo (ente federativo) e o sujeito passivo (contribuinte), apresenta-se como instrumento apropriado ao alcance dos já mencionados objetivos da República, operando de forma desigual dentro da conjuntura social de desigualdade.

Por isso mesmo é que se preocupará mais adiante em descobrir se a formatação da estrutura fiscal, e sua operacionalização no campo material de incidência, genuinamente perquire o combate às desigualdades econômicas e sociais, ou se, pelo contrário, estão erigidos, ainda que de forma camuflada, sob o pressuposto de uma dominação de classe e seus consequentes privilégios.

No entanto, a necessidade de analisar a maneira concreta com que o sistema tributário incide na realidade brasileira se apresenta, também, como um dos principais entraves à própria pesquisa ora desenvolvida. Isto porque não parece questionável que, para um exame acerca da relação entre a política fiscal empreendida e os contornos da desigualdade social e econômica onde ela incide, são necessários dados que permitam ao investigador identificar os impactos, maiores ou menores, da atividade tributária dentro de determinados contextos.

Essa indisponibilidade de fontes de informação que permitam a compreensão das dinâmicas socioeconômicas do Brasil levou, justamente, à sua ausência no aprofundado estudo do economista francês Thomas Piketty, que em seu livro “O Capital no Século XXI” (2014) desvelou, a partir de dados sólidos, a situação da desigualdade econômica nos principais países desenvolvidos.

Tem-se aqui uma relação de interdependência: tanto a transparência e a disponibilização de dados são necessários para a reavaliação da estrutura tributária, quanto as políticas fiscais exploradas são necessárias para a construção de tais dados.

Como afirma Piketty (2014, p. 19):

A tributação não é somente uma maneira de fazer com que os indivíduos contribuam para o financiamento dos gastos públicos e

de dividir o ônus disso da forma mais justa possível; ela é útil, também, para identificar categorias e promover o conhecimento e a transparência democrática.

E tal afirmativa não constitui mera divagação, mas se baseia em fatos históricos concretos, como a disponibilização de séries anuais da renda nacional, as quais, por estarem baseadas nas declarações de renda, só foram possíveis após a adoção da tributação progressiva sobre a renda no período da Primeira Guerra Mundial em países como Estados Unidos, França, Reino Unido, Índia e Argentina. (PIKETTY, 2014).

A situação brasileira, porém, começa a mudar através de recentes divulgações, por parte da Receita Federal, de informações acerca das declarações do imposto de renda das pessoas físicas, como os que consubstanciaram a pesquisa de Medeiros, Souza e Castro (2014) para o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, e do recente artigo dos pesquisadores Sérgio Gobetti e Rodrigo Orair (2015), publicado pelo Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo, vinculado ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

Notória é a gravidade das conclusões apresentadas por Medeiros, Souza e Castro (2014) acerca da concentração de renda no país, quando se percebeu, através dos dados da Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física - DIRPF, que os níveis de desigualdade brasileiros eram muito superiores e mais estáveis do que se costumava acreditar.

Em seus termos:

A desigualdade no Brasil é muito alta e estável. O 1% mais rico da população adulta concentra mais de um quarto de toda a renda do país. Os 5% mais ricos detêm quase metade da renda. A concentração é tamanha que um milésimo das pessoas acumula mais renda que toda a metade mais pobre da população junta. Salvo uma pequena queda ao longo dos seis anos analisados, esses níveis de concentração mantêm-se praticamente os mesmos entre 2006 e 2012. (MEDEIROS; SOUZA; CASTRO, 2014, p. 974)

A grande revelação do estudo parece mesmo ser a de que, muito embora tenha se vivido um período de ascensão social das classes baixas nos

últimos anos, a estrutura de concentração de renda pouco se alterou, significando numa absorção definitivamente desigual, por parte da pequena elite, do crescimento econômico apresentado no país.

Vemos que a estrutura tributária nacional, balizada pelos limites e objetivos constitucionalmente estabelecidos, não se trata mais daquele velho poder coercitivo exercido pelo soberano sem quaisquer finalidades sociais. Sob o ideal da justiça fiscal, a atividade tributária tem sua essência na função de não só prover o Estado das condições necessárias para o desenvolvimento dos serviços públicos a que está vinculado, como também serve de instrumento regulatório que visa o alcance dos objetivos da República.

Entretanto, o que a realidade de aspectos centrais do sistema tributário desponta é que o ideal da redução das desigualdades que assolam o povo não está sendo perseguida, mas, pelo contrário, tem sido incrementada pela flagrantemente injusta atividade fiscal, condição esta que se apresenta de maneira estrutural na atuação do Estado brasileiro, mesmo quando sob o controle de governos mais identificados com o combate às desigualdades, como foi o caso dos anos de mandato exercidos pelo Partido dos Trabalhadores.

É exatamente o que revela o já mencionado artigo de Gobetti e Orair (2015), que, além de destacar o Brasil como detentor da maior concentração de renda comparado a todos os outros países com informações disponíveis, tendo em vista que “o décimo mais rico apropria-se de metade da renda das famílias brasileiras (52 por cento)”, aponta que é justamente essa elite quem menos suporta o peso da tributação. Vejamos:

O brasileiros super-ricos pagam menos imposto, em proporção da sua renda, que um cidadão típico de classe média alta, sobretudo o assalariado, o que viola o princípio da progressividade tributária, segundo o qual o nível de tributação deve crescer com a renda. Cerca de dois terços da renda dos super-ricos (meio milésimo da população) está isenta de qualquer incidência tributária, proporção superior a qualquer outra faixa de rendimentos. O resultado é que a alíquota efetiva média paga pelos super-ricos chega a apenas 7 por cento, enquanto a média nos estratos intermediários dos declarantes do imposto de renda chega a 12 por cento. (GOBETTI; ORAIR, 2015).

E já iniciando a observação crítica sobre os tributos que incidem na renda, tem-se sua máxima expressão consubstanciada no conhecido Im-

posto de Renda, que sendo predominantemente marcado pelo seu caráter fiscal, se mostra como uma das principais fontes de arrecadação da União para desenvolvimento de suas atividades estatais.

Conforme lição de Francisco Leite Duarte (2013, p. 716), não merece prosperar de forma absoluta a noção de que o imposto de renda é exclusivamente pessoal, progressivo e direto, tendo em vista que as variações na forma de tributação na pessoa física e jurídica importa em atributos diversos.

Dito isso, compete enxergar que a estrutura do Imposto de Renda da Pessoa Física - IRPF se dá em caráter progressivo, com faixas de renda que variam desde a isenção, passando pelas alíquotas de 7,5% (sete e meio por cento), 15% (quinze por cento), 22,5% (vinte e dois e meio por cento) e, por fim, de 27,5% (vinte e sete e meio por cento).

Através da Lei 11.482/2007, alterada pela Lei 13.149/2015, vê-se a seguinte tabela progressiva mensal referente ao ano-calendário de 2015 e seguintes, não tendo sido alterada:

TABELA 1 – Faixas Atuais do IRPF

Base de Cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Parcela a Deduzir do IR (R\$)
Até 1.903,98	-	-
De 1.903,99 até 2.826,65	7,5	142,80
De 2.826,66 até 3.751,05	15	354,80
De 3.751,06 até 4.664,68	22,5	636,13
Acima de 4.664,68	27,5	869,36

Fonte: Lei 11.482/2007. Elaboração Própria.

Porém, no caso específico do IRPF, o escalonamento de alíquotas em faixas progressivas de renda, por si só, não satisfaz o ideal da justiça fiscal e da capacidade contributiva. Em relação aos dados acima demonstrados, percebe-se que da primeira faixa de renda tributável (R\$ 1.903,99) até a faixa com incidência de maior alíquota (R\$ 4.664,69), um aumento no *quantum* de R\$ 2.760,70 (dois mil setecentos e sessenta reais e setenta centavos) importa num salto de tributação de 20% (vinte por cento).

Em contrapartida, exemplificando com alterações de renda entre cidadãos que recebem R\$ 10 mil, R\$ 100 mil e R\$ 1 milhão mensais, estes terão incidência da mesma alíquota de 27,5% (vinte e sete e meio por cento), o que revela o tratamento equivalente para pessoas em situação de desigualdade. O evidenciado desequilíbrio é resultado das faixas de renda situadas em baixos valores e com pequenas alterações entre elas e, ainda por cima, com diferenças abruptas de alíquotas entre uma e outra.

Outro ponto que merece crítica na estrutura do Imposto de Renda se dá na ausência de tributação sobre lucros e dividendos distribuídos pelas sociedades empresárias das quais pessoas físicas figuram como sócios ou acionistas. Até o ano de 1995, havia a incidência de uma alíquota de 15% (quinze por cento) sobre a distribuição de lucros e dividendos auferidas por pessoas físicas, o que mudou com a isenção concedida pelo art. 10 da Lei 9.249/95, aprovada no governo de Fernando Henrique Cardoso.

A despeito das justificativas de que havia bitributação dos rendimentos, uma vez que as sociedades empresárias já recolhiam o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ, e de que o país teria vantagens econômicas, pois a desoneração acarretaria em mais investimentos empresariais, o fato é que esta isenção tem ocasionado gravíssimos impactos negativos na desigualdade socioeconômica.

Sobre o tema, o dantes citado artigo de Gobetti e Orair (2015) expõe que a isenção irrestrita concedida pelo Brasil só se compara à Estônia. Em suas palavras:

Entre os 34 países da OCDE, que reúne economias desenvolvidas e algumas em desenvolvimento que aceitam os princípios da democracia representativa e da economia de livre mercado, apenas três isentavam os dividendos até 2010. México retomou a taxação em 2014 e República Eslováquia instituiu em 2011 uma contribuição social para financiar a saúde. Restou somente a Estônia, pequeno país que adotou uma das reformas pró-mercado mais radicais do mundo, após o fim do domínio soviético nos anos de 1990, e que, como o Brasil, concede total isenção tributária à principal fonte de renda dos mais ricos.

E se estas informações não forem suficientes, os olhares mais aprofundados à questão da isenção fiscal concedida à distribuição de lucros e

dividendos são verdadeiramente surpreendentes quando observados sob as lentes da isonomia. A primeira distorção que se destaca está na possibilidade de contornar a tributação da renda através das distribuições de lucros e dividendos, que por se encontrarem isentas, levam sócios e acionistas a declararem valores ínfimos constantes como renda, até mesmo na faixa de isenção do IRPF, quando, na realidade, auferem milhares ou milhões de reais.

Além da evidente quebra de isonomia com os trabalhadores que se submetem a uma pesada tributação nas faixas do IRPF, esses desvios também impactam os dados que formulamos acerca da distribuição de riquezas no país, como já dito. Matéria da Agência Senado assinada por Isabela Vilar (2016) traz estimativa realizada também pelos pesquisadores Sérgio Gobetti e Rodrigo Orair, em que o retorno do IR, sob alíquota de 15% (quinze por cento), incidente nos lucros e dividendos, produziriam uma receita aos cofres públicos de mais de R\$ 43 bilhões ao ano.

Tendo em vista que, segundo informações disponíveis no Portal da Transparência (2016), o Governo Federal, em 2015, destinou recursos no montante de R\$ 27,7 bilhões para o Programa Bolsa Família, ou seja, quase metade do que renuncia com o imposto de renda sobre lucros e dividendos em um ano, torna-se perceptível como tais deformidades no sistema tributário representam um instrumento voraz das classes dominantes na manutenção de seus privilégios.

São essas condições amplamente favoráveis para que o Brasil se consolide como um verdadeiro oásis aos *ultra ricos*, que gozam de isenções fiscais, renúncias e baixíssima tributação sobre a renda, são ainda mais incrementadas quando se voltam os olhos para a situação da [não] tributação de riquezas.

E como já dito, a ausência de uma política de tributação progressiva incidente nas concentrações de riqueza não só impactam, de forma negativa, os índices de desigualdade, como obnubilam a própria visão acerca do tamanho desta disparidade. Retomando o início deste tópico, se viu que a tributação tem também o papel de fornecer dados acerca da realidade socioeconômica, e a disponibilização de informações provenientes das declarações de renda demonstrou isso; assim, a falta desse tipo de tributação de riquezas significa também o desconhecimento sobre o contexto de sua concentração.

Mais uma vez recorre-se a Piketty (2014, p. 25):

Em primeiro lugar, da mesma forma que as declarações de renda nos permitem estudar as alterações no grau de desigualdade da renda, as declarações de patrimônio provenientes de impostos sobre fortunas e heranças nos fornecem informações sobre a evolução da desigualdade da riqueza.

Ou seja, resta evidente que a estabilidade democrática é atacada diretamente pela desigual estrutura tributária sustentada, que impede a diminuição das desigualdades e o próprio conhecimento sobre elas. Sendo verdade o que diz Piketty (2014, p. 27), de que “a história da distribuição da riqueza jamais deixou de ser profundamente política”, é também marcante a timidez no que se refere à tributação de heranças.

Como é sabido, a Constituição Federal traz hipótese de competência tributária, destinada aos Estados e Distrito Federal, para instituição do ITCMD – Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doações, sendo este o tributo incidente sobre as heranças. Acontece que a mera existência do imposto não significa, absolutamente, que a preocupação com a redução das concentrações desiguais de riqueza está sendo observada de forma efetiva, bastando simples análise à estrutura do tributo para perceber os interesses aos quais ele serve.

Basicamente, a mesma Carta que autorizou sua instituição também tratou de determinar que o Senado Federal estaria incumbido de fixar a alíquota máxima que os Estados e Distrito Federal poderiam estabelecer para a exação. Diz, então, o estudo feito pelo Instituto Alvorada (2009, p. 17), que esta fixação se deu em meros 8% de limite, o que contraria o padrão internacional e obsta a necessidade de superar as desigualdades sociais, tornando-se um tributo insignificante, com arrecadação desprezível e sem qualquer impacto positivo na distribuição de renda.

Porém, ainda mais grave que a já criticada alíquota máxima de 8% (oito por cento), fixada pelo Senado Federal através da Resolução nº 9 /1992, é o fato apontado no mesmo estudo supracitado do Instituto Alvorada (2009), o qual afirma ser de 4% (quatro por cento) a média da alíquota estabelecida pelos Estados e Distrito Federal.

Essa inexpressiva relevância da tributação sobre a herança na arrecadação dos entes federativos competentes atua de forma direta na perpetuação da concentração de riquezas e sua desigualdade socioeconômica proveniente. Ademais, mister questionar as razões da não observância histórica da progressividade, decorrente do princípio da capacidade contributiva e, em última análise, do próprio princípio da isonomia, no que se refere ao ITCMD.

É que apenas em 2013, através do julgamento, em caráter de repercussão geral, do RE 562045, foi que o Supremo Tribunal Federal reviu seu entendimento, consolidado pela Súmula 656, de que era vedada a progressividade nos chamados tributos reais, e deu vazão constitucional à progressividade do ITCMD.

Tal julgamento, muito embora represente certo avanço no sentido da necessária observância da capacidade contributiva, ainda não teve efeito prático substancial, haja vista que poucos entes federativos adotam alíquotas progressivas para o referido imposto. Os resultados dessa quase que inexistente tributação sobre o patrimônio se mostram na insistente estabilidade de nossa concentração de riquezas, pois, muito embora o país tenha vivido um período de ascensão socioeconômica no que se refere à renda, uma ínfima parcela da população permanece intocável ao deter o maior pedaço da riqueza nacional.

Atento ao perigo que a imobilidade da concentração patrimonial pode refletir neste recente combate à desigualdade de renda, Calixtre (2014) provoca sobre a riqueza subestimada dos mais ricos, que por permanecer latente, inclusive de pesquisas destinadas à situação da desigualdade brasileira, termina sendo mais uma forma de sustentação dessa tremenda absorção da propriedade privada pelas elites econômicas.

Imperioso destacar também que, muito embora o Estado Brasileiro esteja caracterizado por uma estrutura fundiária notadamente injusta e concentrada, com absurdos números de latifúndios e terras improdutivas, as elites latifundiárias gozam de uma tributação mínima – em 2011, o Imposto Territorial Rural só correspondeu a 0,04% da carga tributária brasileira. (SALVADOR, 2014)

Esta situação, longe de figurar como fruto do acaso, é um indicativo central de que as classes dominantes, detentoras de um robusto poderio econômico, estão definitivamente contempladas por uma política fiscal

que fere de morte os valores constitucionais da República, tratando-se de uma verdadeira estrutura de exploração descomunal.

Ora, tomando como base os dados sobre a desigualdade socioeconômica já apresentados, tem-se que o distanciamento cada vez maior entre o retorno de renda advindo do capital e o retorno pela venda de mão de obra resulta na incapacidade de acumular riquezas pela parcela da população que só possui o próprio trabalho como fonte de renda.

Nesse sentido, os gastos dessas famílias tendem a convergir predominantemente sobre o consumo de bens e serviços, no que suportam exações pesadas que não observam a progressividade necessária para a consagração da capacidade contributiva. Tomemos como exemplo a questão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na Paraíba, que segundo o Regulamento do ICMS da Paraíba – RICMS, art. 13, IV, possui alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre operações internas.

Prescinde de maiores esforços a percepção de que a compra de uma mercadoria qualquer, no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), seja por um cidadão com renda mensal de R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais), seja por um com renda mensal de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), procederá com o pagamento dos mesmos R\$ 36,00 (trinta e seis reais) de imposto, muito embora o que esse valor representa proporcionalmente à renda de cada um seja infinitamente discrepante.

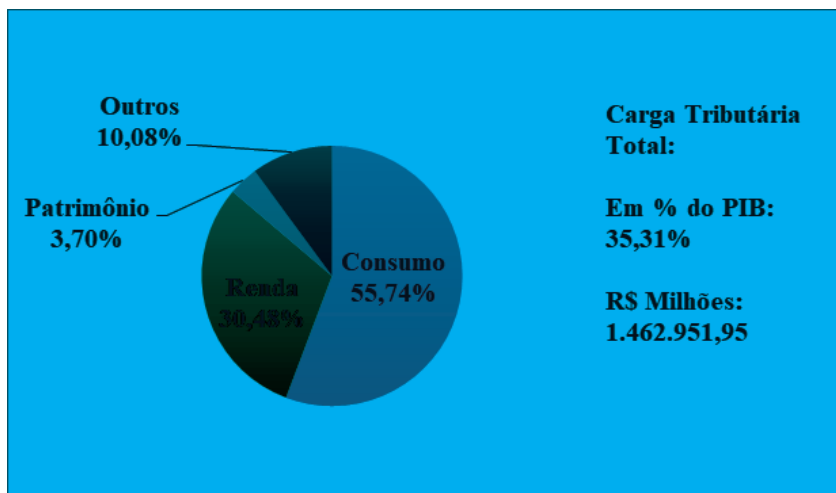
Per si, o exemplo não seria suficiente para condenar uma estrutura tributária. É certo que se esse modelo de tributação se desse apenas em caráter residual, com menor importância sobre a composição total da carga tributária, essa estrutura poderia, tranquilamente, ser progressiva em sua totalidade. Cabe avaliar, então, qual o grau de importância desse tipo de tributação – dita indireta – no sistema fiscal brasileiro, e como isso atinge as camadas pobres e ricas da sociedade.

A carga tributária brasileira se situa em torno de 35% (trinta e cinco por cento) do PIB nacional (SALVADOR, 2014), um valor que se encontra na média dos países integrantes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o que serve para descaracterizar a falsa ideia de que esta seria a mais alta do mundo. Entretanto, o grave problema reside justamente no fato de que, nos demais países da OCDE, a tributação incidente sobre renda e riquezas tem a maior importância na arrecadação, enquanto no Brasil

esse papel está nas mãos da tributação sobre o consumo. (GOBETTI e ORAIR, 2015)

Como é de se esperar, o resultado dessa inversão de papéis é catastrófico para a distribuição igualitária da tributação. Uma melhor visualização deste cenário pode se dar através do gráfico abaixo:

GRÁFICO 1 - Participação na Carga Tributária Brasileira em 2011



Fonte: SALVADOR (2014, p. 13 - 14). Elaboração Própria.

É de se olhar com espanto uma revelação de que, de uma carga tributária estabelecida em 35,31% do PIB em 2011, mais da metade (55,74,%) de sua composição é feita por tributação sobre consumo, enquanto a tributação sobre o patrimônio é praticamente inexistente em participação na arrecadação (3,70%).

Aliado a isso, imprescindível perceber como essa incidência fiscal no consumo afeta diretamente os setores de menor renda, no que destacamos a tabela produzida por Salvador (2014):

FIGURA 1:

Participação dos tributos diretos e indiretos na renda total das famílias no Brasil (2008-2009)

Décimos de renda disponível	Tributação indireta	Tributação direta	Total de tributos
1º	28	4	32
2º	22	4	26
3º	19	4	23
4º	18	5	23
5º	17	5	22
6º	16	5	21
7º	15	6	21
8º	15	7	22
9º	13	8	21
10º	10	11	21
Total	13	8	21

Fonte:

Ipea. Equidade fiscal no Brasil: impactos distributivos da tributação e do gasto social. Comunicado do Ipea nº 92, maio de 2011.

Observa-se que o impacto da tributação indireta sobre os primeiros décimos de renda é maior sobremaneira se comparado com os últimos, num distanciamento de 18 pontos entre o primeiro décimo e o derradeiro. Ademais, tem-se prova conclusiva da completa afronta ao princípio da isonomia na acintosa diferença entre o peso da carga tributária total sobre os primeiros décimos em relação aos últimos, supedâneo esse que certamente levará à conclusão de que o atual sistema tributário não respeita os ditames constitucionais que levariam ao combate das desigualdades, e isso o faz como parte de um projeto de dominação elitista.

Essa farsa, construída pelos setores favorecidos com o desequilíbrio estrutural – a de que a carga tributária incide com peso excessivo de forma igualitária sobre as diferentes classes socioeconômicas –, se encaixa perfeitamente no conceito de ideologia proposto por Marx e Engels (2007): um processo de falseamento da realidade a serviço das classes dominantes, resultando numa falsa consciência.

Em outras palavras, quando se afirma, com pretensa atenção aos interesses populares, que a tributação no Brasil deve ser reduzida, está a se dizer, nas entrelinhas, que esta não deve ser elevada para um setor especí-

fico do país, qual seja o que já goza de toda a leveza concedida pelo sistema que suportamos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho de conclusão de curso foi demonstrar que o atual sistema tributário brasileiro vai de encontro à norma principiológica da isonomia, expondo que o desequilíbrio na estrutura de tributação, que consolida o abismo socioeconômico, é um instrumento de dominação de classe, um verdadeiro projeto em curso que tem na desigualdade o seu acerto, e não um erro.

O que se vê é que o Brasil tem como característica uma desigualdade socioeconômica ululante, em que uma pequena parcela da população domina a imensa parte da riqueza e da renda produzidas no país. Dessa forma, a análise do sistema tributário nacional implica na verificação de que, por um lado, há insuficiente tributação progressiva de riquezas e rendas, e do outro, uma excessiva tributação regressiva incidente sobre o consumo de bens e serviços.

Da conjugação destas duas situações decorre a percepção final de que as classes dominantes, enquanto gozam de uma carga tributária assaz reduzida em relação a que pesa sobre as classes baixas, sendo estas últimas as que efetivamente contribuem com o maior pedaço da arrecadação estatal, de maneira que vemos emergir um sistema regressivo de tributação do qual decorrem impactos negativos gravíssimos na desigualdade social, que ao revés de estar sendo diminuída, como determina o objetivo constitucional da República, na realidade tem sido incrementada.

Tais conclusões são essenciais para o apontamento do forte componente classista na construção da ordem jurídica e dos discursos manejados no espaço público, tomando a desigualdade como um instrumento na manutenção de privilégios e opressões. A dominação do poder político pelo poder econômico sustenta a disparidade infame, não restando outra alternativa senão construção de um projeto popular de sociedade que verdadeiramente consagre os interesses da maioria do povo brasileiro, o qual, de forma organizada, tem a força necessária para transformar a realidade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2019.
- _____. **Lei 9.249/1995**, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2019.
- _____. **Lei 11.482/2007**, de 31 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111482.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 562045**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>>. Acesso em: 07 de abril de 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 656**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=656.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 07 de abril de 2019.
- CALIXTRE, André Bojikian. **Nas fronteiras da desigualdade brasileira: Reflexões sobre as décadas de 1990 e 2000**. 2014. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/11105-20150407.pdf>>. Acesso em: 07 de abril de 2019.
- DUARTE, Francisco Leite. **Direito Tributário Aplicado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. Tributação e distribuição da renda no Brasil: novas evidências a partir das declarações tributárias das pessoas físicas. **IPC-IG Working Paper**. Brasília, *International Policy Centre for Inclusive Growth*, 2015.
- INSTITUTO ALVORADA. **Sistema Tributário e Distribuição de Renda**. Brasília: Instituto Alvorada, 2009. Disponível em: <http://institutoalvorada.org/wp-content/uploads/2009/04/doc_reforma_tributaria.pdf>. Acesso em: 07 de abril de 2019.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MEDEIROS, M.; SOUZA, P.H.G.F.; CASTRO, F.A. A estabilidade da desigualdade de renda no Brasil, 2006 a 2012: estimativa com dados do imposto de renda e pesquisas domiciliares. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, v. 20, n.4, p. 971-986, 2015.

PARAÍBA. **Regulamento do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação da Paraíba**. Atualizado em 26 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://legisla.receita.pb.gov.br/LEGISLACAO/REGULAMENTOS/DOWNLOAD/ICMS/COMHISTORICO/RICMS_HISTORICO_.html>. Acesso em: 07 de abril de 2019.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

Programa Bolsa Família do Governo Federal. **Portal da Transparência**. Disponível em: <<http://transparencia.gov.br/graficos/bolsafamilia/>>. Acesso em: 07 de abril de 2019.

SALVADOR, Evilasio. **As Implicações do Sistema Tributário Brasileiro nas Desigualdades de Renda**. Disponível em <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/textos/as-implicacoes-do-sistema-tributario-nas-desigualdades-de-renda/publicacao/>>. Acesso em 07 de abril de 2019.

VILAR, Isabela. Imposto sobre lucros e dividendos geraria R\$ 43 bi ao ano, diz estudo. **Agência Senado**. Disponível em:

<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/09/14/imposto-sobre-lucros-e-dividendos-geraria-r-43-bi-ao-ano-diz-estudo>>. Acesso em 07 de abril de 2019.

CORTES INTERNACIONAIS

CASO VLADIMIR HERZOG: UMA ANÁLISE SOBRE A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Ana Luiza Gregorio Vidotti

Ana Beatriz Guimarães Passos

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1 Introdução

Com a reinvenção do Direito Internacional Público, no período pós-guerras, fundou-se a Organização das Nações Unidas (ONU), que, por meio de sua Assembleia Geral, proclamou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos como norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações, estabelecendo, pela primeira vez na história, a proteção universal dos direitos humanos.

Estruturou-se, assim, um sistema comum de garantia a esses direitos inerentes ao homem, composto tanto por aparatos globais (comissões e conselhos da ONU), quanto por aparatos regionais (destacaram-se, aqui, os sistemas interamericano, europeu e africano de direitos humanos).

Na mesma época, o Tribunal de Nuremberg (1945/1946), constituído para julgar os crimes nazistas, impulsionou a internacionalização dos direitos humanos e a definição do conceito de “crime contra a humanidade”, bem como a visão de que eles seriam insuscetíveis de graça e anistia

diante da necessidade de punição e de resposta à sociedade (PIOVESAN, 2016). Ademais, o costume internacional passou a ser utilizado como causa de decidir.

Os avanços em níveis globais não impediram, contudo, que o Brasil vivesse ciclos políticos autoritários ao longo do século XX. A Ditadura Civil-Militar iniciada com o golpe de Estado que derrubou o presidente João Goulart representou 21 anos de restrição de direitos políticos, perseguição aos opositores do regime e censura à imprensa. A tortura, ainda que proibida, era praticada indiscriminadamente, quase como uma política de governo.

Os cinco presidentes efetivos do período, Castelo Branco (1964-1967), Costa e Silva (1967-1969), Médici (1969-1974), Geisel (1974-1979) e Figueiredo (1979-1985) administraram muitas vezes sem o aval do Congresso Nacional e, quando ele existia, era dominado pela Aliança Renovadora Nacional (ARENA), partido de apoio ao regime (BUENO, 2012).

Mesmo com os retrocessos em democracia e direitos, a época ficou conhecida por um suposto “milagre econômico brasileiro” – embora hoje se saiba que se tratou de um falso milagre – vez que teria representado um intenso crescimento econômico, industrial e agrícola, em decorrência da grande soma de investimentos realizados pelo Estado e por empresas estrangeiras. Com o passar do tempo vieram os sinais da crise e, em decorrência da deterioração da economia e do descontentamento da sociedade, o governo Geisel deu início, no ano de 1974, a um processo de abertura política, propondo mudanças no poder, o que também incluía abrandamento nas formas de repressão (BUENO, 2012).

Apesar disso, foi durante essa administração que ocorreu a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog, jornalista naturalizado brasileiro que dirigia o departamento de telejornalismo da TV Cultura. Vinculado ao Partido Comunista Brasileiro (PCB), foi convocado, em 24 de outubro de 1975, a prestar depoimento sobre essas ligações.

No dia seguinte, compareceu espontaneamente ao prédio do Destacamento de Operações de Informação - Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), em São Paulo, onde foi torturado e morto, tendo em seu atestado de óbito a *causa mortis* suicídio. Tal versão é considerada uma farsa, montada pelos militares para explicar oficialmente sua morte,

supostamente causada pelo próprio Vladimir com um cinto amarrado a seu pescoço e preso a uma janela da cela.

O jornalista tornou-se, então, um dos símbolos da repressão da Ditadura Civil-Militar e, uma semana após sua morte, mais de oito mil pessoas participaram de um culto ecumênico celebrado na Catedral da Sé, na capital paulista, em sua homenagem (BUENO, 2012). Diante da repercussão, foi aberto um Inquérito Policial Militar que, conduzido em um contexto de impunidade dos agentes estatais, acabou por confirmar a tese de suicídio.

Contudo, em busca de justiça, sua família nunca descansou, procurando diversas formas de reparação e de condenação dos responsáveis: inúmeras vezes isso se deu em âmbito interno, em diferentes instâncias da justiça brasileira. A mais recente, porém, foi uma tentativa na esfera internacional, junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, objeto de estudo deste artigo.

Antes de examinar em maiores detalhes a ação da família Herzog junto ao Sistema Interamericano, alguns esclarecimentos revelam-se necessários.

1.2 Breves considerações sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Ditadura Civil-Militar brasileira se estendeu até 1985 e, enquanto o País ainda vivia sob o regime de exceção, o sistema regional interamericano foi se estruturando com base em peculiaridades do continente, tais como as profundas desigualdades sociais, a consolidação das democracias pós-regimes autoritários ditatoriais, e a perpetuação da violência e da impunidade.

O instrumento jurídico de maior importância neste âmbito é a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, que entrou em vigor em 1978, cabendo aos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) aderir voluntariamente à Convenção – o Brasil, por exemplo, apenas o fez em 1992.

De forma a garantir o monitoramento e a implementação dos direitos nela especificados, a Convenção relaciona dois órgãos: a Comissão Inter-

mericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana (Corte IDH) (PIOVESAN, 2015).

A Comissão Interamericana constitui um órgão autônomo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e tem competência em relação aos direitos assegurados na Convenção para todos os Estados-membros da OEA. Composta por sete juízes, deve promover a observância e a defesa dos Direitos Humanos e serve como instância consultiva da OEA nesse assunto.

Assim, se constatada violação a algum dos direitos previstos, o indivíduo pode ingressar perante a CIDH por meio de petição. Após o exame, a Comissão busca uma solução amistosa, e se essa possibilidade não se verificar, emite um relatório com fatos e conclusões, e, eventualmente, recomendações

A Corte Interamericana, por sua vez, é o órgão judicial do Sistema, que, formado por sete juízes, decide casos contenciosos entre cidadãos e Estados, supervisionando a aplicação de suas sentenças e ditando medidas cautelares. Sua função primordial é a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Um caso pode chegar até ela por submissão da Comissão e dos Estados-partes, não sendo prevista a petição pelo indivíduo (Art. 61 da Convenção).

No plano consultivo, também pode ser requerido parecer da Corte por qualquer membro da OEA, estando ela habilitada para opinar sobre a compatibilidade de preceitos de legislação interna de um Estado-membro em face de instrumentos internacionais.

Com o objetivo de discutir as possíveis relações existentes entre jurisdição internacional e jurisdição nacional a partir do Caso Vladimir Herzog julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, investigando *se e como* a Corte IDH utilizou-se da jurisdição brasileira para decidi-lo, este artigo divide-se em três seções, incluindo-se a presente introdução. A segunda dedica-se ao histórico do Caso e à sua análise, enquanto a terceira apresenta as conclusões do artigo, indicando, também, consequências que podem resultar da decisão ora examinada.

2. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: CASO HERZOG E OUTROS VS. BRASIL

Conforme mencionado, Vladimir Herzog era um jornalista brasileiro que foi torturado e assassinado nas dependências do DOI-CODI/SP em 25 de outubro de 1975. Em busca de justiça, sua família não descansou e tentou inúmeras formas de reparação e de condenação dos responsáveis. A mais recente se deu no plano internacional.

Apoiada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), ingressou com uma ação na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em 10 de julho de 2009, a Comissão recebeu petição inicial sobre o Caso Vladimir Herzog, apresentada pelo CEJIL, pela Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FidDH), pelo Centro Santos Dias, da Arquidiocese de São Paulo, e pelo Grupo Tortura Nunca Mais, de São Paulo.

Em 28 de outubro de 2015, a CIDH publicou seu Relatório de Mérito nº 71/15, com conclusões sobre a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelas violações aos direitos à vida, à liberdade e à integridade pessoal de Vlado, assim como pela privação de seus direitos à liberdade de expressão e de associação por razões políticas.

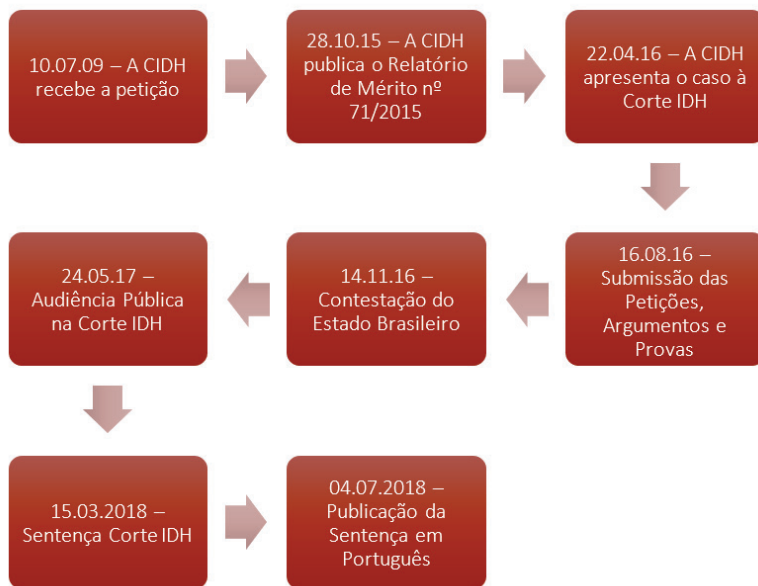
Em 22 de abril de 2016, entendendo pela inércia estatal mesmo após o seu relatório, a CIDH apresentou o Caso à Corte IDH visando o julgamento do Estado brasileiro pela ausência de investigação e de punição dos responsáveis pela tortura e assassinato do jornalista.

Foi realizada audiência pública em 24 de maio de 2017, com a presença dos representantes da vítima e do Estado, na qual foram colhidos depoimentos de familiares e de peritos.

Por fim, em 15 de março de 2018, houve a condenação do Brasil, fato que será abordado mais à frente.

Essa trajetória é ilustrada por meio da linha do tempo abaixo, inspirada naquela elaborada pelo Instituto Vladimir Herzog:

Figura 1. Linha do tempo: cronologia da ação da família Herzog no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.



Fonte: adaptado de Instituto Vladimir Herzog (2017).

2.1. Corte IDH e Jurisdição Brasileira¹⁴

Desde o Relatório de Mérito, a Corte IDH se refere a todo o procedimento da família Herzog na luta por justiça no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Conforme exposto na sentença, essas tratativas iniciam-se em 1976, quando Clarice, Ivo e André Herzog – respectivamente esposa e filhos do jornalista – ajuízam uma Ação Declaratória na Justiça Federal de São Paulo (Ação Declaratória nº 136/76), visando à responsabilização da União Federal pela detenção arbitrária, tortura e morte de Vlado.

A decisão foi proferida em 1978, constatando-se que a morte fora proveniente de causas não naturais enquanto esteve preso no DOI-CO-DI/SP. O Juiz do caso ressaltou que a detenção fora ilegal e que Herzog havia sido torturado, sendo que a União não conseguira comprovar a alegada tese do suicídio.

¹⁴ Destaca-se que esse trecho do artigo foi escrito com base na sentença da Corte IDH proferida no caso Vladimir Herzog.

Diante da apelação interposta pela União, em 17 de novembro de 1978, o Tribunal Federal de Recursos declarou, em 1983, a existência de uma nova relação jurídica entre as partes, que consistia no dever de a União indenizar os autores pelos danos decorrentes da morte de Vladimir, os quais deveriam ser pleiteados por meio de uma ação indenizatória¹⁵. A União opôs Embargos Infringentes, negados pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região em 27 de setembro de 1995.

Em 1992, a revista “Isto é, Senhor” publicou uma entrevista na qual Pedro Antonio Mira Grancieri – conhecido como Capitão Ramiro – afirmou ser o responsável pelo interrogatório de Herzog conduzido no DOI-CODI/SP. Com base nisso, foi solicitado que o Ministério Público investigasse o caso. Assim, o Órgão reclamou a abertura de um inquérito policial, exigindo que Mira Grancieri fosse submetido a reconhecimento pessoal por parte das testemunhas. Apesar do avanço das investigações, em 21 de julho de 1992 foi interposto um *habeas corpus* por Mira Grancieri e, em 13 de outubro de 1992, a Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) encerrou as investigações com fundamento na Lei de Anistia¹⁶. Mesmo com a interposição de recurso de apelação, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a decisão.

Foi apenas com a promulgação da Lei nº 9.140/1995, responsável pela criação da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), que o Estado reconheceu sua responsabilidade pelo assassinato de opositores políticos, dentre outros, no período de 1961 a 1979, determinando a possibilidade de reparação pecuniária aos familiares dos

15 Faz-se um adendo para ressaltar que essa condenação foi uma grande inovação para a época, considerando que a União foi condenada pela prisão arbitrária e tortura de Vlado ainda na vigência da Ditadura Civil-Militar.

16 A Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, também conhecida como “Lei de Anistia”, foi promulgada em um contexto de redemocratização e implicou a anistia aos agentes da repressão estatal e aos opositores do regime ditatorial que atuaram no âmbito da Ditadura Civil-Militar, iniciada em 1964. Muito se questiona sobre sua recepção no novo ordenamento jurídico brasileiro, inaugurado com a Constituição Federal de 1988. O tema chegou até o Supremo Tribunal Federal –STF–, que julgou, em abril de 2010, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental –ADPF– nº 153/DF, visando que referida Lei não se tornasse um óbice à persecução penal dos funcionários públicos que praticaram crimes comuns contra civis. Por 7 votos a 2, o processo foi extinto sem julgamento de mérito e aguarda, até hoje, o julgamento dos embargos de declaração.

mortos e desaparecidos. Essa Comissão também publicou o livro “Direito à Memória e à Verdade”, o qual concluiu que Vlado foi torturado e assassinado enquanto esteve detido no DOI-CODI.

Tal constatação levou o Ministério Público a solicitar a investigação da morte de Vlado, processo arquivado em 2009 por uma Juíza Federal sob o argumento de existência de coisa julgada material, inexistência do tipo penal de crimes contra a humanidade à época e prescrição dos tipos penais aplicáveis.

Também com base na Lei nº 9.140/1995, Clarice Herzog solicitou o reconhecimento do assassinato e tortura de Vlado dentro do DOI-CODI e recebeu uma indenização de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Em 2011, uma nova lei (Lei nº 12.528/2011) criou a Comissão Nacional da Verdade (CNV), com o propósito de esclarecer as grandes violações de direitos humanos ocorridas no período da Ditadura Civil-Militar. A CNV solicitou a retificação do atestado de óbito de Vladimir Herzog, de modo que, em 24 de setembro de 2013, um Juiz ordenou a mudança da *causa mortis*, que passou a ser de “morte em decorrência de lesões e maus-tratos sofridos no DOI-CODI”. O relatório final da Comissão afirmou não haver dúvidas quanto à detenção ilegal, seguida pela tortura e assassinato de Vlado por agentes do Estado.

A Corte IDH baseou-se nesse relatório para afirmar que o Estado brasileiro já reconheceu a responsabilidade pela morte de Herzog e concluiu que houve violação do direito de a família conhecer a verdade, vez que não houve esclarecimento judicial dos fatos violatórios e tampouco responsabilização individual através da investigação e julgamento dos responsáveis pelos ilícitos cometidos contra o jornalista.

Consta observar, também, que em 2008 o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública contra a União e os ex-comandantes do DOI-CODI/SP, Audir Santos Maciel e Carlos Alberto Brilhante Ustra, visando (i) que o Exército desse publicidade de toda a informação que estivesse em sua guarda sobre as atividades ocorridas durante o período da Ditadura Civil-Militar, (ii) que fosse declarada a omissão da União em promover a reparação dos danos baseados na Lei nº 9.410/1995, (iii) que se declarasse a responsabilidade dos ex-comandantes pelos atos praticados, além de (iv) que se estabelecesse a sua condenação a reparações e perda de função pública.

Baseada na Lei de Anistia, a 8ª Vara Federal de São Paulo decidiu, em 2010, pela improcedência da ação, considerando a decisão *erga omnes* do STF na ADPF nº 153. O Tribunal também argumentou que a ação não poderia ter como efeito a obrigação de fazer, nem produzir efeitos típicos de *habeas data*.

Assim, é possível perceber que a Corte IDH procura citar, extensivamente, o conjunto dos processos judiciais ocorridos no Brasil de alguma forma relacionados à detenção, tortura e morte de Vladimir Herzog e toda a busca de sua família para o esclarecimento dos fatos ocorridos no DOI-CODI/SP e consequente responsabilização dos agentes implicados no seu interrogatório.

A íntegra dessa descrição sinaliza a omissão e a demora estatal no quesito de direito à verdade e acesso a documentos públicos, vez que apenas em 2007 foi divulgada a verdade extrajudicial dos fatos e, somente em 2013, houve retificação do atestado de óbito de Vlado.

Dessa maneira, a Corte IDH concluiu que, por não esclarecer judicialmente os fatos violatórios e por não apurar as respectivas responsabilidades individuais, o Brasil violou o direito à verdade, previsto nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.

É importante ressaltar que, nas inúmeras referências feitas pela Corte ao relatório da Comissão, tem-se que esta salientou que o Judiciário brasileiro validou a interpretação da Lei de Anistia, impedindo a identificação, julgamento e eventual punição dos responsáveis, não exercendo o devido controle de convencionalidade que lhe era exigido após a ratificação da Convenção Americana, decorrentes das obrigações internacionais do País.

A Comissão também evidenciou que a aplicação de excludentes de ilicitude eximem de responsabilidade e impedem o acesso à justiça em caso de graves violações de Direitos Humanos, tornando ineficaz a obrigação de respeitar os direitos e liberdades e impedindo o acesso à informação. Entendeu-se que a aplicação dessa Lei, incompatível com o Pacto de São José, teve como propósito afastar os supostos agentes e deixar o crime cometido contra Vlado na impunidade.

Ao tratar da boa-fé, a Corte entendeu que, no julgamento da ADPF nº 153, o STF não considerou as responsabilidades internacionais do Brasil e que, em razão do *pacta sunt servanda*, o Estado não pode utilizar o

direito interno para descumprir esses compromissos, sendo que as obrigações convencionais dos Estados Partes vinculam todos os seus Poderes e Órgãos.

Verifica-se, assim, que, enquanto o STF é pouco citado no decorrer da sentença da Corte IDH – e, nas oportunidades em que isso ocorre, são feitas críticas ao julgamento da Lei de Anistia –, o Judiciário brasileiro no geral e todo o histórico ali percorrido pela família Herzog são frequentemente mencionados como forma de decidir em razão da ofensa ao direito à proteção judicial e ao direito a conhecer a verdade.

2.2. Julgamento da Corte IDH

Após receber o caso da Comissão e realizar audiência pública, a Corte IDH emitiu relatório e publicou sua sentença em 15 de março de 2018, condenando o Brasil pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e também em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPST) em detrimento da família Herzog (a esposa, os dois filhos e a mãe, já falecida, de Vladimir).

Segundo a Corte IDH, essas violações são decorrentes da falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e assassinato de Vlado, cometidos em um contexto de ataques sistemáticos e generalizados à população civil, assim como a aplicação da Lei de Anistia e outros excludentes de responsabilidade proibidos pelo Direito Internacional em Casos de Crimes Contra a Humanidade (RESUMO CORTE IDH, 2018).

O Estado também foi responsabilizado pela violação do direito de conhecer a verdade com relação à família Herzog, por não ter esclarecido judicialmente os fatos violatórios do caso e por não ter apurado as responsabilidades individuais em relação à tortura e ao assassinato de Vlado (art. 25 da Convenção) (RESUMO CORTE IDH, 2018).

Além disso, houve descumprimento do direito à integridade pessoal (art. 5.1 da Convenção em relação ao art. 1.1), condenando-se o Brasil à adoção de diversas medidas de reparação (RESUMO CORTE IDH, 2018).

A Corte levou em consideração que o Estado brasileiro já havia reconhecido a responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, por meio do relatório da Comissão Nacional da Verdade, e entendeu que era necessário analisar a possibilidade de persecução penal dos responsáveis, bem como a ocorrência de crimes contra a humanidade e a aplicação de figuras impeditivas dessa persecução, como a Lei de Anistia, a prescrição, o princípio *ne bis in idem* e a coisa julgada.

Recorrendo a diversas fontes de Direito Internacional, a Corte entendeu que, no momento dos crimes, já havia status de normas *jus cogens* quanto à proibição à tortura e aos crimes de lesa-humanidade, e a imprescritibilidade desses crimes configurava uma norma consuetudinária; ou seja, ambas eram vinculantes ao Estado, independentemente da legislação interna.

A Corte interpretou que, em razão da limitação temporal (o Brasil somente aderiu à sua competência em 2002, restringindo-a para fatos sucedidos após 1998), sua finalidade seria analisar o desrespeito à Convenção Americana ocorrido após 1998.

Assim, o Estado não poderia invocar prescrição, princípio *ne bis in idem*, leis de anistia ou qualquer outra excludente de ilicitude para não investigar e punir os responsáveis.

Dispôs que a figura da coisa julgada não é absoluta e que a decisão que encerrou a investigação ocorreu em um remédio de *habeas corpus*, por tribunal incompetente, e baseada em norma – Lei de Anistia – carente de efeitos, não produzindo, portanto, consequências jurídicas.

Constatou que decorreram vários anos desde o reconhecimento da competência da Corte IDH sem que a verdade dos fatos fosse oficialmente publicada, e que o Exército ainda se recusava a fornecer informações e acesso aos arquivos do período.

Considerou, também, que a difusão de uma falsa versão acerca da morte de Vlado gerou um dano à integridade do núcleo familiar, além da infrutífera busca da família por justiça, o que causou angústia, frustração, insegurança e sofrimento.

Como medidas reparativas, condenou o Estado a reiniciar o processo penal cabível para punir os responsáveis em decorrência do caráter de crime de lesa humanidade, a realizar um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional pelos fatos, a adotar ações

para que se reconheça tanto a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade quanto dos crimes internacionais, a publicar a sentença da Corte em sua integralidade e a pagar o montante financeiro determinado na sentença.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste estudo era o de discutir as possíveis relações existentes entre jurisdição internacional e jurisdição nacional a partir do caso Vladimir Herzog decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2018.

Conclui-se, em primeiro lugar, que a Corte utiliza a jurisdição brasileira como causa da condenação, ou seja, todas as ações envolvendo o Caso são apresentadas com o intuito de atestar que as violações sofridas por Vladimir Herzog estão fora de sua competência temporal. Entretanto, também se demonstra que o dano imaterial compreende sofrimentos e aflições aos familiares ocorridos após a adesão do Brasil à competência da Corte IDH.

Dessa maneira, a Corte veicula expressamente o tempo transcorrido e a denegação de justiça como fundamento para punir, dialogando com o Poder Judiciário brasileiro, que não esclareceu judicialmente os fatos violatórios e não apurou as respectivas responsabilidades individuais, transgredindo o direito à verdade, previsto nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.

Declara, ademais, que na decisão responsável pelo arquivamento das investigações em 2008 e 2009 não foi aplicado o devido controle de convencionalidade pelo Tribunal Federal, tampouco na decisão da ADPF nº 153, pelo STF.

Conclui-se, assim, que todo o histórico da família Herzog em busca de reparação no Judiciário brasileiro não somente é usado para justificar a decisão, como também é causa de decidir a respeito de violações a artigos da Convenção.

A Corte IDH assume a incompetência temporal, apesar de recusar a ideia de que não poderia julgar os crimes que ainda não se consumaram (como desaparecimento forçado) ou que ocorreram após 1998, como a contínua omissão do Poder Judiciário.

Além disso, a Corte IDH enaltece que a gravidade desses delitos, a necessidade de punição de seus autores e a sua não consumação afastariam a proibição de retroatividade de lei penal mais gravosa. Entende, ainda, que qualquer lei de anistia que se aplique a crimes contra a humanidade viola a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Tal classificação inova com relação à outra sentença da Corte IDH (Caso Gomes Lund)¹⁷, na qual a decisão foi baseada no conceito de “graves violações de direitos humanos”, ao passo que, na mais recente, pesa-se sobre a apreciação de “crime contra a humanidade”, o que gera um aumento na gravidade da condenação. É possível que tal mudança vise um maior impacto midiático e de repercussão internacional, com a finalidade de forçar o País a realmente agir, iniciar a persecução penal dos criminosos e adequar seu direito interno à Convenção, vez que muito pouco ocorreu desde a condenação do Brasil em 2010.

Em decorrência do insuficiente tempo transcorrido desde a publicação da sentença da Corte IDH em português, em julho de 2018, ainda não há muito como se falar em consequências de tal decisão. Pode-se constatar, todavia, que o MPF já reabriu as investigações sobre a morte de Vlado e voltou-se a discutir uma eventual revisão da Lei de Anistia.

Vislumbra-se, com esses fatos, uma possibilidade de se rever a justiça de transição no Brasil e uma oportunidade para que, eventualmente em sede de embargos¹⁸, ou ao julgar a ADPF n° 320¹⁹, o STF venha a alterar sua posição sobre a interpretação da Lei de Anistia.

17 O Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil foi o primeiro relacionado à Ditadura Civil-Militar brasileira que chegou a um Tribunal Internacional. A sentença foi proferida pela Corte IDH em 24 de novembro de 2010, declarando a responsabilidade por violação de direitos ao reconhecimento à personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade em prejuízo de 62 desaparecidos políticos da Guerrilha do Araguaia (movimento de oposição à ditadura integrado por alguns membros do Partido Comunista do Brasil).

18 Refere-se, aqui, aos embargos de declaração da APDF n° 153/DF, os quais aguardam julgamento desde 2012.

19 Após a condenação do Brasil no caso Gomes Lund, o PSOL, patrocinado por Fábio Konder Comparato, peticionário da ADPF n° 153, decidiu, em razão da demora no julgamento dos embargos de declaração, pelo ajuizamento de uma nova ação no STF, a qual foi apensada à primeira em razão da identidade temática.

Entretanto, duas decisões judiciais recentes entenderam pela prescrição das indenizações devidas pelos agentes da repressão aos civis torturados e mortos²⁰.

Tem-se, por fim, que a atual conjuntura política do País deixa dúvidas quanto à possibilidade de qualquer avanço nas pautas de direitos humanos. Resta saber como ficará a questão do direito à memória e à verdade nesse contexto: a declaração de cometimento de Crimes Contra a Humanidade durante o período da Ditadura Civil-Militar ensejará algum tipo de ação estatal ou a condenação no Caso Herzog²¹ terá um caráter meramente simbólico, tornando o Brasil novamente descumpridor de decisão proferida pela Corte IDH?

4. BIBLIOGRAFIA

Convenções e Organismos Internacionais:

Carta das Nações Unidas (São Francisco, 1945).

Convenção Americana de Direitos Humanos (São José, 1969).

Declaração Universal de Direitos Humanos (Paris, 1948).

20 Apelação Cível nº 0175507-20.2010.8.26.0100 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2018) e Ação Civil Pública nº 0011414-28.2008.4.03.6100 (TRIBUNAL REGIONAL FERDERAL DA 3ª REGIÃO, 2018).

21 Cumpre ressaltar que a Corte condenou o Brasil pela violação de direitos assegurados na Convenção Americana em relação à família de Herzog no decorrer de todo o tempo sem julgamento e/ou esclarecimento dos fatos. Contudo, por incompetência temporal, a Corte declarou que houve crime contra a humanidade no Brasil durante o período da Ditadura Civil-Militar, o que afastaria a Lei de Anistia e ensejaria punição independentemente de prescrição e decadência; também não foi capaz, todavia, de condenar o País por isso, vez que a adesão contenciosa à Corte IDH ocorreu apenas em 1998.

Decisões:

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença do Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença do Caso Herzog e outros vs. Brasil**, de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: **Sentença do Caso Herzog e outros vs. Brasil**, de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Resumo Oficial emitido pela Corte Interamericana.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF**. Rel. Original. Eros Grau, Rel. Atual Min. Luiz Fux, j. 06.08.2010.

Legislação:

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. (Concede Anistia e dá outras providências). Congresso Nacional. Brasília. 1979.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985**. (Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências). Congresso Nacional. Brasília. 1985.

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

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. (Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Vice-Presidente da República, no exercício de Presidente da República. Brasília. 1992.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 89, de 1998. (Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional). Senado Federal. Brasília. 1998.

Livros:

BUENO, Eduardo. **Brasil: Uma História: Cinco séculos de um país em construção.** Rio de Janeiro: Leya, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Processos:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 0175507-20.2010.8.26.0100.** Site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI001H-29D0000&conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NMPARTE&tipoNuProcesso=UNIFICADO&dePesquisa=carlos+alberto+brilhante+ustra&uuidCapcha=&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Apelação Cível nº 0011414- 28.2008.4.03.6100/SP.** Site do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/Visualizar-DocumentsProcesso?numerosProcesso=20_0861000114145&data=2018-08-08>. Acesso em: 20 nov. 2018.

IS IT POSSIBLE/DESIRABLE TO ESTABLISH A VERTICAL MODEL OF INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM WITH THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE BEING THE 'LAST RESORT' COURT?

Ayla do Vale Alves

Introduction:

It is widely acknowledged how the changes that international law went through, mainly after the 1950s, represented a significant expansion and modification of the international judiciary (ROMANO-1999), also making international relations more intense and complex (ABI-SAAB-1999). However, despite the development brought by these changes, they were incorporated in a disorganized way within a legal order that already lacks structure, what led to a fragmentation of the international judiciary system and, consequently, some risks and challenges concerning its unity and consistency (SHANY-2009). In order to avoid these risks and challenges to become actual problems and obstacles to the effective functioning of the system, several approaches proposing ways to tackle this issue and guarantee the cohesiveness of the international dispute settlement system were elaborated.

Accordingly, the broad debate concerning the scope, the gravity and the imminence of these risks and challenges, as well as the solutions to them, have led to the formulation of many diverging approaches that tackle these same issues in varying ways, presenting some common elements, but several divergences among them. This plurality of perspectives makes it difficult to find the most appropriate way to address all the issues involved in the possibility of creation of a hierarchical structure within the international dispute settlement system, with the International Court of Justice (ICJ) as the 'last resort' court at the top of that system. The examination of these ideas in order to provide an answer for the question proposed is the main purpose of this research.

Thus, in the attempt to explore these issues, firstly a brief analysis will be made, considering different perspectives, of the changes in international law that gave rise to the discussion concerning a vertical model of international dispute settlement, the consequences of these changes and the problems it generated. Secondly, having in mind that there is no single definitive approach to this issue, on the contrary, the existence of many diverging perspectives with different strands within them and complex reasoning, four different viewpoints will be considered taking into account the role attributed to the ICJ in the vertical system proposed by each one. Three of these approaches are going to be briefly discussed, as there is no room for a profound investigation of them all in this study. A fourth approach, chosen as it seems to be the most realistic one in general, puts the ICJ in the position of the guarantor of the unity of international law, and will be more deeply and critically examined, although without an intention to address it thoroughly for that same reason.

Ultimately, the analysis shows that all these perspectives face some obstacles to their implementation, in a way that the structural suggestions they make are not, by themselves, enough to make possible the establishment of a vertical model of the international dispute settlement system, with the ICJ at its vertex (DUPUY-1999). Nonetheless, considering the approach that ascribe to the ICJ the function of guarantor of the unity of international law, it can be said that if, together with the structural adjustments it proposes, the international community is also willing to cooperate towards the harmonization of the system, as well as if the ICJ shows readiness to accept its new role and its position at the top of

the hierarchical structure, then, possibly, this model could and should be established (FRANCK-1992; GUILLAUME-1995).

Changes: Proliferation of Courts and Fragmentation of the System:

Since the second half of the twentieth century, the international community and international legal order went through significant changes (VICUÑA-2004) and several developments in the international dispute settlement field (ABI-SAAB-1996). In the context of these changes and their consequences to international law arose the discussion concerning the possibility and establishment of a new, hierarchical model for the international dispute settlement system. However, before addressing the approaches to this hierarchical system, a brief analysis concerning the changes mentioned is due.

To start with, there was the expansion of the traditional fields of international law and an enlargement of the jurisdiction of some existing international courts, the increasing application of international law by domestic courts (DUPUY and VIÑUALES-2014), as well as the proliferation of new, global or regional, specialized judicial organs (ABI-SAAB-1999). In this context were created, for instance, the Panels and the Appellate Body of the World Trade Organization (WTO), the new International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), the International Criminal Court (ICC) more recently, the European Court of Justice (ECJ), regional human rights tribunals such as the Inter-American (IACtHR) and the European Court of Human Rights (ECtHR), as well as *ad hoc* tribunals, as the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Furthermore, many international judicial bodies started to open themselves to the access of non-State actors (ROMANO-1999), and, consequently, there was an increase in the use of the international judiciary by all the subjects of international law, as a much wider range of choices of dispute settlement mechanisms became available to a higher number of international actors (ALFORD-2000).

However, while this expansion of the international judiciary contributed to the development of international law, the disorganized

manner in which it happened and the uncoordinated way how new courts with different specialized jurisdictions were created have introduced significant challenges and risks that now might represent a threat to the coherence of the international order (SHANY-2009; DUPUY-1999). Among these risks, one can argue that the increase in the number of specialized judicial bodies caused a possible partial overlap between the scope of these new courts and the scope of courts with a general jurisdiction (ABI-SAAB-1999). Consequently, this originates the possibility of jurisdictional conflicts among them, different simultaneous proceedings and diverging interpretations of similar facts (OELLERS-FRAHM-2001). While this type of normative conflict is a common phenomenon in any legal order, when it occurs within a system, as the international system, with no hierarchy or proper structure, nor an obligation to consider judicial precedents, its consequences might be more complicated and problematic,²² posing new challenges to the cohesiveness and unity of international law (OELLERS-FRAHM-2001; VICUÑA-2004; ABI-SAAB-1999).

Regarding this matter, Gilbert Guillaume (2000), while President of the ICJ, in his statement to the United Nations (UN) General Assembly (UNGA), confirmed that the proliferation of international courts generates the risk of conflicting jurisprudence, and called attention to the fact that specialized courts might, sometimes, be composed of adjudicators with specific knowledge, but not necessarily familiarized enough with international law to understand the legal connections between the judicial body they are part of and the general rules of international law that still apply. Ultimately, he pointed out the essential need for a dialogue among the judicial organs, and suggested the ICJ, as the ‘principal judicial organ of the United Nations’,²³ to perform this task, as long as it is equipped to do so.

Nonetheless, despite the broad agreement that proliferation has led to some level of fragmentation of international law, there are several

22 International Law Commission, ‘Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law’ (13 April 2006) UN Doc A/CN.4/L.682, 32 para 51.

23 Charter of the United Nations (UN Charter) (signed 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 1 UNTS XVI, ch XIV art 92.

different perspectives regarding the scope, gravity and imminence of the problem (SHANY-2009). Some scholars argue that fragmentation might represent great danger to international law's unity and cohesion (ABI-SAAB-1996); others say that the real conflicts in the interpretation and application of international law are still rare and do not represent a serious threat yet (PETERSMANN-1999); while another viewpoint sees this fragmentation as the natural, healthy and successful development of the system, although admitting that it can be problematic if it evolves without coordination (ABI-SAAB-1999; OELLERS-FRAHM-2001).

Accordingly, even with regard to the most commonly referred cases of conflicting jurisdiction, the Nicaragua case²⁴ (in which the ICJ used a standard of 'effective control' for the attribution of the acts of a non-State actor to the host State), and the Tadi case²⁵ (in which the ICTY used, instead, a test of 'overall control' for the same purpose), scholarly disagreement can be found. Some commentators recognize in these cases a clear normative conflict between the views adopted by each of the courts, ICJ and ICTY (DUPUY-1999), while others might say it represented only an 'apparent conflict', as the mere outcome of the developments in international law with time, or of the differences in the circumstances in which each case emerged (OELLERS-FRAHM-2001). Nevertheless, even among the latter, there is an agreement that dialogue and cooperation among courts and their jurisprudence are necessary (SHANY-2009), although, also in this aspect, many diverging approaches are proposed as to how to promote such dialogue (CHARNEY-1999; OELLERS-FRAHM-2001; DUPUY-1999).

A common denominator among the referred approaches is that, in order to protect the cohesiveness of the international dispute settlement system, it should be established some type of hierarchical structure in the international judiciary, with the ICJ at the top of the hierarchy (DUPUY-1999). Appropriately, the ICJ is the only international court possessing universal jurisdiction *ratione personae* and *ratione materiae*, what makes its judgments naturally more compelling than those of courts with a narrower jurisdiction

24 Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14, 65 para 115.

25 Tadi Case (Judgment) ICTY-94-1 (15 July 1999) 49 para 120.

(CHERNEY-1999). Moreover, ICJ's decisions concerning general international law, when presenting solid and precise reasoning, are still frequently referred to in the decisions of other international courts and tribunals, as a statement of the applicable law (OELLERS-FRAHM-2001). Furthermore, some constituent instruments of international judicial organs contain provisions referring to the subsidiarity of dispute settlement obligations, thereby establishing some hierarchy, and sometimes linking the organ to the ICJ, which would then perform an appellate role or could provide an advisory opinion (OELLERS-FRAHM-2001). The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), for instance, provides for rules of subsidiarity in its articles 281 and 282,²⁶ as well as does the European Convention on Human Rights, in its article 35(2(b)).²⁷ Hence, these circumstances could justify the choice of the ICJ as the 'last resort' court standing at the top of a proposed new vertical model of the international dispute settlement system.

Beyond the general agreement regarding the ICJ's position in the new structure, and apart from the points of view that do not believe in the viability of this hierarchy at all (CHARNEY-1999), each one of the perspectives that do support it proposes a different design for the system and a different way to implement it, some more radical than others, each one, consequently, also presenting particular obstacles to its materialization (DUPUY-1999). Moreover, some perspectives seem unrealistic, as they would demand a formal review of the ICJ Statute, what could only happen under the rigorous procedure established by Articles 108 and 109 of the UNC, requiring the acceptance and ratification of such change by two thirds of the UN member States (DUPUY-1999; CHARNEY-1999). For all this, finding a definitive approach to tackle the issue of fragmentation in the international dispute settlement system, the related problems and the possible solutions to them, is still a very difficult task.

Nevertheless, some relevant approaches will be presently briefly analysed according the role attributed to the ICJ by each one, while the

²⁶ United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1994 UNTS 397 (UNCLOS) pt XV arts 281, 282.

²⁷ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR) art 35 para 2 subpara (b).

viewpoint that proposes a vertical system with the ICJ in the highest position as the guarantor of the unity of international law will be more deeply, although not exhaustively, discussed.

The ICJ as the Constitutional Court of the International Community:

There are different approaches to international constitutionalism presenting different types of solution to the problems of the international system (KINGSBURY-1999). The strand hereby summarily discussed argues that the fragmentation of international law and the evolution of the international relations require a review of the role of the governing principles of international law in order for them contribute better to the integration and coherence of the international system (VICUÑA-2004). This review would constitute a judicial task with a particular constitutional aspect, and should be performed by the ICJ as the main judicial body of the system, in order to promote the evolution of the basic principles of international law and secure the system's unity and coherence (VICUÑA-2004). Besides, it is argued that some of these guiding principles are provided for by the UN Charter (UNC), to which some proponents of this approach attribute a constitutional character (FASSBENDER-1998).

The obstacles faced by this approach are, among others, the difficulty concerning an eventual reform of the UNC or the ICJ's Statute,²⁸ the fact that the disputes brought before the ICJ do not always lead to judgments carrying a constitutional importance, and the unlikelihood that the ICJ's state-consent-based jurisdiction will go through significant changes anytime soon (GUILLAUME-1995). Furthermore, it is questionable if the ICJ is presently capable of carrying out this constitutional function the way it is proposed, before some adjustments in the judicial policy of the Court are made (VICUÑA-2004). Therefore, in a general way, as acknowledged by a proponent of this approach, the developments and adjustments needed for its establishment are not easy to be reached.

28 Statute of the International Court of Justice (entered into force 24 October 1945) (ICJ Statute).

The ICJ with supervisory jurisdiction:

This approach highlights a political role to the ICJ, conferring to it a supervisory jurisdiction. This perspective can work in a complementary way to the idea of the ICJ as a constitutional court, therefore facing similar obstacles (VICUÑA-2004).

For the implementation of such viewpoint, firstly, the ICJ should adopt a practice of referring some of the cases submitted to it to alternative means of dispute settlement, such as arbitration, when that shows to be useful for the resolution of the case. Scholars defending this approach suppose that the Court would be working at full capacity, so this practice would not go against the Court's own interests (VICUÑA-2004).

This way, the alternative means of dispute resolution would perform most of the function regarding the application of the law, while the ICJ would operate either as a court of appeal or by using its right to nullify an arbitral award, for instance (VICUÑA-2004). However, this function would only apply to cases related to serious violations of the law, therefore in a cautious and exceptional way, without losing its place and functions as an institution of the UN (REISMAN-1997). In this context, commentators call attention to the principle of subsidiarity, suggesting its application in international law, by which the alternative means of dispute settlement should perform their functions up to the end of their capacity, while the ICJ would only intervene in specific types of disputes or while exercising its supervisory role, thus, as the last resort (VICUÑA-2004).

The ICJ as a Court of Judicial Review:

This perspective also emphasizes a political role to the ICJ, relating to the function of judicial review in a new hierarchical structure in which appeals to the judgments of other courts could be submit to the ICJ (ABI-SAAB-1999). It is said that such perspective can be currently identified in the international system, but in the form of a request for an advisory opinion to the ICJ or, in the case of arbitral awards, through the submission of the same case to the ICJ, only under a different jurisdictional title. Even so, such possibility is only provided for in the statutes of the organ the decisions of which can be reviewed, or in specific circumstances, and

not as a rule of the international community created to favour its unity, neither as an ICJ's inherent power (ABI-SAAB-1999).

Furthermore, the ICJ would be able to perform incidental constitutional review of the actions of entities part of international organizations, decide conflicts of jurisdiction, declare its position regarding relevant legal policy issues, while trying to formulate an authoritative interpretation of the guiding principles and rules of international law whenever possible (ABI-SAAB-1999).

However, one of the obstacles to this approach refers to the fact that the underlying benefits of the use of specialized judicial bodies would probably no longer be enjoyed by States if these organs were submitted to a hierarchical structure in which their decisions could be reviewed by the court standing at the top of the system, in this case, the ICJ, making it unlikely to get general acceptance by States (CHARNEY-1999).

The ICJ as a Guarantor of the Unity of International Law:

The idea advocated by this perspective is that, together with the submission of all judicial organs to the general guiding principles and rules of international law, it must be attributed to the ICJ the role of guarantor of the unity and consistency of international law and its dispute settlement system (OELLERS-FRAHM-2001). A strand within this approach indicates the possibility of creation of a mechanism to avoid conflicts between the jurisprudence of different courts based on what is envisaged by Article 177 of the Treaty of Rome,²⁹ suggesting the transposition of this idea to the general international legal order and including the use of this tool by high domestic courts (GUILLAUME-1995). As the latter is a specific perspective with specific unfolding within the broader approach, the analysis will continue only concerning the wider view.

Thus, according to this approach, the ICJ would be the main institution of the vertical international dispute settlement system, with competence to address questions concerning the interpretation and application of the governing rules and principles of general international law, answering,

²⁹ The Treaty of Rome (adopted 25 March 1957, entered into force 1 January 1958) art 177.

through advisory opinions, questions directly submitted by courts and tribunals that have reached a deadlock during the judgment of a case, or by request of the UNSC or the UNGA (OELLERS-FRAHM-2001). Nevertheless, there are some obstacles and concerns regarding the implementation of the model as proposed by this approach, and they deserve some consideration in order to see if they can be overcome.

Firstly, the general acceptance of the intermediation of the UNSC or the UNGA in the request for an advisory opinion to the ICJ does not seem probable (OELLERS-FRAHM-2001). The problem is that States create or submit their disputes to specialized courts, while the ICJ could also be seized, because they have private interests in doing so, e.g. the need to have some control over the members of the forum, their preference for secrecy, the need for a court with specific expertise or familiar with regional particularities, or a court that can be more convenient to their interests by, for instance, allowing the access of non-State actors (CHARNEY-1999; OELLERS-FRAHM-2001).

Therefore, the interests that justify the submission of the dispute to a specialized court, instead of the ICJ, may also represent an obstacle for the acceptance of some particularities of the ICJ's traditional advisory procedure (OELLERS-FRAHM-2001). For instance, the fact that the UNSC and the UNGA are political organs with the power to decide if the question forwarded will in fact be submitted to the ICJ, or at least shape its content before the submission might be a reason, among others, why such proposition would probably not be generally accepted (TREVER-2000). Therefore, for the implementation of this new practice, it is preferable that the court in which the case is pending submits the question to the ICJ directly, based on a specific provision allowing the court to do so, without the intermediation of a political organ such as the UNSC or the UNGA (OELLERS-FRAHM-2001).

On the other hand, there are some concerns regarding a direct link between the ICJ and the other judicial body involved as well, mainly with respect to a lack of filtering of the questions submitted to the International Court and a possible subsequent overburden of the ICJ with questions of a secondary relevance (OELLERS-FRAHM-2001). Moreover, there are a great number of courts and tribunals dealing with very specific or technical subject-matters, and there is a concern that the ICJ would

possibly not be prepared to deal with the amount and the specificity of the questions submitted to it (CHARNEY-1999). In order to avoid this problem and enhance the utility of this suggested new use of ICJ's advisory function, this tool must be restricted to questions concerning the governing rules and principles of international law, or particularly relevant issues arisen from international instruments binding on all or on the majority of States. The ICJ's role, then, would be to call for a consistent and homogenous interpretation and application of the relevant law (OELLERS-FRAHM-2001).

Nevertheless, considering the autonomous nature of international courts and tribunals, none of them would be under an obligation to refer questions to the ICJ, so conflicts between their jurisdictions would remain possible (OELLERS-FRAHM-2001). To overcome that obstacle, this approach relies on the international judiciary and their members' awareness of how their decisions contribute to the development of the international legal order (ROMANO-1999), counting on their common effort to neutralize the risks of conflicting jurisdiction and trusting they would make a good use of the new structure and practices of the vertical system (DUPUY-1999).

Additionally, another point of concern is the necessity or not of the consent of the parties for the use of ICJ advisory function. Considering the general State-consent-based nature of international jurisdiction, it might seem obvious that before involving the ICJ in the decision of a case pending before another court, that consent should also be required (DUPUY-1999). On the other hand, it could be said that an ICJ advisory opinion, while not binding, should dismiss the need for consent; however, that seems unlikely precisely because of the mainly consent-based nature of the system. Moreover, the non-binding character of the advisory opinion makes room for the possibility that the ICJ's position is disregarded by the judicial body in which the case is pending, possibly affecting the ICJ's prestige in its new role (DUPUY-1999). Even though improbable, considering the respect usually shown towards the ICJ's jurisprudence, this situation is not impossible or unlawful, what leads to the suggestion that the ICJ's advisory opinions, in this new structure, are to be granted a binding nature by, for instance, the treaty provisions that regulate the use of the Court's new function(DUPUY-1999).

In contrast, it is said that the ICJ has been handling mostly disputes of medium importance (GUILLAUME-1995), and when is faced with difficult questions of law or important general issues of international law, it has preferred to avoid addressing the question in a concise, clarifying way, through general reasoning, instead attaining itself to the specific circumstances of the case (DUPUY-1999). Consequently, the argument is that the ICJ's role as the main judicial organ of the international system has to be revitalized and encouraged to go beyond the mere settlement of disputes and reach the more general and relevant questions, allowing the Court to contribute to the establishment and evolution of the guiding principles of international law (SHAW-1997; ABI-SAAB-1996).

Nonetheless, in this respect, one must recall the perspective that emphasizes that the decisions by ICJ, when well-built and precise, are given significant value in the judgments and reasoning of other international courts and tribunals, illustrating that there already is some respect for the role played by the ICJ in the contemporary international community (CHARNEY-1999). Furthermore, it was said that even the 'legal principles expounded on or referred to by the Court in an obiter dicta sense may in the appropriate circumstances constitute stepping stones to the development of further norms or the application of existing norms in other areas' (SHAW-1997). The WTO Appellate Body and the ITLOS are examples of judicial bodies that commonly refer, in their decisions, to ICJ positions on issues of general international law (TERVES-2006).

Therefore, after these considerations, it is observed that there already exists a predisposition to the acceptance of the higher position of ICJ's relevant jurisprudence within the international dispute settlement system (CHARNEY-1999). Thus, in developing its role as the guarantor of the unity of international law, the Court must focus on its function to provide leading authoritative statements on the main issues of general international law (CHARNEY-1999). In addition to that, all the international actors involved in the dispute settlement system also need to be aware and willing to make an effort towards cooperation among the judicial bodies and in relation to the ICJ as the ultimate court of the system (FRANCK-1992; GUILLAUME-1995). Under these conditions, the vertical model of the international dispute settlement system, with the ICJ operating as a last resort court, working to guarantee the unity of international law, should be established.

Conclusion:

As international law developed, so did the relations within it and its judiciary. This development, however, also caused fragmentation and gave rise to risks, challenges and problems for the unity and coherence of the international dispute settlement system. In the attempt to tackle these issues, to find a way to handle fragmentation and to avoid conflicts of jurisdiction and interpretation of the law, several different approaches were formulated, although none has yet become the definitive approach for the international community and all present obstacles concerning implementation (DUPUY-1999; CHARNEY-1999).

One of these approaches suggest the establishment of a hierarchical international dispute settlement system, attributing to the ICJ the task to guarantee the unity of international law, putting the Court at the top of this vertical structure. It was observed that the structural changes proposed by that approach would, by themselves, face many challenges and hurdles to its implementation. The new structure would have to be accompanied by a common will and effort of the participants of the international judiciary towards cooperation and harmonization of the system, as well as the ICJ thorough acceptance of its new essential role. With these conditions fulfilled, the proposed new model of the international dispute settlement system would possibly be able to manage the risks and dangers placed by the proliferation of international judicial bodies and the fragmentation of international law and its judiciary, and keep the system cohesive and coherent, in a way that it should, therefore, be established (DUPUY-1999).

Bibliography

Case Law

Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua V. United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14.

Tadi Case (Judgment) ICTY-94-1 (15 July 1999).

Legislation

Charter of the United Nations (UN Charter) (signed 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 1 UNTS XVI.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR).

Statute of the International Court of Justice (entered into force 24 October 1945) (ICJ Statute).

The Treaty of Rome (adopted 25 March 1957, entered into force 1 January 1958).

United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1994 UNTS 397 (UNCLOS).

Secondary Sources

Abi-Saab G, 'The International Court as a World Court' in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (CUP 1996).

-- 'Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks' [1999] 31(4) NYUJILP 919.

Address by H.E. Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court Of Justice, to the United Nations General Assembly (26 October 2000) 5, < <http://www.icj-cij.org/files/press-releases/9/2999.pdf> > accessed 11 January 2018.

Alford RP, 'The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance' [2000] 94 ASILP 160.

Charney J, 'The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals' [1999] 31(4) NYUJILP 697.

- Dupuy PM, ‘The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice’ [1999] 31(4) NYUJILP 791.
- and Viñuales JE, ‘The Challenge of “Proliferation”: An Anatomy of the Debate’ in Cesare Pr Romano, Karen J Alter and Yuval Shany (eds), *The Oxford Handbook of International Adjudication* (OUP 2014).
- Fassbender B, ‘The United Nations Charter as Constitution of the International Community’ [1998] 36 CJTL 529.
- Franck TM, ‘The “Powers of Appreciation”: Who is the Ultimate Guardian of UN Legality?’ [1992] 86(3) AJIL 519.
- Guillaume G, ‘The Future of International Judicial Institutions’ [1995] 44(4) ICLQ 848.
- Kingsbury B, ‘Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?’ [1999] 31(4) NYUJILP 679.
- International Law Commission, ‘Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law’ (13 April 2006) UN Doc A/CN.4/L.682.
- Oellers-Frahm K, ‘Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction: Problems and Possible Solutions’ in J A Frowein, R Wolfrum and C E Philipp (eds), *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (vol. 5, Brill 2001).
- Petersmann EU, ‘Proposals for Strengthening the UN Dispute Settlement System: Lessons from International Economic Law’ in J A Frowein and Rüdiger Wolfrum (eds), *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (vol. 3, KLI 1999).
- Reisman WM, ‘The Supervisory Jurisdiction of the International Court of Justice: International Arbitration and International Adjudication’ in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (vol. 258, Brill/Nijhoff 1997).

Romano PR, 'The Proliferation Of International Judicial Bodies: The Pieces Of The Puzzle' Justice' [1999] 31(4) NYUJILP 709

Shany Y, 'No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary' [2009] 20(1) EJIL 73.

Shaw M, 'The International Court of Justice: A Practical Perspective' [1997] 46(4) ICLQ 831.

Trever T, 'Advisory Opinions of the International Court of Justice on Questions Raised by Other International Tribunals' in J A Frowein, R Wolfrum and C E Philipp (eds), *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (vol. 4, Brill 2000).

-- 'The International Tribunal for the Law of the Sea: Applicable Law and Interpretation' in Giorgio Sacerdoti, Alan Yanovich and Jan Bohanes (eds), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System* (CUP, 2006).

Vicuña FO, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society Constitutionalization, Accessibility, Privatization* (CUP 2004).

COMPLEXIDADES E TENSÕES NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O CASO TPI VS DOMINIC ONGWEN

Fernanda Cardoso Fonseca

1. INTRODUÇÃO

Dominic Ongwen foi um dos líderes do grupo sectário Exército de Resistência do Senhor, mais conhecido pela sua tradução para o inglês, *Lord's Resistance Army* (LRA), sendo este um grupo militar e cristão, atuante no norte da Uganda. Ongwen foi cusado pela promotoria do Tribunal Penal Internacional por crimes de guerra e crimes contra a humanidade³⁰, aos quais incluem assassinato, tortura, estupro, recrutamento de crianças, escravidão gravidez forçada, e tratamento inumano, em níveis de responsabilidade diferentes, como autor/co-autor e como mandante. O acusado foi levado ao Tribunal Penal Internacional em 2015, mesmo ano em que começou o seu processo de julgamento. Não obstante, a condição ímpar desse indivíduo quando comparada com os demais líderes do LRA, é que, antes de estar à frente do grupo, o próprio acusado foi recrutado como uma criança soldado (BAINES, 2009).

30 Crime de guerra é uma violação do direito internacional ocorrida em guerras. Crime contra a humanidade é um termo de direito internacional que descreve atos que são deliberadamente cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil, mesmo em tempos de paz (EVANS, 2001).

Esse é o primeiro caso em julgamento pelo TPI em que o acusado também se enquadra como vítima do mesmo crime. Devido a sua unicidade, o caso representa um marco para o TPI, que já possui atritos com os países africanos devido ao seu foco quase exclusivo em julgar os casos apenas dessa região (BRANCH, 2006; BAINES, 2009). O presente artigo possui três seções, além da vigente introdução. A primeira trata de contextualizar acerca do grupo Exército de Resistência do Senhor (LRA) e como ele se iniciou, para, em seguida, apresentar a participação e história de Dominic Ongwen no mesmo. Dito isso, discorre-se acerca da atuação do Tribunal Penal Internacional em seu pré-julgamento e as tensões existentes na relação do Tribunal e o continente africano. Por fim, trabalhar-se-á com o questionamento da universalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos e como tal caso ilustra a complexidade do debate além de possíveis novas perspectivas para lidar com tal problemática, seguida das considerações finais.

2. FORMAÇÃO DO LRA E PARTICIPAÇÃO DE OGWEN

Anterior ao grupo LRA, a organização política na Uganda, principalmente no Norte, já era instável. Foi criada uma divisão entre o norte e o sul do país durante a colonização britânica. Essa divisão teve repercussões no desenvolvimento econômico desigual de ambas as regiões. O sul e o leste passaram a ser considerados zonas produtivas; norte e oeste não produtivas e que não possuíam trabalho qualificado. Concomitantemente, houve repercussão também no recrutamento do exército, pois a população do norte e oeste passou a atuar em ambientes militares, enquanto a do sul e leste, formados principalmente pelo povo Acholi³¹, foi majoritariamente designada para serviços civis (HOEKSTRA, 2017). Essa diferença social e econômica gera uma marginalização aos povos que habitavam a região norte e oeste.

O grupo Exército de Resistência do Senhor (LRA) iniciou suas atividades neste contexto de instabilidade. Suas reivindicações partiam principalmente para o governo que se instaurou depois do fim da colonização britânica no território, em 1962. Tinham como objetivo aumentar

31 Os Acholi ou Acoli são um povo nilótico ocidental que vive no sul do Sudão, em Uganda e no norte do Quênia (SHOUP, 2011).

a participação do povo Acholi nas instâncias governamentais e controlar áreas geograficamente estratégicas do país. Como um grupo paramilitar, tomavam territórios através de invasões armadas a pequenos grupos e aumentavam o tamanho do seu exército, dentre outras medidas, com o recrutamento de menores (HOEKSTRA, 2017).

Neste contexto de repressão inicia-se a história de Ongwen com o LRA. Dominic Okumu Savio nasceu em 1975 na Uganda em um tempo de muita turbulência e imprevisibilidade na política do país. Quando completou 10 anos, estava a caminho da escola e foi raptado e obrigado a lutar e a servir o grupo. Fez parte das 30.000 – 60.000 crianças e jovens que foram recrutados pelo grupo LRA desde o início do conflito com o país (BAINES, 2009). Para que os seus líderes não descobrissem o paradeiro da sua família, muda o seu sobrenome para Ongwen. Quando completou 14 anos foi transferido para o Sudão do Sul e lá se tornou o encarregado pelas operações em campo, passando a conduzir missões e organizar capturas de crianças no norte da Uganda (APUULI, 2006).

Ongwen foi o primeiro a ser reconhecido e sentenciado pelos crimes de guerra. No dia 16 de janeiro de 2015 ele foi entregue à Corte pela República Centro Africana e apareceu pela primeira vez no Tribunal no dia 26 de janeiro de 2015. (INTERNATIONAL CRIME COURT, 2016). Apesar de Ongwen ter participado ativamente de crimes contra a humanidade quando já tinha a idade de 18 anos, o mesmo esteve exposto em um ambiente de extrema violência física e psicológica desde muito novo. O LRA inclusive utiliza a ameaça de violência contra a família e os demais membros da comunidade da criança-soldado como forma de garantir que as mesmas obedeçam às ordens de seus superiores, e o caso de Dominic não foi exceção (MINAHIM *et* SPÍNOLA, 2018; COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2017).

Especificamente, o Tribunal alega que em 2005 Dominic Ongwen era o comandante do LRA da Brigada de Sinia, possuindo três acusações de crimes contra a humanidade, bem como quatro acusações de crimes de guerra. Essa acusação tem um forte impacto na conjuntura do direito internacional, pois Ongwen é a primeira pessoa conhecida a ser acusada pelos crimes dos quais ele também é uma vítima. (COUNCIL OF FOREIGN RELATIONS, 2015; BAINES, 2009).

Dominic Ongwen foi acusado de Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade, em diferentes níveis de responsabilidade, além de co-autoria indireta, referentes aos artigos 25(3)(a), 25(3)(c), 25(3)(d)(i) e (ii), e 28(a) do estatuto de Roma ao Tribunal Penal Internacional. Entre os crimes que fora acusado estão raptos de menores, tortura, estupro de mulheres e vulneráveis (INTERNATIONAL CRIME COURT, 2016).

Dentre as evidências apresentadas se encontravam depoimentos de demais membros do grupo, sobreviventes dos ataques e documentos oficiais comprovatórios de atuação do LRA em diversas regiões de Uganda e do Sudão do Sul. Após análise do que fora apresentado, a corte aceitou tais acusações, tendo como referência que entre 1 de julho de 2002 e 31 de dezembro de 2005, o LRA atacou sistematicamente a população civil do norte da Uganda, por um extenso período de tempo, em uma extensa área geográfica e com um número grande de vítimas. (INTERNATIONAL CRIME COURT, 2016; NYEKO *et* ALOYOCAN, 2015).

Essa afirmação em si já traz certo questionamento acerca do alcance de uma possível justiça, pois os crimes foram efetivamente transfronteiriços, já que o grupo paramilitar atuava assiduamente nas regiões do Sudão do Sul. Infelizmente, por se tratarem de países diferentes, as investigações devem ser feitas e apresentadas individualmente para o TPI, o que tornaria o processo extremamente mais complexo (INTERNATIONAL CRIME COURT, 2016). Ou seja, o carácter transfronteiriço do LRA ainda é visto como um impedimento para que os líderes do grupo, incluindo Ongwen, sejam acusados pela extensão total de seus crimes. No entanto, precisamos também nos questionar qual será o tipo de justiça que as vítimas que não se encontram em Uganda receberão.

Durante a confirmação da audiência de acusação, em março de 2016, a defesa argumentou que devido ao rapto de Ongwen em uma idade jovem, ele perdeu qualquer senso de infância e tomou decisões por coerção e medo por sua vida (BRANCH, 2006; INTERNATIONAL CRIME COURT, 2016). Tendo em vista o argumento-chave da defesa, pode-se inferir que se Ongwen for condenado, sua condição de criança-soldado pode ser considerada uma circunstância atenuante. No entanto, seu status como comandante e o nível de responsabilidade pelos crimes que tal cargo possui podem ser considerados uma circunstância agravante. Todavia, para além de questões sobre a culpa completa, parcial, ou a não-culpa do

acusado, outros debates mais complexos são expostos, sendo necessário analisar o contexto que envolve o caso, qual o papel do TPI e quais perspectivas ideológicas e políticas são trazidas à tona.

3. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DILEMA AFRICANO

O Tribunal Penal Internacional foi fundado em julho de 2002, como uma conquista dos Estados signatários do Estatuto de Roma por “concretizar o ideal de realização de justiça internacional” (MINAHIM *et* SPÍNOLA, 2018, p. 87). Sua história e as propostas que lhe antecederam, revelam o interesse continuado na criação de órgão que pudesse “julgar e punir crimes que desestabilizem valores da comunidade mundial” (OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, *s/d*).

Uganda, no entanto, coloca em evidência os dilemas do envolvimento do TPI com a África. Quando o TPI interveio pela primeira vez no país no auge da guerra, em 2004, ele empregou uma narrativa específica voltada para a captura imediata de todos os envolvidos, que refletia o longo retrato internacional do conflito. Sendo um favorito do Ocidente por abraçar o ajuste estrutural neoliberal e sua participação entusiástica na guerra contra o terror, o governo de Uganda foi retratado como uma contra insurgência. A participação do governo contra o LRA, muitas vezes através do uso de coerção e violência, tinha como objetivo um esforço bem tencionado, embora limitado, para proteger os civis. Quanto ao LRA, relatos da mídia local e internacional narravam sobre um exército de crianças raptadas lideradas por um médium autoproclamado, Joseph Kony, usando violência contra seu próprio povo sem motivo aparente. As motivações do LRA eram simples: “Os rebeldes não têm uma agenda política clara, mas disseram que querem que o país seja governado de acordo com os Dez Mandamentos Cristãos.” O TPI então denuncia o LRA como uma “organização criminosa”, além de expressar o seu desprezo pelo envolvimento do LRA nas conversações de paz, aparentemente baseado na convicção de que eles não tinham uma agenda política a seguir. Portanto, como enfatizado pela mídia e pelo próprio TPI, o governo de Uganda se viu como legitimado para contra-atacar violentamente o grupo paramilitar. Precisou de ajuda em sua guerra **justa** contra o grupo **terrorista**. A contra insurgência do

governo foi lançada como tendo um carácter inquestionavelmente humanitária. Quando o TPI finalmente interveio no conflito, Uganda efetivamente se tornou um parceiro na investigação contra o LRA. (VILLA-VI-CENCIO, 2007; SCHABAS, 2011, grifo nosso).

Apesar dos atos de violência utilizados pelo Estado, este não chegou a ser investigado pelo TPI, e por isso não foi surpresa que, quando a acusação emitiu mandados de prisão em 2005, apenas os comandantes do LRA foram nomeados. Não obstante, organizações internacionais não-governamentais, como o *Human Rights Watch* e a *Amnesty International* denunciaram o governo por negligência para com o povo Acholi (CLARK, 2010), o que serviria para criar um ambiente instável e conflituoso, levando para revoltas populares, tornando o ambiente propício para o surgimento do LRA. Nem o TPI nem o governo de Uganda se pronunciaram contra tais acusações.

A prisão de Ongwen foi lida pelos membros do Tribunal como um exemplo de aplicação da lei internacional pela comunidade internacional, prova da crescente eficácia do TPI. O Tribunal Penal Internacional foi acionado no caso justamente devido ao carácter transfronteiriço do acusado. No entanto, o então Ministro de Relações Exteriores de Uganda, Henry Oryem Okello, disse à imprensa que o presidente Museveni foi **obrigado** a enviar Ongwen ao Tribunal Penal Internacional (TPI) porque seus supostos crimes se estenderam além das fronteiras de Uganda e em outros países onde o Exército de Resistência do Senhor atuava, incluindo a República Democrática do Congo (RDC) e Sudão do Sul. (INTERNATIONAL CRIME COURT, 2016; CHILD VICTIM OR ..., 2017, grifo nosso).

No entanto, ao analisar o próprio ato de transferência do acusado para julgamento em Haia, pode-se perceber que existiram atritos que revelam dificuldades em conciliar visões ocidentais com a realidade existentes em outras regiões. A ideia de transferir Ongwen para ser julgado em Haia, além de ser mais logisticamente custoso e desgastante, partiu principalmente dos Estados Unidos. Isso se deve ao fato que Ongwen, quando capturado, foi primeiramente entregue às forças especiais dos EUA localizadas na área para fornecer treinamento e apoio a uma força-tarefa regional da União Africana (UA). Como os Estados Unidos se encontravam dentro de Uganda lutando contra o LRA, a intervenção dos mesmos seria

justificada. Simultaneamente, o presidente de Uganda procurava mantê-lo dentro do país (BAINES, 2009; BRANCH, 2016; CLARK, 2010).

Em suma, como descrito por Branch (2016), a transferência de Ongwen para o TPI, ao invés de mantê-lo sobre a jurisdição de Uganda para ser julgado pelo sistema judiciário do país, não foi um ato de humanitarismo internacional. Tal fato pode ser lido como um alinhamento contingente de militarização de interesses próprios. Com base nesse campo instável, o Escritório do Procurador do TPI buscou construir uma narrativa que retrospectivamente validasse positivamente o posicionamento do Tribunal como um exemplo de aplicação da lei internacional, que se adequava aos interesses do Estado.

Como dito por Apuuli (2005), se o TPI se envolvesse mais frequentemente em outras partes do mundo, poderíamos esperar que suas abordagens aconteceriam de maneira radicalmente diferente, com resultados diferentes. E, de fato, ao analisar a Colômbia, o único país não africano onde o TPI teve um profundo envolvimento, evidencia-se uma prática muito diferente, com mais confiança depositada no sistema judicial interno da Colômbia, mais deferência ao processo de paz e atores políticos, e sem a tendência de demonizar um lado e apoiar a força militar do outro. E, claro, o fato básico de que o TPI ainda não abriu uma investigação formal na Colômbia depois de mais de 10 anos de envolvimento intenso é prova da abordagem muito diferente que o TPI faz fora da África.

O julgamento de Ongwen não sinaliza a possível falha do TPI apenas neste caso particular. Em vez disso, ilumina alguns dos dilemas que minam o Tribunal como um modo de justiça transicional na África em geral. De acordo com Piovesan (2006) e Ssenyonjo (2005), ao contrário do que algumas justificativas apontam, a falta de ajuste entre o TPI e a África não é tanto um resultado da diferença cultural, o que alguns identificam como uma divergência entre os conceitos africanos de justiça restaurativa (técnica de solução de conflito e violência que se orienta pela criatividade e sensibilidade a partir da escuta dos ofensores e das vítimas) e o modo de justiça “ocidental” do TPI. Em vez disso, o papel muitas vezes contraproducente do TPI na África, revelado no julgamento de Ongwen, é um produto da história política da intervenção do TPI no continente. O julgamento de Ongwen fornece uma visão da dificuldade do Tribunal em desempenhar um papel positivo na justiça, paz e transição política na

África. Tal realização demonstra a complexidade desses problemas e das tensões existentes, já que, na prática, o TPI efetivamente se tornou o mecanismo de justiça transicional regional dominante para a África, com um impacto significativo no continente.

Outro aspecto que deve ser pontuado no presente caso, diz respeito a anistia. Em 2000, o governo de Uganda instituiu uma Lei de Anistia, efetivamente perdoadando qualquer rebelde que denunciasse a insurgência e se entregasse voluntariamente às autoridades do governo ugandense (APUULI, 2005; BRANCH, 2016). A questão chave, no entanto, é como reconciliar a anistia com a investigação pendente dos rebeldes e ameaças de processo pelo TPI. De acordo com os líderes Acholi, o promotor precisa garantir que “quem já se beneficiou da anistia não será investigado ou processado pelo TPI” (MINAHUM *et* SPÍNOLA, 2018). É visível que o TPI e Uganda não atingiram um consenso com relação a abordagem que deve ser utilizada se referindo aos membros do LRA. Enquanto a aplicação da Lei de Anistia estiver em vigor, o Tribunal não pode intervir acusando os seus beneficiários, e ir contra essa atitude significa metaforicamente **esvaziar** o poder do governo, aumentando ainda mais as tensões na região e dificultando um processo já turbulento de readaptação (grifo nosso).

4. A (NÃO-) UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O TPI

A prisão de Ongwen, certamente não foi a única vez que a acusação tentou impor uma clara narrativa de responsabilidade sobre Ongwen, com relação a guerra da qual ele fazia parte ou sobre os atores envolvidos nos 20 anos de devastação da atuação do mesmo como líder do LRA. O argumento é essencialmente de que ele já tinha idade o suficiente para ser julgado como um adulto com plena consciência de seus atos. Ao traçar esse paralelo em “quem tem responsabilidade”, e “quem é o inimigo” a acusação está apenas replicando o discurso ideológico próprio do TPI e de outras importantes organizações internacionais, como a própria ONU. Esse padrão de tentar resolver as consequências (no caso do TPI, procurar quem é o culpado), ao invés de entender as causas dos problemas de impacto internacional, faz com

que se chegue em soluções subótimas que no longo prazo não resolverão efetivamente o problema apresentado.

Apesar de seus julgamentos diferentes da responsabilidade criminal de Ongwen, as narrativas de defesa e acusação dependem da mesma imagem de um ser humano normal baseado em uma concepção particular de razão e consentimento (BRAGA, 2018). Eles simplesmente discordam sobre como esse modelo deve ser aplicado a Ongwen. Este ser humano normal consente completamente ou não consente completamente com os seus atos? Para a defesa, o trauma do sequestro inicial de Ongwen e a contínua ameaça de força o colocam na categoria de absolutamente não consentir e, portanto, não é criminalmente responsável por suas ações. Para a acusação, a idade adulta de Ongwen na época em que ele realizou suas ações e seu suposto prazer de violência grotesca o torna absolutamente consentido e, assim, criminalmente responsável.

Mas, esse modelo de dualidade humana exigido pelo TPI não se encaixa com a realidade. Em situações como a guerra em Uganda, na qual a violência de longa data foi profundamente incorporada nas sociedades, nas quais as pessoas devem viver e tentar fazer suas vidas significativas dentro das estruturas locais e globais de restrição violenta, o consentimento nunca é absoluto.

Outro ponto importante acerca dos obstáculos em tentar trazer uma visão universalizada dos Direitos Humanos vem da falsa associação de que essa visão é neutra. Até agora, todas as investigações formais do TPI, exceto uma, foram feitas na África e o TPI processou apenas africanos (VILLA-VIVENCIO, 2007). Essa atitude fez com que vários países africanos membros das Nações Unidas questionassem a neutralidade e consequente legitimidade do Tribunal. Inclusive levantando a possibilidade de outros órgãos supra-regionais, porém não internacionais, que pudessem substituir a atuação do TPI na África (PIOVESAN, 2009). Não obstante, a não-imparcialidade do Tribunal se torna clara quando os casos que foram analisados e julgados foram da República Centro Africana (RCA), República Democrática do Congo, Darfur, Sudão do Sul e Uganda, enquanto as invasões do Iraque ou do Afeganistão seguem ignoradas (BRANCH, 2016), lugares estes onde claramente existe um forte jogo de interesses políticos, principalmente devido a atuação dos Estados Unidos na região. Pode-se perceber que os países que foram para julgamento possuem um

perfil econômico, político e social similar.

De acordo com Villa-Vicêncio (2007) a África - e, em particular, a África Central - tornou-se o único objeto remanescente dos imaginários da intervenção humanitária da década de 1990, sendo o único lugar onde o TPI ainda poderia “fingir” que a violência não tem viés político e que as vítimas precisavam simplesmente de resgate. Essa visão intervencionista existente hoje no TPI foi facilitada pela longa história da África sendo representada como um terreno da humanidade, de selvagens incorrigíveis cometendo atrocidades contra vítimas que precisam de um salvador ocidental.

Esta imagem humanitária de África enquadra-se perfeitamente nas narrativas morais inquestionáveis, preto e branco, da acusação de atrocidade criminal desumana contra vítimas inocentes. Esse pensamento acaba colocando em xeque não só a efetividade do Tribunal em lidar com questões transfronteiriças que dizem respeito a África, como também questiona a própria noção de universalidade dos Direitos Humanos, que atualmente deve ser cumprido por todos os Estados-membros do Tribunal, independente do seu contexto geográfico e cultural.

Até agora, parece que o TPI pode realizar processos em nome da justiça apenas aproveitando as linhas existentes de divisão racial, desigualdade global e violenta que definiram a África nos últimos séculos. Então, em certo sentido, quando falamos sobre os dilemas das intervenções do TPI, já estamos falando sobre os dilemas da intervenção do TPI na África - o TPI já é um tribunal regional em busca de justificativa para reivindicar a denominada “justiça global” (EVANS, 2001).

Como trabalhado por Minahim *et Spínola* (2018), essas contradições que são evidenciadas no TPI refletem uma visão estrutural não neutra acerca da própria criação e implementação dos Direitos Humanos. Como apresentado por Tony Evans em seu livro *The Politics of Human Rights* (2001), a política e o poder determinam a imagem dominante dos direitos. Portanto, está longe de ser evidente que o direito internacional é o instrumento mais apropriado para proteger os direitos humanos. Mas apenas evitar a oposição ocidental não é suficiente. O TPI também precisava encontrar capacidade de fiscalização de forma eficaz, se possível, em parceria com outros órgãos locais e regionais. Pode-se inferir que a história do TPI na África tem sido uma história dos esforços do Tribunal para

alinhar-se com o apoio ocidental em uma tentativa de obter assistência na captura de suspeitos, excluindo ou colocando em segundo plano a própria atuação dos países africanos, como é evidente no presente caso analisado, e esse cenário precisa urgentemente mudar para garantir uma atuação menos “imperialista” no continente africano.

Porém, enquanto grandes potências ainda tenham um peso maior nas escolhas do Tribunal, o mesmo não pode deixar de conduzir processos politicamente seletivos. O resultado é que o TPI não apenas vê os conflitos africanos através de suas categorias rígidas de vítima-perpetrador, mas acaba impondo essa estrutura sobre as situações em que intervém, com consequências altamente perigosas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reagan Okumu deu voz a um sentimento comum quando declarou que a prisão de Ongwen era uma “bênção disfarçada”. “O velho debate é o que molda o futuro”, disse ele; o julgamento “continua sendo relevante, pois o governo ainda não abordou a questão do norte de Uganda ... Nada em termos de fatos é fornecido às pessoas no Norte e do Sul” (BRANCH, 2016). Como dito anteriormente, Uganda ainda é um país com grandes desigualdades e cuja parte da população segue marginalizada, e somente a captura de Ongwen não mudará essa realidade. Pouco foi feito no sentido de averiguar a culpabilidade do Estado ou entender as causas que levaram a criação do LRA em primeiro lugar. Assim, o julgamento de Ongwen poderia abrir novas possibilidades de justiça, apesar do foco míope do TPI em processar o LRA sozinho (APUULI, 2005). O julgamento, ao invés de apenas questionar a culpabilidade ou não de Ongwen, poderia ser uma oportunidade importante para trazer à tona o legado da atrocidade estatal e desafiar a narrativa que sustentou 30 anos de envolvimento internacional contraproducente no norte de Uganda e em toda África.

REFERÊNCIAS

APUULI, Kasaija Phillip. **THE ICC ARREST WARRANTS FOR THE LORD’S RESISTANCE ARMY LEADERS AND PEACE PROSPECTS FOR NORTHERN UGANDA.** Journal

of International Criminal Justice, Volume 4, Issue 1. Oxford Academic. Março, 2006.

APUULI, Kasaija Phillip. **The International Criminal Court (ICC) and the Lord's Resistance Army (LRA) insurgency in northern Uganda.** Criminal Law Forum, 2004.

BAINES, Erin K. **Complex political perpetrators:** reflections on Dominic Ongwen. The Journal of Modern African Studies. Vol 47, ed. 02. Cambridge Journals. 12 de Maio de 2009.

BRAGA, Mariana Alencar de Matos. **A responsabilidade criminal de ex-crianças soldado no Tribunal Penal Internacional :** uma análise de caso The prosecutor V. Dominic Ogwen. Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal da Bahia. Curso de graduação em direito, 2018.

BRANCH, Adam. **The International Criminal Court's arrest warrants and Uganda's Lord Resistance Army :** Renewing the debate over amnesty and complementarity. Harvard Human Rights Journal, 2006 .

BRANCH, Adam. **Dominic Ongwen on Trial:** The ICC's African Dilemmas. International Journal of Transitional Justice, 2017.

CHILD VICTIM OR brutal warlord? ICC weighs the fate of Dominic Ongwen. **The Conversation.** Janeiro de 2017. Disponível em <<http://theconversation.com/child-victim-or-brutal-warlord-icc-weighs-the-fate-of-dominic-ongwen-70087> > Acessado em 13 de Junho de 2018.

CLARK, Janina Natalya. **THE ICC, UGANDA AND THE LRA :** Re-framing the debate. Journal of Modern African Studies, Cambridge University Press, 2010.

COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Victims' legal representation at the ICC in the Ongwen case and beyond.** Human Rights Watch. 30 de Agosto de 2017.

- COUNCIL OF FOREIGN RELATIONS. **To Catch a Victim and a Perpetrator:** The ICC and Dominic Ongwen. African in Transition. Fevereiro de 2015. Disponível em <<https://www.cfr.org/blog/catch-victim-and-perpetrator-icc-and-dominic-ongwen>> Acesso em 12 de Junho de 2018.
- HOEKSTRA, Nathalie. **Transformative justice in the case against Dominic Ongwen.** 2017. Disponível em: <<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=143653>>. Acesso em: 13 jun. 2018.
- INTERNATIONAL CRIME COURT. **Pre-Trial Chamber II : Situation in Uganda in the Case of the Prosecutor v. Dominic Ongwen.** 2016. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02331.PDF>. Acesso em: 13 jun. 2018.
- MINAHIM Maria Auxiliadora de Almeida., SPÍNOLA, Luíza Moura Costa. **Julgamento de uma ex-criança-soldado pelo tribunal penal internacional:** o caso Dominic Ongwen. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, vol. 28, no. 01, 2018.
- NYEKO, Oryem; ALOYOCAN, Harriet. **Community Perceptions on Dominic Ongwen.** Justice and Reconciliation Project. Situational Brief, 2015.
- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE. **The Trial of Dominic Ongwen at the International Criminal Court.** Briefing Paper. s/d.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos:** desafios da ordem internacional contemporânea. Caderno de Direito Constitucional, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos:** Desafios E perspectivas contemporâneas. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 1, 2009
- SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court.** Cambridge University Press, ed. 4. 2011.
- SHOUP, John A. **Ethnic Groups of Africa and the Middle East :** Na Encyclopedia. ABC-CLIO, LLC, 2011.

SSENYONJO, Manisuli. **Accountability of non-state actors in Uganda for war crimes and human rights violations** : between amnesty and the international criminal court. *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 10 No. 3, 2005.

VILLA-VIVCENCIO, Charles. **Transitional justice and human rights in Africa**. *Transitional justice and human rights in Africa*, 2007.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DAS TERRAS INDÍGENAS: UMA ANÁLISE DOS CASOS XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAI E POVO XUCURU VS. BRASIL

Maria Emília de Oliveira Assis

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha

1 INTRODUÇÃO

A busca da efetivação dos direitos reais através do Direito Registral é fomentada por intermédio de algumas vertentes. O Direito Registral surge com o fito de regulamentar esses direitos, mais especificamente neste trabalho, no que tange os registros de propriedades imóveis, com vista sempre à segurança jurídica, tanto do proprietário em relação ao seu imóvel quanto da sociedade em geral no que se refere aos imóveis que não atendam aos preceitos da função social.

Um dos problemas mais emblemáticos na seara da regularização fundiária diz respeito às terras da União, em especial àquelas ditas indígenas. Essa regularização observa tanto regras da Lei de Registros Públicos quanto sua legislação específica, preconizada através do Decreto nº 1.775 de 1996 por meio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Observando que são inúmeros os casos de regularização fundiária de terras indígenas (TIs) que se socorrem do Judiciário, nacional e internacional, com o escopo de dirimir conflitos entre índios e terceiros que possuem títulos de propriedades sobre aquelas terras, é imperioso que se

faça uma análise sobre a importância e o papel desses institutos regulamentadores dos direitos reais.

Assim, é necessário questionar sobre a eficácia dos meios de regulamentação fundiária indígena, bem como acerca das divergências existentes entre os posicionamentos do STF e da CIDH e, por fim, sobre os casos de regulamentação que chegaram até o Judiciário nacional e internacional. Nesse diapasão, a primeira hipótese pauta-se na ideia de que o Direito Registral possui imensa influência e importância quando do registro da demarcação das TI's.

Quanto às divergências das Cortes, tem-se como hipótese que a interpretação dada pelo STF não está em completa harmonia com o posicionamento adotado pela CIDH e, ainda, que o Estado brasileiro, ao se vincular, voluntariamente à CIDH deve respeito ao entendimento adotado por aquela instituição. Quanto aos casos levados ao Judiciário brasileiro e aos casos levados à CIDH é possível observar como hipótese que há dissonância entre as decisões em razão da não utilização do diálogo de fontes nacionais e internacionais.

2 AS PECULIARIDADES DO DIREITO NOTARIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO IMÓVEL

A União é detentora de um patrimônio vasto, determinado constitucionalmente e que garante a defesa da soberania do Brasil prevista através da incumbência do Estado quanto à proteção e controle, por exemplo, do meio ambiente e dos recursos naturais, bem como do conceito de propriedade em si.

Ainda atualmente, a propriedade imobiliária, seja ela rural ou urbana, significa poder e *status* para aqueles que a detém, o que gera um abismo de desigualdade social que precisa ser gerenciado e combatido pelo Estado, que deve garantir os direitos fundamentais do ser humano sem ferir outros direitos. Essa é mais uma razão que justifica o fato de a União ser proprietária de tantos bens imobiliários, exercendo seu papel de fiscalizadora da vocação de cada imóvel, observando se estas propriedades atendem à sua função social e agindo ativamente quando for possível a identificação de sua ausência (GONÇALVES, 2017).

Fazendo um recorte, o instituto da demarcação consiste em um procedimento administrativo no qual se realiza a delimitação de um domínio

público ou privado pelo Poder Público, com o fito de identificar seus ocupantes e regulamentar a posse ou propriedade desses imóveis (LOUREIRO, 2017).

Assim como a regularização fundiária formal, a demarcação urbanística possui previsão legal na Lei nº 11.977 de 2009, porém, ao promover um aprofundamento do tema, o instituto da demarcação no caso das TI's passa a ter uma previsão específica, dada a complexidade da seara. Como procedimento regulamentado pela Lei nº 1.755 de 1996 e através da Portaria da FUNAI nº 14 de 1996, a demarcação das terras que são tradicionalmente ocupadas por povos indígenas precisa obedecer a determinadas etapas que iniciam na antropologia, mas acabam por desembocar no Direito Registral.

Utilizando-se do Decreto nº 1.775 de 1996, que dispõe sobre os procedimentos que regem a demarcação das TI's, a FUNAI é o órgão indigenista brasileiro encarregado de realizar os estudos necessários à delimitação, demarcação e regularização dessas terras.

O procedimento da demarcação de TI's tem previsão no Decreto nº 1.775 de 1996 assim como na Portaria da FUNAI nº 14 de 1996. Sua realização é de responsabilidade da própria FUNAI e possui uma sucessão de atos específicos e essenciais ao sucesso do procedimento.

Não obstante o fato de possuir previsão em lei específica, a regularização fundiária indígena depende ainda das diretrizes fixadas pela Lei de Registros Públicos, que prevê os mecanismos a serem utilizados no momento da garantia final do direito real. Apesar de deter rito especial, através da Lei nº 1.755 de 1996, a demarcação de TI's pauta-se no mesmo propósito da Lei de Registros Públicos, que é a conferência formal dos direitos sobre propriedades imóveis.

Deste modo, o Direito Registral está intrinsecamente interligado com qualquer que seja o tipo de consolidação dos direitos reais, mesmo aqueles que seguem rito próprio legislativamente previsto, como no caso de TI's. Respeitando a essência do Direito Registral, um de seus princípios centrais, o da obrigatoriedade do registro ou inscrição, é aplicável a todos, independentemente do processo utilizado na regularização do título imobiliário.

À primeira vista é importante observar o conceito que a CF intentou atribuir ao princípio da função social da propriedade comparando-a e relacionando-a com a relação de ancestralidade que os índios possuem com

as terras que ocupam. Nesse diapasão, observa-se como destoa a função social quando atribuída à propriedade essencialmente privada e quando relacionada com o direito dos indígenas sobre determinadas terras.

O Estado possui o dever constitucionalmente imposto a si de promover a destinação e verificar a vocação correta de determinadas terras que, apesar de num primeiro momento pertencerem formalmente à União, necessitam passar pelo processo de transição para que se possa transferir aos povos que tradicionalmente as ocupam, o direito real, conferindo-lhes a segurança jurídica que será oponível aos não-índios que pretenderem fazer uso dessas terras com vistas a outras finalidades.

Nesse liame, apesar de se tratarem de diferentes tipos de função social da propriedade, ambas devem ser respeitadas, e quando se fala em direito real indígena, essa função é observada no momento em que a União cumpre seu papel protecionista e efetiva a concessão das terras a quem realmente detém os direitos sobre elas.

Do mesmo modo, sem generalizar todas as propriedades existentes no Brasil, é importante e indispensável o papel da FUNAI quanto à realização dos estudos pertinentes e prévios ao processo demarcatório, uma vez que nem toda propriedade não ocupada economicamente por alguém é automaticamente pertencente a algum povo indígena.

A função social possui uma força tanto positiva quanto negativa, impondo tanto a privação de algumas atividades quanto a obrigação de exercer outras. Desse modo, subsistem determinadas condições ao exercício do direito real, sempre observando como e com qual finalidade a propriedade está sendo utilizada (GRAU, 2005).

Assim, a função social não se restringe à adequação do uso da propriedade a uma finalidade específica, é também o respeito à sociedade como um todo, transcendendo ao conceito estritamente privado, englobando os demais aspectos sociais e as consequências que a propriedade de um pode ter sobre os demais.

3 STF E CIDH: UMA ANÁLISE DOS MÉTODOS DE CONTROLE

Com o nascimento da CF/88, surgiram, concomitantemente, relevantes alterações e mecanismos inovadores no que diz respeito ao con-

trole de constitucionalidade. Dividida entre controle difuso e controle concentrado, a constitucionalidade das normas passou a possuir duas vias de alcance à análise pela Corte suprema brasileira, o STF e pelo Poder Judiciário de forma geral.

O chamado controle difuso consiste na possibilidade de os magistrados, individualmente ou em órgãos colegiados, analisarem e julgarem a constitucionalidade de normas jurídicas diante de casos concretos, sendo-lhes permitido realizar de pronto a compatibilização da norma ora analisada com a letra da CF.

Desse modo, instituiu-se a possibilidade de qualquer magistrado ou colegiado se posicionar quando deparados com uma incompatibilidade constitucional, declarando de pronto a inconstitucionalidade de determinada norma, porém, fazendo-o sempre de maneira incidental, vez que a inconstitucionalidade não constitui o objeto principal da ação em questão.

Por outro lado, tem-se ainda o controle concentrado de constitucionalidade, também conhecido como controle abstrato ou por via de ação. Neste tipo de controle, a compatibilização constitucional é realizada exclusivamente por um órgão específico, nomeado expressamente pela própria Carta Maior. No cenário brasileiro, compete ao STF essa responsabilidade. A competência e responsabilidade de análise originária da constitucionalidade das normas foram conferidas ao STF pela CF em seu artigo 102.

Nesse modelo a análise é feita no plano hipotético e abstrato, através de ações específicas levadas ao STF por determinados sujeitos legitimados legalmente, onde a discussão principal é a constitucionalidade ou não da norma debatida. Assim, o constituinte brasileiro adotou o posicionamento de que a decisão tomada nestas circunstâncias possui eficácia *erga omnes* e vinculante, obrigando toda a coletividade, bem como todo o Poder Judiciário (MENDES, 2014, p. 472).

Quando se fala da possibilidade de desempenho simultâneo de ambas as modalidades de controle, deparamo-nos com o sistema ao qual se dá o nome de híbrido ou misto. O modelo norte-americano é declaradamente difuso, enquanto o europeu pauta-se no modelo concentrado, já no Brasil é possível fazer uso das duas modalidades, tornando-o adepto a um sistema que engloba as duas possibilidades (DIMOULIS, 2016).

Na realização do controle de constitucionalidade é necessária a ob-

servância do chamado “bloco de constitucionalidade”, que nada mais é do que o parâmetro de controle utilizado na adequação constitucional do ordenamento jurídico.

Em tese, o parâmetro de controle seria apenas a CF, pura e simples, porém, essa interpretação foi modificada e precisou se adequar ao contexto em que o controle de constitucionalidade é exercido. Assim, o bloco de constitucionalidade não se limita ao direito constitucional positivado, englobando também os princípios expressos e também os implícitos na Constituição.

Indo adiante, essa ideia abrange todos os princípios constantes no texto constitucional e ainda todos os outros dela derivados, pois tratam-se de princípios “imanescentes do direito constitucional escrito” (MENDES, 2014, p. 155).

Além de todos os parâmetros de caráter formalmente constitucional, incluem-se também no bloco toda a legislação infraconstitucional que verse sobre matéria constitucional. Assim ocorre com os tratados internacionais de direitos humanos, por exemplo, que possuem uma relevância que os situam acima da legislação ordinária, por possuírem *status* equiparado ao de norma constitucional, caso sejam aprovados no ordenamento jurídico com observância ao procedimento previsto pela Emenda Constitucional n° 45 de 2004, que adicionou o parágrafo 3° ao artigo 5° da Constituição.

O artigo 47 da CF prevê a modalidade de maioria simples nas deliberações legislativas, conferindo, nesta hipótese, o *status* supralegal a estes tratados. No entanto, o artigo 5°, § 3° da Carta Magna preconiza 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” (BRASIL, 1988). Nessa hipótese de deliberação, a incorporação destes tratados ao ordenamento jurídico confere-lhes *status* de norma constitucional, equiparando-se, portanto, ao próprio texto da Constituição.

A compatibilização das normas domésticas com a CF através do dito controle de constitucionalidade não exclui a necessidade de se observar também o disposto nos tratados internacionais aos quais o país voluntariamente é vinculado.

Para além do controle de constitucionalidade tradicional das normas domésticas, surge em paralelo outro tipo de controle ao qual se deve igual observância. O controle de convencionalidade das normas foi ineditamente estudado por Valerio de Oliveira Mazzuoli em 2009, poucos anos após a instituição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

O dito controle de convencionalidade consiste na possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das normas domésticas não só tendo como parâmetro de controle a CF, mas também todos os tratados internacionais ratificados pelo governo e em vigor no país (MAZZUOLI, 2009, p. 114). Segundo Mazzuoli (2009), é necessário que haja aquilo que ele chama de dupla compatibilidade vertical material, levando em consideração, para além do texto constitucional, os tratados internacionais assinados, ressalta-se voluntariamente, pelo Estado brasileiro, sendo vedada a produção normativa doméstica de se incompatibilizar expressamente ou simplesmente ignorar o texto internacional ao qual o Estado é vinculado.

No entanto, essa compatibilização normativa em relação aos tratados internacionais possui determinadas diferenças. Existe a possibilidade de incorporação de tratados que versam sobre direitos humanos de modo que passem a ter *status* de norma constitucional (artigo 5º, § 2º da CF/1988), existe a possibilidade de passarem a ter *status* de emenda constitucional (artigo 5º, § 3º da CF/1988) e há ainda a possibilidade de incorporação de tratados que versem acerca de matéria alheia aos direitos humanos que não possuirão *status* constitucional, mas ainda sim estarão dispostos acima da legislação ordinária, gozando de *status* supralegal.

Diferentemente do entendimento do judiciário e do legislativo brasileiro, Valerio de Oliveira Mazzuoli entende que ambas as modalidades de tratados internacionais, se ratificados pelo Brasil e versarem sobre o tema direitos humanos, devem, ambos, servir de parâmetro de controle de convencionalidade, sejam eles material ou formalmente constitucionais.

O ponto que difere em essência a incorporação desses dois tipos de tratados internacionais é o fato de um passar a integrar o bloco de constitucionalidade e outro não, quando em verdade, ambos tratam da mesma temática: direitos humanos.

Segundo o entendimento de Mazzuoli, e este também é o adotado pelo presente estudo, a cláusula aberta do artigo 5º, § 2º da CF, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos

humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, inexistindo, portanto, diferenciação entre ambas, o que as incluiria em pé de igualdade ao bloco de parâmetro de controle (MAZZUOLI, 2012, p. 839).

O Pacto de San José da Costa Rica, doravante Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), foi assinado em 1969 e entrou em vigor em 1978, após a obtenção do mínimo de 11 ratificações pelos países membros. Já o Brasil somente ratificou a convenção no ano de 1992. O Pacto é composto por 82 artigos e possui sua base fundamental na Declaração Universal dos Direitos Humanos, buscando garantir ao ser humano todos os âmbitos possíveis de direitos.

Os Estados, dotados de sua soberania, não são obrigados a assinar tratados internacionais, ocorre que, ao fazê-lo, colocam em prática essa soberania e vinculam-se, voluntariamente, ao disposto nesses tratados. Ao ratificar o Pacto de San José da Costa Rica através do Decreto Legislativo nº 89, o Brasil concordou expressamente em respeitar seus artigos internamente.

Já no artigo 2º da Convenção, estabeleceu-se a obrigação do Estado-membro em adotar as medidas necessárias para tornar eficaz todos os direitos mencionados no artigo anterior (CIDH, 1969). O instrumento de ratificação do Pacto também prevê expressamente em seu artigo 1º a obrigatoriedade da competência da CIDH nos casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção (BRASIL, 1998).

Portanto, a adequação da legislação doméstica deve observância ao bloco de constitucionalidade, parâmetro de controle, e nesse bloco devem ser incluídos os tratados internacionais, em especial os que tratem da matéria direitos humanos.

Quando da inobservância pelo Estado-membro dos direitos fundamentais previstos no Pacto, os afetados por essa desobediência podem recorrer internamente e internacionalmente. Criada com o fito de preservar os direitos humanos, a CIDH, é órgão autônomo do Sistema Regional Interamericano e possui a competência contenciosa e consultiva para dirimir conflitos levados até si e que decorrem de violação aos direitos descritos no Pacto (IX UNISIM-RN, 2015). Além da Corte, existe ainda a Comissão Interamericana de Direitos Humanos responsável também pela proteção dos direitos fundamentais preconizados pelo Pacto. Ambos os

órgãos foram criados a partir de comando normativo da própria Convenção em seu artigo 33.

Desse modo é importante frisar que os Estados que ratificaram este tratado internacional, em especial o Brasil, objeto deste estudo, não podem violar os direitos nele determinados, porém, são impedidos também de ignorar o seu texto e, principalmente, as decisões tomadas pela CIDH.

Então, ao legislar ou ao julgar as causas em âmbito doméstico, o Brasil deve respeito tanto ao texto da Convenção quanto às decisões proferidas pela CIDH, podendo inclusive ser responsabilizado, como já ocorreu com o Brasil e outros países membros, em âmbito internacional e condenado pela CIDH quando há violação pelo Judiciário brasileiro aos direitos convencionados e, frisa-se novamente, ratificados voluntariamente por este Estado soberano.

Não são raros os casos em que o Poder Judiciário brasileiro toma decisões contrárias à determinados pressupostos de alguns tratados internacionais, em especial o Pacto de San José da Costa Rica, mais especificamente no âmbito da regularização fundiária indígena.

Das possibilidades que podem ser adotadas para solucionar esta problemática vislumbradas por este estudo, destaca-se aqui a que se mostra mais correta e eficaz, e que gera menos prejuízos tanto para o Estado quanto para os detentores desses direitos, que é o diálogo entre as fontes nacionais e internacionais sobre o tema.

O diálogo dessas fontes pode ser materializado através da adoção do controle de convencionalidade como proposto por Valerio Mazzuoli, tendo em vista a voluntariedade do Estado ao se vincular a determinados tratados internacionais. O controle de convencionalidade, em regra realizado pelos tribunais internacionais, deve também ser adotado pelos tribunais domésticos, observando durante seus julgamentos as jurisprudências dos tribunais alienígenas aos quais devem obediência sobre a matéria em discussão.

A inexistência do diálogo de fontes sugerido demonstra a incompatibilidade da referida decisão tomada pelo STF com os preceitos do Pacto, bem como das jurisprudências da CIDH, que deveriam ter sido observados pelo Judiciário nacional. Assim, a observância do posicionamento internacional ajudaria significativamente na composição das decisões judiciais brasileiras em casos que envolvem o tema da demarcação de TI's.

4 CASOS LEVADOS AO JUDICIÁRIO: PARAGUAI E BRASIL

4.1 Xákmok Kásek vs. Paraguai

A região do Chaco Paraguaio, situada entre os rios Pilcomayo e Paraguai, abrigava os povos indígenas locais antes mesmo de sua colonização. Estes viviam da caça, pesca, plantio e coleta, além de percorrer por toda a extensão de terras dessa região de acordo com as estações, passando assim a ocupar vasta área deste território.

No final do século XIX, após a “privatização” de diversas dessas áreas e com a chegada de empresários e pecuaristas no local e com o assentamento das mais variadas missões religiosas, os povos indígenas que ali habitavam passaram a perder espaço e liberdade. A ocupação por não-indígenas começou a aumentar exponencialmente ocorrendo a total desconsideração dos povos indígenas que já ocupavam o espaço anteriormente, ignorando seu direito de propriedade e ocupação (CIDH, 2010, p. 15).

Em relação específica à comunidade Xákmok Kásek, esta fora afetada diretamente pelo processo de colonização do Chaco Paraguaio. Esse povo em específico firmou assentamento em uma região onde posteriormente fora fundada a chamada “Fazenda Salazar”, e surgiu da união de diversas aldeias nesta mesma localização. Em 1990, os líderes da comunidade deram início a um procedimento administrativo, compatível com a legislação interna, com o fito de recuperar essas referidas terras tradicionalmente ocupadas por eles, reclamando uma área de 10.700 hectares situada dentro da referida fazenda (CIDH, 2010, p. 10).

Frustrado o procedimento administrativo, em 1999 a comunidade indígena buscou soluções perante a própria República do Paraguai, na intenção de conseguir a expropriação das terras que reivindicavam (CIDH, 2010, p. 18).

Diante da situação crítica da comunidade Xákmok Kásek na área que ocupavam, ou seja, a “Fazenda Salazar”, líderes de outras comunidades indígenas cederam parte de seu território em seu favor, que passaram a ser ocupados pela referida comunidade indígena nos anos seguintes. Esta região, que era consideravelmente menor que a “Fazenda Salazar”, passou

a ser denominada de “25 de *Febrero*” e encontrava-se fora do perímetro reclamado pela comunidade (CIDH, 2010, p. 20).

Com o deslocamento de suas terras tradicionais para as terras cedidas, vários membros da comunidade Xákmok Kásek acabaram por separar-se de sua tribo, passando a viver em outras comunidades.

A comunidade indígena Xákmok Kásek teve seu caso levado à Comissão em 2001, a qual apresentou a demanda contra a República do Paraguai para julgamento pela CIDH em 2009, cuja sentença de mérito fora prolatada em 24 de agosto do ano de 2010. Antes da submissão à CIDH, respeitando os procedimentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Comissão analisou o caso e submeteu ao Paraguai diversas recomendações, as quais não foram cumpridas em sua totalidade, razão pela qual a Comissão submeteu a demanda ao julgamento da Corte (CIDH, 2010, p. 1).

O caso submetido à CIDH destaca violações feitas pelo Paraguai de diversos direitos contidos na CADH, tais como o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo. 3º), à vida (artigo 4º), à integridade pessoal (artigo 5º), garantias judiciais (artigo 8.1), direitos da criança (artigo 19), o direito à propriedade privada (artigo 21), todos da Convenção.

Houve a condenação formal do Paraguai pela CIDH em diversos pontos suscitados no processo, e no que tange à sentença, a CIDH destaca que “toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente” (CIDH, 2010, p. 65), determinando, dentre outras imposições ao Paraguai, em especial que este proceda com a delimitação, demarcação e ritualização das terras pleiteadas, observando o direito consuetudinário e o modo de vida da comunidade, devendo o Estado adotar as medidas necessárias à sua realização.

4.2 Povo Xucuru vs. Brasil

A Serra do Ororubá, sita no estado do Pernambuco, foi o local inicial de ocupação do Povo Xucuru, datando do século XVI, de acordo com documentos históricos que contam como ocorreu essa ocupação, marcada por inúmeros conflitos entre o povo indígena e os portugueses colonizadores.

O processo de demarcação das terras pleiteadas pelo Povo Xucuru passou por diversos empecilhos e barreiras, a iniciar pela inexistência à

época do Decreto nº 1.775 de 1996 que regulamenta as demarcações de TT's. Com início oficial em 1989 o processo de regulamentação dessas terras teve como legislação vigente o Decreto nº 94.945 de 1987. Em 06 de setembro de 1989 o GT designado para esse processo de demarcação emitiu relatório que demonstrava qual a área cabível aos indígenas. Em 1992 o Ministro da Justiça concedeu a posse permanente da área ao Povo Xucuru, realizando-se em seguida a demarcação física da área (CIDH, 2018, p. 19).

Ocorre que, com a promulgação do Decreto nº 1.775 de 1996, legitimou-se a possibilidade de impugnação do processo de demarcação do território por terceiros que possuíssem interesse na área. Com essa abertura legislativa, sobre o processo em questão foram opostas cerca de 270 objeções e, após vários procedimentos judiciais, todas foram tidas como improcedentes pelo Ministro da Justiça (CIDH, 2018, p. 20).

Ato contínuo, em março de 1992 deu-se início a uma ação de reintegração de posse em desfavor do Povo Xucuru quanto à chamada “Fazenda Caípe”, ocupada na época pelos indígenas. Após um moroso caminho processual revestido de recursos, embargos e agravos, a ação teve sentença favorável aos não-índios em 2011, adquirindo força de coisa julgada em 2014. Ocorre que em 2016 a FUNAI interpôs ação rescisória sob a argumentação de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. A decisão sobre este conflito continua pendente de solução (CIDH, 2018, p. 22).

Em abril de 2011 houve a promulgação de decreto presidencial homologando a demarcação do território pleiteado e, após solicitação da FUNAI em 2002 para o registro do território no cartório de registro de imóveis correspondente, foi apresentada contra o procedimento ação de suscitação de dúvida pelo oficial do cartório, a qual somente teve conclusão favorável ao registro em 2005 (CIDH, 2018, p. 21).

Observa-se o grande lapso temporal do processo de demarcação do território indígena que, após finalmente ter sido declarada a posse exclusiva do Povo Xucuru, ainda teve de passar pelos procedimentos de regularização das terras, de indenização e retirada dos não-índios, os quais foram marcados por alto nível de insegurança e de ataques aos indígenas, resultando em diversas mortes.

Em 2002 a Comissão recebeu a denúncia realizada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, pelo Gabinete de

Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), apresentando em 2016 à CIDH o caso do Povo Xucuru com o fito de condenar o Estado brasileiro à violação aos direitos à propriedade coletiva, à integridade pessoal e às garantias processuais tendo como argumento a morosidade excessiva de todos os procedimentos envolvidos no processo demarcatório das TI's do Povo Xucuru, o qual perdurou de 1989 até 2005.

Anteriormente à submissão do caso à CIDH, a Comissão fez uma série de recomendações ao Brasil, no entanto, a Comissão entendeu que o Estado não havia cumprido satisfatoriamente tais recomendações, ensejando, portanto, na submissão do caso ao julgamento da Corte (CIDH, 2018, p. 5).

A competência da CIDH para o julgamento do caso teve aceitação pelo Brasil no ano de 1998, após a ratificação do Pacto e integração deste ao ordenamento jurídico interno em 1992. Motivo pelo qual foram submetidos a julgamento somente os fatos ocorridos a partir de 10 de dezembro de 1998.

Com a condenação do Brasil, reafirmou-se jurisprudência já pacificada da CIDH, inclusive utilizada na decisão anteriormente analisada, a Corte destacou que “toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano implica o dever de repará-lo adequadamente” (CIDH, 2018, 46-47). Ressaltou ainda que o dever positivo do Estado brasileiro em garantir a efetivação dos direitos dos indígenas, quando da sua abstenção ou ineficiência em garanti-lo, é possível inferir que este Estado falhou com suas obrigações, inclusive constitucionalmente impostas, sendo necessário desse modo, a responsabilização, neste caso internacional, para reparação dos danos causados.

Frente as análises feitas das sentenças, é possível perceber que os Estados soberanos, apesar de possuírem legislação interna específica para a garantia dos direitos indígenas, ainda precisam ser levados até o julgamento internacional da Corte para que se possa garantir que esses direitos tenham eficácia concreta, vez que não basta que se preveja legislativamente esses direitos, mas também é necessário que se implementem as ações e os procedimentos para que os sujeitos de direito possam gozar dessas garantias sem maiores embaraços.

Para isso, uma das soluções existentes consiste na observância das jurisprudências internacionais, em especial da CIDH. Com o conhecimen-

to, observância e respeito às interpretações internacionais atribuídas aos casos concretos é possível se alcançar o panorama mais favorável à garantia dos direitos humanos. Com a jurisprudência clara e reiterada da CIDH sobre demandas que envolvem os direitos humanos, essas interpretações devem servir, de maneira cogente, como fundo de consideração por seus países-membros.

Dessa maneira, através do diálogo de fontes entre o direito nacional e o internacional garante-se tanto o respeito aos indicadores mínimos de direitos humanos quanto é garantia ainda de evitar possíveis responsabilizações internacionais dos Estados face a violação destes direitos que, não teriam sido desrespeitados caso fosse feita a comunicação das fontes interpretativas do direito no âmbito internacional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade tem um histórico de significação de poder e status. Além deste significado, que é majoritário no que tange as propriedades privadas, há também a significação atribuída à terra, que envolve o vínculo que determinado sujeito possui com determinada localização, o que ultrapassa o valor de um título proprietário com objetivos meramente econômicos.

A ligação existente entre os indígenas e as terras que ocupam vai muito além da titularização da propriedade, englobando aspectos como a tradicionalidade, a ancestralidade e o respeito aos recursos naturais.

Não raras vezes, os procedimentos demarcatórios que se iniciam pela via administrativa acabam por desembocar no Judiciário por inúmeras razões e, quando isso ocorre, necessário que se observe não somente a legislação pátria, como também as normas internacionais ao qual o país vinculou-se voluntariamente.

Explanou-se ainda sobre os casos levados ao julgamento pela CIDH, em destaque os casos *Xákmok Kásek vs. Paraguai* e *Povo Xucuru vs. Brasil*. Nestes dois casos foi possível analisar que foram levados a tal instância em razão da violação de direitos indígenas no que diz respeito aos procedimentos de demarcação e regulamentação de suas terras, os quais, pelos motivos neste trabalho elencados, foram prejudiciais àqueles povos, ensejando a necessidade de análise pela Corte e de possível responsabilização dos Estados.

Observa-se que estes casos somente chegaram até à CIDH em razão de falhas cometidas pelos Estados e na ineficiência por eles demonstrada, seja no desempenho dos procedimentos internos, seja em razão da não observância às jurisprudências internacionais sobre o tema que vinculam estes países.

Desse modo, fica clara a necessidade de se realizar o diálogo entre as fontes, não sendo necessária a desconsideração da legislação pátria para tanto, mas sim, através da observância dos parâmetros contidos nos instrumentos internacionais aos quais se vinculam, realizando desta forma, uma comunicação e adoção das regras que melhor beneficiem os sujeitos de direito envolvidos nos casos concretos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. In: Vade Mecum Rideel: Vade Mecum Compacto de Direito da Editora Rideel. 27ª edição. São Paulo: Rideel, 2018.

_____. **Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: setembro de 2018.

_____. **Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: agosto de 2018.

_____. **Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009**. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisó-

ria no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm>. Acesso em: agostos de 2018.

_____. **Portaria/FUNAI nº 14, de 09 de janeiro de 1996.** Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>>. Acesso em: agostos de 2018.

CIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos). **Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai.** Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José: 2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/25ecf2789dfd641e1ec8f520762ac220.pdf>>. Acesso em: outubro de 2018.

_____. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil.** Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José: 2018. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>. Acesso em: outubro de 2018.

_____. **IX UiSim-RN: Simulação Inter Mundi – Corte Interamericana de Direitos Humanos.** 2015. Disponível em: <https://eventos.unirn.edu.br/sisuni/anexosEventos/guia_da_corte.pdf>. Acesso em: setembro de 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional:** controle de constitucionalidade e remédios constitucionais/ Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas / Carlos Roberto Gonçalves. – 12ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 18ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática.**

– 8ª. ed. rev., atual e ampl. – Salvador: Editora Juspuvim, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**

/ Valerio de Oliveira Mazzuoli. – 6. ed. rev., atual. e ampl. –

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito**

brasileiro. Revista de Informação Legislativa – a. 46, n. 181.

Brasília. 2009. Disponível em: <[http://new.pensamientopenal.com.](http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/doctrina04.pdf)

[ar/01102010/doctrina04.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/01102010/doctrina04.pdf)>. Acesso em: setembro de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle**

abstrato de normas no Brasil e na Alemanha / Gilmar Ferreira

Mendes. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

OEA (Organização dos Estados Americanos). **Pacto de san José de cos-**

ta rica. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Dis-

ponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.con-](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)

[vencao_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: setembro de 2018.

MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO: NOVA POSSIBILIDADE EXEGÉTICA NO SISTEMA AMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS?

Mariana de Freitas Rasga Rasga

Morgana Paiva Valim

Guilherme Sandoval Góes

Introdução

A cada dia, diante de inúmeros fatores percebidos pela expansão das relações humanas internacionalizadas, os distintos sistemas jurídicos passam a ser interdependentes e permeáveis. Há muito tempo, o ordenamento jurídico doméstico sofre os influxos do mundo exterior e vice-versa, em um movimento circular, incessante e aberto.

Se por um lado, as Constituições nacionais são garantes dos direitos fundamentais, por outro, é certo que existem mecanismos de proteção, especialmente desenhados pelos sistemas internacionais, capazes de proporcionar a tutela mínima dos direitos humanos.

Diferente do que ocorre no sistema interamericano, no âmbito europeu de proteção dos direitos humanos a validade de leis de anistia foi analisada em poucos casos. Em compensação, o aparato europeu desenvolveu, ao longo de sua concepção, a teoria da margem nacional de apreciação como uma válvula de escape para a tensão entre o universalismo e o relativismo dos direitos humanos.

Por outro lado, há algum tempo, o sistema regional no qual está inserido o Brasil, através do exercício do controle de convencionalidade, assume postura consolidada de que as leis de anistia devem ser consideradas inválidas.

Assim sendo, o problema de pesquisa a ser enfrentado consiste em responder a seguinte pergunta: haveria possibilidade de outra interpretação sobre a validade de leis de anistia, além daquela realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos? Em outras palavras, seria possível a utilização da teoria europeia da margem nacional de apreciação pelo sistema interamericano em matéria de aplicação de leis de anistia?

A fim de atingir os objetivos desse trabalho, no primeiro momento será examinada a doutrina da margem nacional de apreciação, criada pela jurisprudência europeia.

Após, serão analisados alguns casos submetidos ao sistema europeu de proteção dos direitos humanos que envolveram a análise de leis de anistia, mas que não contaram expressamente com a aplicação da margem nacional de apreciação.

No âmbito semi-judicial, será investigado como a antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos resolveu o Caso Laurence Dujardin e outros *versus* França. Posteriormente, os Casos Ould Dah *versus* França; Marguš *versus* Croácia e o Mocanu *versus* Romênia, serão abordados a partir da visão da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Por fim, será apresentado o dilema sobre a possibilidade ou não de aplicação da teoria da margem nacional de apreciação no âmbito interamericano a partir da premissa do controle de convencionalidade de leis de anistia adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 Margem Nacional de Apreciação no Sistema Europeu de direitos humanos

Em virtude do dissenso sobre alguns temas relacionados aos direitos humanos entre os Estados, o sistema europeu de proteção adota como premissa a busca de uma ordem comum que respeite as diversidades culturais, jurídicas e sociais. Diante desse pluralismo jurídico o desafio emergente se traduziu na busca de atender da melhor maneira possível a proteção dos direitos humanos.

Com efeito, a princípio, a utilização da doutrina da margem de apreciação denota a tolerância mútua entre poderes interno e internacional e que, não só aponta a coexistência de ordenamentos jurídicos diferentes como também promove a harmonia entre eles.

A doutrina da margem de apreciação adveio da criação jurisprudencial no âmbito do sistema europeu de proteção de direitos humanos e parece resolver a tensão ocasionada por contextos jurídicos-sociais distintos. Assim, a teoria seria uma deferência de tribunal internacional ao Estado Nacional para que seus órgãos possam discricionariamente delimitar o alcance dos direitos humanos dentro de sua realidade sócio jurídica.

Forçosamente a aplicação da teoria atesta o caráter subsidiário dos sistemas de proteção dos direitos humanos. Isso porque deixa uma margem para que os Estados possam aplicar diante de suas especificidades o tratado internacional de proteção dos direitos humanos.

No sistema europeu, ainda que sujeita às críticas, é possível perceber que determinadas matérias, que envolvem o reconhecimento de valores universais, são apreciadas unicamente pela Corte Europeia e outras, por pertencerem ao campo das especificidades culturais locais, necessariamente, são suportadas pela margem de apreciação dos Estados, que estão em melhor condição para definir medidas internas para o cumprimento de tratado sobre direitos humanos.

Na tarefa de aplicar a doutrina da margem de apreciação, duas forças competem entre si, aquela que procura empurrar para longe a ideia de integração entre os Estados, ou seja, da uniformização do sistema jurídico, através do respeito à identidade local, daquela que foge do isolacionismo e que, ao mesmo tempo, reconhece sua limitação por identificar princípios comuns a todos.

A margem nacional de apreciação, foi utilizada implicitamente pela primeira vez em 1960, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no Caso *Lawless versus Ireland*, ao reconhecer que o Estado nacional irlandês possuía margem para decidir sobre possível derrogação do artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Com efeito, em 1957, Gerard Richard Lawless ficou preso durante cinco meses, sob suspeita de pertencer ao Exército Republicano Irlandês - IRA. Somente após representação perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos foi solto. O caso foi submetido à apreciação da Corte

de Estrasburgo, que possibilitou aos Estados o poder discricionário para suprimir certas garantias individuais em hipóteses excepcionais.

Ainda que de lá para cá a Corte Europeia tenha pecado pela falta de rigor na aplicação da teoria, em 2013 foi firmado o Protocolo nº 15, que modifica a Convenção Europeia de Direitos Humanos³² e considera em seu artigo 1º, o seguinte:

At the end of the preamble to the Convention, a new recital shall be added, which shall read as follows:

“Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention”. (COMMITTEE OF MINISTERS CONCIL OF EUROPE).

Dessa forma, o Protocolo nº 15 introduziu no preâmbulo da Convenção Europeia de Direitos Humanos a referência explícita do caráter secundário do sistema regional e a doutrina da margem de apreciação, o que consolidará ainda mais aplicação da teoria nesse ambiente de proteção dos direitos humanos.

2. Sistema de proteção dos direitos humanos europeu e leis de anistia

Nem tudo na história é movimento, como pretendem alguns modelos de ciências assentados na ideia de reconstrução da evolução da humanidade (VILLEY, 2016, p. 14). Entretanto, se comparado com os demais,

32 O Protocolo nº 15 ainda não entrou em vigor por exigir a ratificação de todos os Estados-partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Até 14 de abril de 2019, em consulta realizada em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=dgDd

Ah tx> ,45 Estados já ratificaram o Protocolo, restando pendentes a Itália e a Bósnia e Herzegovina.

o sistema regional europeu alcançou o maior grau de aperfeiçoamento até o momento (MAZZUOLI, 2010, p. 33).

Apesar do refinamento do sistema de proteção, a Corte Europeia de Direitos Humanos até o ano de 2008 não havia proferido sequer uma única sentença de caso envolvendo leis de anistia. De fato, como aponta Mark Freeman, a Corte europeia tem pouca tradição no exame de violações graves de direitos humanos.

With the exception of the Inter-American human right system, there is little regional jurisprudence directly dealing with amnesties for grave human right violations. The European Court of Human Rights, for example, has a substantial jurisprudence – mostly concerning cases of torture in Turkey – that affirms state obligations to prevent, investigate, prosecute, and provide reparation for grave violations. However, it never has issued a judgment in a case involving the types of amnesty that constitute the focus of this book. (FREEMAN, 2016, p. 49).

Assim, com exceção do sistema interamericano de direitos humanos, há pouca jurisprudência regional que trata diretamente de anistias a violações graves de direitos humanos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, tem uma jurisprudência substancial – principalmente sobre casos de tortura na Turquia – que afirma as obrigações do Estado de prevenir, investigar, processar e fornecer reparação por violações graves, mas até 2008 não havia proferido qualquer decisão sobre leis de anistia.

2.1 Caso Laurence Dujardin e outros versus França

A antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos, órgão semi-judicial do sistema de proteção, antes da reforma estabelecida pelo Protocolo nº 11, que entrou em vigor em 1º de novembro de 1998, analisou um caso que envolveu lei de anistia. Tratou-se da petição nº 16734/90 de Laurence Dujardin e outros contra França.

Os fatos que embasaram o pedido ocorreram em 1988, quando a brigada do distrito de Fayaoué, na ilha de Ouvéa, na Nova Caledônia, foi

atacada por cinquenta pessoas, resultando na morte de quatro policiais, entre eles Edmond Dujardin.

Cumpra observar que a Nova Caledônia, situada na Melanésia, foi colonizada pela França em 1853 e foi utilizada inicialmente como local para abrigar criminosos franceses em presídios.

Apesar do arquipélago possuir 25% das reservas mundiais de níquel e apresentar interesse geopolítico para o Estado francês, após os acontecimentos no território em 1988, que quase levaram a guerra civil, a França resolveu apresentar projeto de preparação para autodeterminação da Nova Caledônia³³, inclusive estabelecendo lei de anistia geral para crimes praticados até então. Consequentemente os culpados pelo homicídio perpetrado contra Edmond Dujardin ficaram impunes.

Com base nesses fatos, a família de Dujardin sustentaram diante da Comissão Europeia de Direitos Humanos que sofreram prejuízo porque o Estado francês estabeleceu lei de anistia geral para todos os crimes durante eventos ocorridos na Nova Caledônia, particularmente homicídio de seus parentes próximos.

A Comissão Europeia, no ano de 1991, admitiu que homicídios poderiam ser cobertos por leis de anistia e isso, por si só, não contrariava a Convenção Europeia. Consequentemente, para a Comissão, a lei de anistia possuía caráter inteiramente excepcional e foi adotada no contexto de um processo destinado a resolver conflitos entre as várias comunidades das ilhas situadas no Pacífico Sul.

The Commission notes that as a result of the amnesty law adopted in tis case in the light of the special circumstances, i.e. the political situation in New Caledonia, the prosecution of those suspected of murdering the applicants' close relatives lapsed.

Accordingly, the question which arises is whether this infringed the right protected by Article 2 of the Convention.

33 O processo para autodeterminação da Nova Caledônia foi concluído em novembro de 2018, quando foi realizado uma consulta à população sobre a possível independência do Estado francês. Nesse referendo o povo da Nova Caledônia decidiu por 56,4% dos votos que o arquipélago continuará sob o domínio da França. Portanto, em 2018 foi encerrado um processo de 30 anos que findou uma situação de iminente guerra civil.

The Commission considers in this connection that the amnesty law, which is entirely exceptional in character, was adopted in the context of a process designed to resolve conflicts between the various communities of the islands. (European Commission on Human Rights).

Nesse sentido, o Estado dispõe de poder discricionário para conferir qualquer anistia que considerar necessária que seja capaz de manter o equilíbrio entre os interesses do Estado e dos indivíduos de manterem preservados o seu direito à vida (FARIAS, 2017, p. 73).

Dentro dessa perspectiva, não caberia à Comissão Europeia de Direitos Humanos avaliar a conveniência e oportunidade das medidas tomadas pela França, pois o Estado possui justificativa para adotar, no contexto de sua discricionariedade política, quaisquer leis de anistia que considerasse necessárias para o equilíbrio de seus interesses.

Portanto, critérios como a excepcionalidade, a finalidade da medida e a ponderação entre os interesses do Estado e os direitos das pessoas foram determinantes no caso Dujardin para considerar a lei de anistia francesa compatível com o artigo 2º, da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

2.2 Caso Ould Dah versus França

O caso Ould Dah contra França cuidou da aplicação de lei de anistia. Resumidamente, entre novembro de 1990 a março de 1991 ocorreram diversos conflitos entre mauritanos de origem árabe-berbere e outros grupos étnicos.

Alguns militares acusados de golpe de estado foram presos e submetidos a tortura por Ely Ould Dah. Entretanto, em 1993, uma lei de anistia foi editada na Mauritânia em favor dos membros das forças armadas ou das forças de segurança que haviam cometido infrações no contexto dos acontecimentos dos conflitos armados. Diante da lei de anistia, Ely Ould Dah não sofreu nenhum processo por infrações cometidas contra os prisioneiros.

Entretanto, em 1998, Ould Dah, que era capitão do Exército mauritano, foi realizar um curso de formação na Academia de Infantaria de

Montpellier, na França e, nessa ocasião, com base na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outras penas cruéis, desumanas ou degradantes, aprovada pela ONU em 1984 e internalizada pela França em 1987, duas entidades francesas de direitos humanos apresentaram denúncia contra o militar por atos de tortura cometidos por ele durante os conflitos na Mauritânia entre 1990 e 1991.

Finalmente, em 2005 o Tribunal francês, com base no princípio da justiça penal universal, condenou à revelia o mauritano Ould Dah a 10 anos de prisão e a indenização aos familiares das vítimas.

Em 2009, a Corte de Estrasburgo considerou que a França não havia violado a proibição da retroatividade da Convenção Europeia, ao julgar Ely Ould Dah. O Tribunal considerou que a França detém a jurisdição universal em certos casos. Além disso, de acordo com a Corte, a proibição da tortura se reveste de norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), de modo que a lei de anistia mauritana não pode impedir a França de condenar Ould Dah.

Antes mesmo do julgamento do caso Ould Dah *versus* França, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no parágrafo 55 da sentença proferida cinco anos antes, no caso Abdulsamet Yaman *versus* Turquia, já havia considerado que quando um agente do Estado for acusado de crimes de tortura ou maus-tratos, é de suma importância que não ocorram a prescrição e a concessão de anistia.

Mesmo sob o argumento de Ould Dah de que ao mudar de regime, a Mauritânia promulgou a lei de anistia com intuito de promover a reconstrução do país através da reconciliação nacional e que era necessária a sua observância, a Corte Europeia considerou que tal lei não era, por si só, capaz de impedir a aplicação das leis francesas e da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outras penas cruéis, desumanas ou degradantes, aprovada pela ONU, pelos tribunais franceses que examinaram o caso, em virtude da aplicação do princípio da justiça penal universal e entendeu que a decisão proferida pela França era procedente.

Having regard to the foregoing, the Court considers, in the present case, that the Mauritanian amnesty law was not capable in itself of precluding the application of French law by the French courts that examined the case by virtue of their universal

jurisdiction and that the judgment rendered by the French courts was well founded.

De fato, segundo a visão da Corte Europeia soaria paradoxal ou absurdo afirmar, por um lado, que a proibição da tortura possui caráter de *ius cogens*, mas por outro lado, deixar Estados adotar medidas ou leis que a tolerem ou anistiem torturadores.

Tal como outros órgãos internacionais, nesse caso, a Corte Europeia também considerou que a lei de anistia geralmente é incompatível com o dever que incumbe aos Estados de investigar crimes graves contra direitos humanos, principalmente quando se tratar de tortura. Isso porque a proibição de tortura ocupa um lugar de destaque em todos os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, consagrada como um dos valores fundamentais das sociedades democráticas.

Além disso, no presente caso, a lei de anistia mauritana, segundo a Corte Europeia, foi promulgada com o objetivo de impedir que criminosos como Ould Dah pudessem ser julgados e condenados. Por isso, o dever de punir não pode ser prejudicado pela concessão de anistia, que pode ser considerada contrária ao direito internacional.

2.3 Caso Marguš versus Croácia

Por outro lado, no caso, decidido em 2014 pela *Gran Sala*, o posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos ganha novos contornos.

Os fatos que envolveram a demanda se relacionaram a Fred Marguš, membro do exército croata, que foi acusado de homicídio e outros delitos graves cometidos em 1991 durante a Guerra da Croácia (1990-1996).

Em 1997 o Tribunal croata de primeira instância encerrou o caso em conformidade com a Lei de Anistia Geral, que concedeu a anistia a todos os delitos cometidos e relacionados a Guerra da Croácia, com exceção aos crimes de guerra.

Posteriormente, em 2007, o Tribunal Supremo croata, em resposta a um pedido interposto pelo Procurador do Estado para a proteção da legalidade (*zahtjev za zaštitu zakonitosti*), determinou que a decisão de primeira instância infringiu a Lei de Anistia Geral. Em particular se assinalou que o soldado havia cometido os fatos em sua condição de membro das forças

da reserva, ou seja, depois que seu período de serviço havia finalizado, inexistindo nexos entre os delitos e a guerra, tal como impunha a lei de anistia croata.

Num segundo procedimento, Fred Marguš, em 2006, foi acusado de crime de guerra contra população civil no qual foi condenado a 14 anos de prisão. O Tribunal Supremo confirmou a condenação em 2007, entre outros motivos, por ausência de coisa julgada, uma vez que o segundo procedimento era muito mais amplo do que o primeiro, já que o soldado havia sido acusado de violar o direito internacional, em particular, a Convenção de Genebra relativa à proteção de civis em tempos de guerra, de 1949. Posteriormente Fred Marguš interpôs recurso constitucional que foi rechaçado pelo Tribunal Constitucional em 2009.

Tendo em vista esses fatos, Fred Marguš se queixou à Corte Europeia de Direitos Humanos de violação ao seu direito de não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato.

A Corte Europeia reconheceu que em ambos procedimentos, Fred Marguš foi processado pelos mesmos delitos. Mas, a Corte observou que o judiciário croata havia concedido indevidamente a anistia por atos considerados como violações graves aos direitos humanos.

A mais importante observação feita pela Corte europeia diz respeito a obrigação de que tem todos os Estados de perseguir criminalmente os atos como a tortura e o homicídio.

Cumprido ressaltar ainda que o parágrafo 60 da sentença da Corte Europeia agrega trecho importante do voto concorrente no caso *Barrios Altos versus Perú* do juiz brasileiro na Corte Interamericana Antonio Augusto Cançado Trindade:

13. The international responsibility of the State for violations of internationally recognized human rights, – including violations which have taken place by means of the adoption and application of laws of self-amnesty, – and the individual penal responsibility of agents perpetrators of grave violations of human rights and of International Humanitarian Law, are two faces of the same coin, in the fight against atrocities, impunity, and injustice. It was necessary to wait many years to come to this conclusion, which, if it is possible today, is also due, – may I insist on a point which

is very dear to me, – to the awakening of the universal juridical conscience, as the material source par excellence of International Law itself.

Da mesma maneira, se observou no julgamento do caso Marguš contra Croácia uma tendência crescente no direito internacional de considerar inaceitável a concessão de anistias para os crimes graves contra os direitos humanos. Em apoio a essa relevante observação, a Corte europeia invocou vários organismos internacionais, tribunais e tratados internacionais, entre eles, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, o Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.4 Caso Mocanu versus Romênia

Também em 2014 a Corte Europeia de Direitos Humanos proferiu decisão que envolveu lei de anistia no caso Mocanu e outros contra Romênia.

Os fatos ocorreram em julho de 1990, quando o governo romeno pôs fim à ocupação da Praça da Universidade³⁴, em Bucareste, por manifestantes que protestavam contra o governo provisório instaurado após a derrubada do regime totalitário de Nicolae Ceaușescu. Tais manifestações (*manifestații maraton*), tiveram início em abril daquele ano pela Liga de estudantes e outras associações.

Os manifestantes exigiam naquela ocasião a exclusão da vida política de todos aqueles que haviam exercido poder à época do regime totalitário, além de reivindicarem a culpabilidade dos responsáveis pelos acontecimentos de dezembro de 1989 e a exoneração dos dirigentes, especialmente do Ministro do Interior, considerado responsável pela repressão aos anticomunistas.

Quando o Exército foi enviado para debelar a crise, se produziram disparos de armas de fogo e uma delas atingiu a cabeça de Velicu-Valentin Mocanu, causando a sua morte. Também várias pessoas, entre elas Marin

34 A Praça da Universidade era considerada um lugar símbolo de luta contra o regime comunista e totalitário de Nicolae Ceaușescu, devido ao grande número de pessoas que foram mortas e feridas pela repressão armada desencadeada no dia 21 de dezembro de 1989. Diante disso, várias associações foram convocadas para ocupar a referida Praça.

Stoica, foram presas e torturadas pela polícia uniformizada e por civis na sede da TV pública.

Mais de onze anos depois dos fatos, Marin Stoica, apresentou denúncia ante o Judiciário romeno, mas que foi arquivada, restando apenas pendente a ação penal sobre o homicídio de Mocanu.

A decisão da Corte Europeia dá conta de que o expediente judiciário romeno sobre os acontecimentos formou um amontoado de assuntos que podem ser descritos da seguinte maneira:

Many of the documents included in the 250 volumes of the file are photocopies which have not been stamped or have not been certified as corresponding to the original. The documents in each of those volumes are not filed by date, subject or another criterion, but in a disorderly fashion. Some of them have nothing to do with the case (for example, volume 150 contains files concerning disappearances which occurred after June 1990. (parágrafo 88, CASE OF MOCANU AND OTHERS v. ROMANIA, Applications nos. 10865/09, 45886/07 and 32431/08, Grand Chamber Judgment Strasbourg 17 September 2014. European Court of Human Rights.)

Tudo isso demonstrou o descaso do Poder Judiciário pelos fatos ocorridos na década de 90 na Romênia, ainda mais porque a ação de Marin Stoica restou arquivada e o processo penal sobre o homicídio de Mocanu até a decisão da Corte Europeia continuava pendente.

Em sua decisão, a Corte Europeia considerou expressamente a jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a da Corte Interamericana de Direitos Humanos, exercício típico de diálogo entre jurisdições na vertente da *cross cultural dialogue* baseada na comunicação entre as jurisdições regionais (OLIVEN & RASGA, 2017, p. 263).

Para isso foram citados os casos interamericanos Comunidad de Río Negro del Pueblo Indígena Maya y sus miembros Vs. Guatemala; la Masacre de los Dos Erres Vs. Guatemala e García Lucero y otras Vs. Chile.

Apesar do juiz Wojtyczek da Corte Europeia, em voto particular da sentença, tenha apontado que o Tribunal ainda deve esclarecer os limites de leis de anistia, o parágrafo 326 da decisão do caso Mocanu e outros

contra Romênia demonstra a evolução jurisprudencial do órgão em relação ao tema.

The Court has also held that in cases concerning torture or illtreatment inflicted by State agents, criminal proceedings ought not to be discontinued on account of a limitation period, and also that amnesties and pardons should not be tolerated in such cases (see *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, no. 32446/96, § 55, 2 November 2004; *Yeter v. Turkey*, no. 33750/03, § 70, 13 January 2009; and *Association “21 December 1989” and Others*, cited above, § 144).

Assim, conclui-se que a Corte Europeia tem estimado que a ação penal não deve sofrer a prescrição, assim como não se devem tolerar a anistia e a graça em matéria de tortura ou maus tratos infringidos por agentes do Estado.

3 Margem Nacional de Apreciação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

A questão primordial sobre as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sistema americano, reside em dois fatores: a) se o órgão internacional conceder uma larga margem nacional de apreciação, comprovará a sua própria dispensabilidade para a proteção dos direitos humanos. b) no entanto, se forçar uma margem estreita, imporá concepção hegemônica de direitos humanos e como consequência o possível efeito *backlash*.

Entretanto, de maneira genérica, a doutrina costuma admitir a aplicação da margem nacional de apreciação no sistema regional interamericano, seja por compreender que alguns dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos permitem sua utilização ou no exercício da função não contenciosa ou contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Segundo LEAL & GAERTNER (2017, p. 12) “o emprego da teoria aos poucos vem tomando forma e espaço na Corte Interamericana de Direitos Humanos, apesar de não ser vulgarmente utilizada”.

Para outros autores, a partir da Opinião Consultiva nº 18 de 2003, a Corte Interamericana de Direitos Humanos teria reconhecido a teoria da margem nacional de apreciação e posteriormente, em 2004, no julgamento do Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica ao considerar que “os Estados gozam de uma certa margem de apreciação”.

Em estudo sobre a doutrina da margem de apreciação na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Claudio Nash Rojas nega a recepção da teoria. Segundo o autor, algumas questões sobre a implementação dessa normativa, que se apresentam como expressão da doutrina da “margem de apreciação” no debate interamericano, em realidade são manifestação de outras instituições jurídicas.

En este sentido, cuestiones relativas a la discrecionalidad y sus límites para que el Estado restrinja derechos, la resolución sobre aplicación de las obligaciones internacionales en contextos de conflicto o el reconocimiento de derechos vinculados con debates morales, que son áreas propias de la doctrina en cuestión, no han sido resueltas por la CorteIDH siguiendo el desarrollo europeo. (ROJAS, 2018, p. 73).

No sistema interamericano de Direitos Humanos em matéria de lei de anistia não há espaço para a aplicação da margem nacional de apreciação. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, através dos casos Velasquez Rodríguez vs. Honduras, em 1981, e posteriormente através do aprimoramento dos casos: a) Castillo Páez vs. Peru, em 1997; b) Barrios Alto vs. Perú, 2001; c) Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 2003; d) 19 Comerciantes vs. Colombia, 2004; e) Masacre de Mapiripán vs. Colombia, 2005; f) Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006; g) La Cantuta vs. Perú, 2006 e; h) Goiburú y otros vs. Paraguay, 2006, i) Gomes Lund e outros vs. Brasil, 2010, j) Vladimir Herzog vs. Brasil, 2018, consolidou a teoria do controle de convencionalidade.

Com efeito, o controle de convencionalidade resultante da criação jurisprudencial da Corte Interamericana, numa espécie de ativismo judicial, fundamenta-se em dois argumentos: o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais e a regra do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, na qual o Estado não deve alegar o direito interno para se eximir de obrigações convencionadas. (OLIVEN & RASGA, 2017, p. 260-279).

Por isso, o controle de convencionalidade em matéria de lei de anistia no sistema interamericano de direitos humanos afasta por completo qualquer possibilidade de utilização da margem nacional de apreciação.

4. Considerações finais

Embora prevista no Protocolo nº 15 de 2013, a aplicação da teoria da margem nacional de apreciação no âmbito do sistema regional europeu ainda gera controvérsias. Dessa maneira, três posicionamentos tem surgido na doutrina. O primeiro no sentido de que a teoria permite a recusa de julgamento, como abdicação do dever de a Corte julgar casos sensíveis sobre direitos humanos. O segundo, como uma forma de respeito à diversidade cultural e uma autocontenção judicial. O terceiro, uma variação harmoniosa das duas primeiras concepções.

Como foi apontado, a questão primordial sobre as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sistema americano, reside em dois fatores: a) se o órgão internacional conceder uma larga margem nacional de apreciação, comprovará a sua própria dispensabilidade para a proteção dos direitos humanos. b) no entanto, se forçar uma margem estreita, imporá concepção hegemônica de direitos humanos e como consequência o possível efeito *backlash*. Ambas visões são extremas e prejudiciais para o enrobustecimento do sistema regional.

Referências:

ÁLVAREZ, Javier Chinchón. Las leyes de amnistía en el Sistema Europeo de derechos humanos. De la decisión de la Comisión em Dujardin y otros contra Francia a la sentencia de la Gran Sala en Marguš contra Croacia: ¿progressivo desarrollo o desarrollo circular? *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 52, p. 909-047. Madrid, septiembre/diciembre. 2015.

COMMITTEE OF MINISTERS CONCIL OF EUROPE. 123rd Session of the Committee of Ministers. Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 16 May 2013.

EUROPEAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. CASE OF LAURENCE DUJARDIN AND OTHERS versus FRANCE, Application no. 16734/ 90, decision of 2 September 1991.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. CASE OF MARGUŠ v. CROATIA, Application no. 4455/10, Grand Chamber Judgment Strasbourg 27 May 2014.

_____. CASE OF MOCANU AND OTHERS v. ROMANIA, Applications nos. 10865/09, 45886/07 and 32431/08, Grand Chamber Judgment Strasbourg 17 September 2014.

_____. CASE OF CESTARO v. ITALY, Application no. 6884/11, Judgment Strasbourg 7 April 2015.

_____. CASE OF ABDÜLSAMET YAMAN v. TURKEY, Application no. 32446/96, Judgment Strasbourg 2 November 2004.

_____. CASE OF LAWLESS v. IRELAND, Application no. 332/57, Judgment Strasbourg 14 November 1960.

_____. CASE OF OULD DAH v. FRANCE, Application no. 13113/03, Judgment Strasbourg 17 March 2009.

FARIAS, Eduardo Helfer. Anistia: o difícil equilíbrio entre justiça e reconciliação. *Revista do Programa de Direito da União Europeia: Cátedra Jean Monnet da FGV Direito*. Rio de Janeiro, n. 8 p. 69-85, jul./dez., 2017.

FREEMAN, Mark. *Necessary Evils. Amnesties and Search for Justice*. New York: Cambridge University Press, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; GAERTNER, Bruna Tamiris. Aspectos introdutórios a teoria da “margem de apreciação do legislador” e sua aplicação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *XIV Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, UNISC, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. *Cadernos da Escola de Direito. Centro Universitário Autônomo do Brasil v. 1, nº 13, Paraná*. 2010 p. 33.

- NETTO, Cláudio Cerqueira de Bastos. O princípio da margem de apreciação nacional: em busca do terreno comum. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 6, nº 11; Abril 2018; pp. 66-87. Asunción.
- OLIVEN, L. R. A.; RASGA, M. F. O controle de convencionalidade no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos a partir do diálogo entre jurisdições. In: CONPEDI (Org). VI Encontro Internacional do CONPEDI - Costa Rica. Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I: San José. Costa Rica: CONPEDI, 2017, v.1, p. 260-279.
- ROJAS, Claudio Nash. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ACDI*, Bogotá, ISSN: 2027-1131/ISSNe: 2145-4493, Vol. 11, pp. 71-100, 2018.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, pp. 195-238. México.
- VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

A GUANTANAMIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: MERA ABSTRAÇÃO TEÓRICA?

Nathércia Cristina Manzano Magnani

“Eu não matei nenhuma pessoa humana; apenas matei um princípio.

Um princípio, foi o que eu matei; (...)”

(Fiodor Dostoievski em Crime e Castigo)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (ou CIDH) é o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, como tal, possui dupla função: emitir opiniões consultivas e julgar casos contenciosos (que lhe serão, necessariamente, repassados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos). Especialmente no desempenho dessa última, vem desenhando um papel cada vez mais importante na consolidação de uma jurisprudência cosmopolita e desafiadora, que fixa com propriedade um *standard* mínimo de proteção nas mais variadas frentes em que os direitos humanos possam ser violados – povos indígenas, justiça de transição, questões de gênero, impasses intergeracionais, direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, etc.

“*Guantanamoização*” do processo penal³⁵ foi uma expressão cunhada pelo jurista mexicano Sérgio García Ramírez, ex-juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos (onde permaneceu por 12 anos, alguns deles como Presidente), quando do julgamento do caso *Tibi vs. Equador*. Embora o tema já tenha sido enfrentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, foi a partir de seu voto, anexo à disponibilização oficial do supracitado caso no *site* da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que essa expressão passou a ser difundida no Brasil.

Por se tratar de termo não usualmente empregado, por existir pouca literatura para explicá-lo, e, principalmente, pelo fato de se acreditar que o *corpus juris* interamericano contribui sobremaneira para a adoção de um constitucionalismo regional transformador no Brasil (inclusive a partir do emprego do controle de convencionalidade), esse artigo será devotado a conhecer pormenorizadamente e, também, problematizar o significado e alcance da dita “*guantanamoização*” do Direito Processual Penal – inclusive, refletindo sobre seu possível encaixe (ou não) à realidade brasileira.

Exatamente na linha de raciocínio acima, Flávia Piovesan leciona que a advocacia dos tratados de direitos humanos junto às instâncias internacionais oferece relevantes estratégias de ação, todas elas potencialmente capazes de contribuir para o reforço da promoção dos direitos humanos no Brasil. (PIOVESAN, 2012. p. 457)

Importante ressaltar que o problema de pesquisa que impulsionou essa investigação pode ser inferido do título desse ensaio, qual seja, saber se a tendência apontada por Sergio García Ramírez é apenas uma mera abstração teórica (por exemplo, se referindo a algo que já existe apenas com o emprego de outras palavras, ou criando mais uma teoria inusitada e de nome performático dentro das Ciências Criminais, mas cujo conteúdo não seja inédito) ou a percepção de uma maneira equivocada e desumana cada vez mais em evidência de tratar, sistematicamente, o processo penal e seus envolvidos que não se restringe ao Equador – e, nesse último caso, portanto, algo a que os operadores do Direito, defensores do Estado Democrático e militantes da área de Direitos Humanos de outros lugares devem estar atentos. Ainda, mais especificamente: Será que também é possível perceber a ocorrência de um fenômeno similar em curso aqui no

35 No original, “*guantanamoización*” del proceso penal. Disponível na página 8 do voto.

Brasil ou, ao contrário, o país está incólume e devidamente distanciado dessa “guantanamização”? Eis o debate.

O caso Tibi vs. Equador³⁶

O caso Tibi vs. Equador foi submetido ao âmbito de atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio da petição 12.124 em 25 de junho de 2003. Como o Equador é parte da Convenção Americana de Direitos Humanos desde 28 de dezembro de 1977 e reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte em 24 de julho de 1984, não houve problemas quanto à competência da CIDH para esse julgamento, restando o Estado condenado por sentença datada de 07 de setembro de 2004 – o que o tornou o caso de número 114 a ser apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.³⁷

As vítimas são Daniel David Tibi e seus familiares, que acessaram o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos interpondo denúncia à Comissão Interamericana em 16 de julho de 1998, devidamente assistidos por meio da representação do *Centro por la Justicia e el Derecho Internacional* (CEJIL) e da *Clínica de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*. O Estado demandado, como já restou claro, foi o Equador.

Trata-se de caso que, em resumo, se refere à responsabilidade internacional do Estado equatoriano pela privação de liberdade ilegal e arbitrária do Sr. Tibi, assim como pelos maus-tratos por ele recebidos e pelas condições de sua detenção.

Daniel David Tibi é um cidadão francês, à época com 36 anos, que vivia no Equador e se dedicava ao comércio de pedras preciosas e de obras de arte. O problema começou quando, em 27 de setembro de 1995, foi detido por agentes do órgão denominado *INTERPOL del Guayas*, com a simplória justificativa de ser suspeito de envolvimento no comércio ilegal de entorpecentes.

36 Importante assinalar que todas as informações abaixo foram encontradas no site da Corte Interamericana de Direitos Humanos (<http://www.corteidh.or.cr/>) e traduzidas do espanhol para o português pela autora. Última visualização em 14 de abril de 2019.

37 Cujo primeira sentença data de 26 de junho de 1987 e cujo caso contencioso mais recente em que houve prolação de sentença é o 374º julgamento realizado por esse órgão. Dados colhidos até 14 de abril de 2019.

Quando ele foi preso, as autoridades policiais não lhe comunicaram a razão, apenas disseram se tratar de um controle migratório, e não lhe ofereceram contato com uma terceira pessoa (familiar, advogado ou autoridades consulares). Disso, resultou o fato de que seus familiares tardaram a conhecer o seu paradeiro e, enquanto isso, vivessem momentos de extrema angústia.

Apesar de todo esse quadro de irregularidades, ou seja, apesar da fragilidade das acusações que pairavam contra ele, o Sr. Tibi permaneceu preso preventivamente, de forma ininterrupta, de 27 de setembro de 1995 até 21 de janeiro de 1998 (mais de dois anos) – sendo que, pelos 45 dias iniciais em instalações de baixa higiene e salubridade.

Durante sua detenção, especialmente durante março e abril de 1996, Daniel Tibi foi sujeitado a pelo menos sete sessões de tortura e, por diversas vezes, ameaçado pelos guardas dos cárceres em que foi mantido para que confessasse sua culpa.

Ainda, merece destaque o fato de que, durante o tempo em que esteve detido, ter sido examinado duas vezes por médicos equatorianos, que constataram a existência de feridas e traumatismos em seu corpo causados pela tortura; não obstante, nunca recebeu tratamento médico adequado, e, tampouco, teve investigada a causa de suas enfermidades.

Além disso, a vítima e seus familiares chegaram a notificar os órgãos responsáveis pelo ocorrido por três vezes (por meio dos recursos adequados para tanto na justiça doméstica do Equador, e por meio de uma queixa), mas essas notificações nunca prosperaram da forma resolutive adequada.

Em suas preliminares de defesa, o Equador alegou o não preenchimento do requisito de esgotamento de recursos internos, e, também, a falta de competência *ratione materiae* da Corte Interamericana de Direitos Humanos para conhecer sobre violações à Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura (ratificada pelo Equador em 09 de novembro de 1999).

As duas preliminares foram deslegitimadas pela Corte, que reconheceu a responsabilidade do Equador no presente caso pela violação aos seguintes direitos: direito à liberdade pessoal (artigo 7 da Convenção Americana), direito à liberdade proteção judicial (artigo 25 da Convenção Americana), direito à integridade pessoal (artigo 5 da Convenção Ameri-

cana), violação às garantias judiciais (artigo 8 da Convenção Americana), proteção à família (artigo 17 da Convenção Americana) e propriedade privada (artigo 21 da Convenção Americana).

Especificamente quanto à violação às garantias judiciais, a CIDH desmembrou a análise particularizando os seguintes desrespeitos: a) desrespeito a um processo penal em prazo razoável contra a vítima, já que o caso transcorreu por quase 9 anos na justiça interna; b) desrespeito à presunção de inocência da vítima, tanto pelo fato de não ter sido tratado como presumivelmente inocente quanto pelo fato de ter sido tratado, por todo o tempo, como presumivelmente culpado (uma pessoa cuja responsabilidade penal tivesse sido suficientemente demonstrada); c) desrespeito ao direito de comunicação prévia ao acusado da acusação formulada; d) desrespeito ao direito de defesa, pois, além de, como estrangeiro, não ter podido contar com o aparato das entidades consultares, ante sua falta de recursos econômicos lhe constituíram um defensor dativo que sequer o visitou na cadeia ou interveio em sua defesa; e, finalmente, e) desrespeito ao direito de não auto-incriminação, já que as torturas contra a vítima foram perpetradas justamente burlando esse princípio básico.

No que tange às reparações sentenciadas, a CIDH decidiu que a sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custas constituiria, *per se*, uma forma de reparação. Não obstante, ainda decidiu que o Estado do Equador deveria: a) investigar, processar e punir em prazo razoável os fatos acontecidos contra Daniel Tibi; b) fazer publicamente uma declaração escrita e formal, emitida por altas autoridades estatais, em que reconhecesse sua responsabilidade e pedisse desculpas à Daniel Tibi e às demais vítimas do caso; c) estabelecer um programa de formação e capacitação para os funcionários do Judiciário, do Ministério Público e de suas penitenciárias, incluindo servidores de áreas não jurídicas (como médicos e psicólogos), sobre os princípios e normas de proteção dos direitos humanos no tratamento de pessoas privadas de liberdade; d) pagar indenizações de aproximadamente 150 mil euros por danos materiais e 208 mil euros por danos imateriais (divididos entre a vítima e seus familiares); e) pagar aproximadamente 38 mil euros para cobrir os gastos e custas da vítima e de seus familiares para conseguir levar o caso ao Sistema Interamericano.

O voto do juiz Sergio García Ramírez³⁸

Logo nas primeiras linhas de seu voto, o juiz Sérgio Ramirez deixa claro, no tópico “Sentido e transcendência das resoluções da Corte Interamericana” que fará referência a várias questões que o fato em concreto contempla, mas que, também, são debates que transcendem o caso em si³⁹.

Segundo Sérgio Ramirez, o caso tem como temas centrais assuntos já enfrentados anteriormente pela CIDH: o devido processo em assuntos de ordem penal e o regime das instituições de privação de liberdade (seja a privação provisória, cautelar, punitiva ou executiva, tanto de adultos quanto de menores de idade). Para ele, o processo e as prisões têm sido, são e talvez, infelizmente, ainda serão por bastante tempo, os cenários das mais graves e notórias violações de direitos humanos, um verdadeiro espaço crítico para a vigência dos direitos humanos – de maneira que é mais que urgente que voltemos a eles nossos olhares, posto que apesar de frequentemente denunciados, foram insuficientemente reformados (as modificações que se fazem necessárias são radicais).

É especificamente na parte que trata do direito ao devido processo legal que o jurista cravou a utilização da expressão “guantanamoização” do processo penal. Para ele, o devido processo (ou, em outras palavras, as garantias essenciais do procedimento) é uma das mais formidáveis ferramentas para a proteção dos direitos, pois constitui, ao mesmo tempo, um direito e uma garantia para o jurisdicionado.

Ensina que se trata de um sistema de garantias com poder expansivo, já que a concepção estática de devido processo legal (construída a partir da existência de atos, direitos e garantias inderrogáveis) deu lugar, nos tempos modernos, à noção dinâmica de devido processo legal (com a aglutinação de novos direitos e garantias emergentes, trazidos pela consolidação da democracia e do Estado de Direito). Nessa evolução, floresceram direitos como o direito ao silêncio, a assistência oportuna de advogado defensor,

38 Importante assinalar que todas as informações abaixo foram encontradas no site da Corte Interamericana de Direitos Humanos <<http://www.corteidh.or.cr/>> e traduzidas do espanhol para o português pela autora. Última visualização em 14 de abril de 2019.

39 Em suas palavras: “Pretendo referirme a varias cuestiones que dicha resolución contempla, así como al sentido que tienen y a la trascendencia que debieran poseer las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Página 1.

o direito à informação imediata sobre os motivos que motivaram o procedimento de prisão, a restrição à prisão preventiva estritamente dentro das hipóteses legalmente previstas para tanto, as garantias judiciais na adoção de medidas cautelares ou na prática de certos atos de investigação, o direito à informação sobre assistência consular em benefício de acusados estrangeiros, o caráter público e oral do processo, o descrédito da prova confessional, etc.

Ocorre que, a partir da percepção de que na luta pela efetivação dos direitos humanos não temos “dados prontos”, mas sim constantes construções obtidas a partir de lutas históricas, não é possível afirmar que nenhum progresso na conceituação do devido processo penal seja definitivo. Ao contrário, notou Ramirez que nos últimos tempos se iniciou uma “erosão” inquietante dos direitos humanos no âmbito do processo.

Nessa linha de raciocínio, segundo ele, é possível perceber que a soma da persistência de antigas formas de criminalidade, da aparição de novas formas de delinquência, do assédio do crime organizado e da extraordinária globalização de certos delitos muito gravosos (como o narcotráfico e o terrorismo), resultou em uma nova tendência processual inclinada a abandonar os progressos anteriormente conquistados e a retornar à sistemas e medidas que já demonstraram enormes deficiências éticas e práticas no passado. Em sua versão mais extrema, esse abandono gera o fenômeno da “guantanamoização” do processo penal, o qual é, obviamente, altamente questionável.

O termo claramente faz referência ao Campo de Detenção da Baía de Guantánamo, uma prisão militar estadunidense incrustada no território de Cuba e que ficou mundialmente conhecida pelas desumanas e corrosivas condições ofertadas aos presos que manteve (nos últimos tempos, principalmente acusados de terrorismo de origem mulçumana). Em Guantánamo, a prática de tortura, a falta de acusações formadas, a ausência de processos constituídos e o desrespeito a qualquer julgamento já foram a regra para, pelo menos, 775 prisioneiros⁴⁰.

Pois bem, na percepção do ex-juiz da CIDH, atualmente com alguma frequência vem se dando lugar a práticas e a normas derogatórias de direitos e garantias legitimadas com base na argumentação de ser necessário

40 Informações retiradas do site Observador. Disponível em: <<https://observador.pt>>. Último acesso em 14 de abril de 2019.

lutar contra a proliferação de delitos muito graves (que seriam verdadeiros justificadores para o surgimento desses retrocessos). As consequências disso estão longe de prevenir, impedir ou reduzir delitos; ao contrário, acabam por gerar severas violações de direitos que ficarão na “penumbra” e, somente com sorte, emergirão aos olhos da opinião pública e dos tribunais – como ocorreu com a história de Daniel Tibi. A esse quadro pode-se dar o nome, usando de uma metáfora de fácil apreensão, de “guantanamoização”.

A “guantanamoização” do processo penal é exclusividade do Equador?

Uma vez entendidos os principais contornos do caso Daniel Tibi *vs.* Equador e da expressão “guantanamoização” do processo penal cunhada em seu julgamento, advoga-se pela tese de que esse fenômeno é, infelizmente, perfeitamente possível de ser encaixado na realidade brasileira, extrapolando as fronteiras equatorianas. Também aqui, no Brasil, embora com outros nomes e outros rostos, existem milhares de pessoas como Daniel Tibi. Tal afirmação se deve, principalmente, a três cenários existentes em terras brasileiras. Vejamos abaixo.

A política de “guerra às drogas” e o protagonismo da palavra dos policiais na prisão e condenação

Segundo dados do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) divulgado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, a população prisional do Brasil até junho de 2016 era de 726.712 pessoas – o que o coloca no 3º lugar do *ranking* internacional de países que mais prendem no mundo, atrás apenas de Estados Unidos e China. Desse total, 40% dos encarcerados são formados por presos provisórios, e os crimes relacionados ao tráfico de drogas são os maiores responsáveis por levarem pessoas às prisões (28% do total de prisões). (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2016⁴¹)

Nesse mesmo sentido, Marcelo Campos destaca que, em 2005, do total de pessoas presas, as condenadas por tráfico de drogas representavam 13%. Em 2013, esse número subiu para 27%. (*In*: JESUS, 2016, p. 26⁴²)

41 Disponível em: <<https://justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Último acesso em 14 de abril de 2019.

42 Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php>>. Último acesso em 14 de abril de 2019.

Complementando esses dados, um estudo do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP) demonstrou que a maioria das pessoas presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes são homens (87%), negros (59%), trabalhadores (62%) e com pouca escolaridade (60%). (JESUS *et all*, 2011⁴³)

Importante salientar, ainda, que a incriminação de sujeitos por crimes relacionados ao tráfico de drogas no Brasil, além de não contar com critérios objetivos de diferenciação entre “usuários” e “traficantes”, possui a narrativa policial ocupando lugar de centralidade – sobretudo por se tratar de crime em que não há vítima (a vítima imediata é incorpórea, a saber, a saúde pública). Em outras palavras, a verdade nos autos envolvendo delitos relacionados ao tráfico de entorpecentes dependerá daquilo que os policiais que realizaram o flagrante vão considerar adequado narrar e tornar oficial. Os demais operadores do Direito, especialmente juízes e promotores de justiça, apenas cancelam as narrativas policiais para prender e punir. (JESUS, 2016, p. 19 e p. 241)

Daniel Tibi, como vimos, é homem, de baixa renda (posto que sequer conseguiu pagar um advogado para sua defesa) e foi preso provisoriamente pela acusação de tráfico de drogas com base exclusivamente na vontade e na narrativa dos policiais equatorianos. Sua palavra não teve qualquer valia para evitar sua detenção, e sua prisão provisória durou praticamente dois anos. Alguma semelhança com os dados elencados acima?

A não erradicação da tortura

Segundo Luciano Mariz Maia, a ocorrência da tortura se verifica, fundamentalmente, em dois momentos marcantes: primeiramente, na fase pré-processual como meio utilizado pelas forças de segurança para a obtenção de informações ou confissões; e, depois, com as pessoas presas ou detidas (e, portanto, à disposição da justiça) enquanto aguardam por seus julgamentos ou cumprem suas sentenças condenatórias. No primeiro caso, a tortura macula o inquérito policial e a instrução criminal; no segundo caso, a tortura macula o devido processo legal e o Estado de

43 Disponível em: <<http://nevusp.org/wp-content/uploads/2015/01/down254.pdf>>. Último acesso em 14 de abril de 2019.

Direito. Em ambos os casos, a tortura macula a administração da justiça. (MAIA, 2006, p. 11⁴⁴)

Apesar de a CF/88 ter estabelecido a prática de tortura como crime inafiançável e insuscetível de fiança, graça ou anistia, a sua prática ainda é recorrente no Brasil. Nesse sentido, há quase 20 anos atrás, o relator especial da ONU sobre tortura, Sr. Nigel Rodley concluiu pela existência concreta, sistemática e generalizada da tortura nos estabelecimentos prisionais brasileiros depois de ter recebido 348 denúncias sobre ocorrências desse delito e de ter, em visita *in loco*, percebido com seus próprios olhos a disseminação da prática pela existência de marcas nos corpos das vítimas (fossem eles adultos ou adolescentes infratores) e de instrumentos nos estabelecimentos. (JESUS, 2009, p. 95)

Há diversos estudos que demonstram que o Brasil carece de dados não subestimados sobre a prática da tortura. De fato, há inúmeros filtros que podem atuar para que as ocorrências de tortura não sejam devidamente processadas e punidas pelo sistema de justiça (e, com isso, deixem de gerar estatísticas oficiais): normalmente o crime é praticado “às escuras”, as investigações sobre ele podem não prosperar e, ainda, o Ministério Público e o Judiciário podem agir como limitadores para a concretização de uma condenação. Mas, é indubitável que ela ainda ocorra. (CALDERONI, 2015; JESUS, 2015⁴⁵)

Daniel Tibi, como vimos, foi dolorosamente torturado durante o período em que esteve preso provisoriamente para que confessasse a prática de um delito que lhe imputaram abstratamente, sem que qualquer coisa tivesse oficialmente descrita em um processo penal. Alguma semelhança com os dados elencados acima?

Estado de coisas inconstitucional

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 347⁴⁶, o Supremo Tribunal Federal (STF)

44 Disponível em: <<https://apublica.org/wp-content/uploads/2012/06/DO-CONTROLE-JUDICIAL-DA-TORTURA-INSTITUCIONAL-NO-BRASIL-HOJE.pdf>>. Último acesso em 14 de abril de 2019.

45 Disponível em: <<https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando%20a%20tortura.pdf>>. Último acesso em 14 de abril de 2019.

46 Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>. Último acesso em 14 de abril de 2019.

reconheceu a existência de um “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro. Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, trata-se de um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, e, portanto, a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário.

Tal qual Daniel Tibi foi preso em condições precárias e insalubres, milhares de pessoas no Brasil enfrentam superlotação, falta de higiene e escassez de infraestrutura nos cárceres brasileiros.

Conclusões

São três as conclusões a que esse ensaio, depois de todo o caminho anteriormente percorrido, conseguiu traçar.

A primeira delas diz respeito à importância de se prestar atenção ao *corpus juris* interamericano e, sempre que possível, utilizá-lo para o refinamento da proteção dos direitos humanos em nosso ambiente doméstico. O enfrentamento multinível das violações de direitos humanos é, sem dúvida, a melhor maneira de se posicionar nessa temática.

A segunda delas é a de que a tendência observada pelo juiz Sergio García Ramírez não é apenas uma tese penal com nome exótico, mas a formulação de uma sólida teoria sobre novas tendências que têm assolado o processo penal – não obstante o avanço de Estados Democráticos de Direito e de organizações pró direitos humanos em todo o mundo. Angariando apoio popular com base em discursos sobre combate à violência, o recrudescimento penal e o retrocesso na observância de garantias têm encontrado um espaço de controvertida legitimidade social. Esse fenômeno é bastante preocupante.

Finalmente, a terceira delas é a de que, em pleno século XXI, vive-se uma “guantanamoização” do processo penal no Brasil – logo, o fenômeno não é exclusivo dos Estados Unidos ou do Equador. Embora essa afirmação possa soar bastante taxativa, entende-se ser possível concluir nesse sentido depois de todo o percurso de ideias exposto.

Referências bibliográficas

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

JESUS, Maria Gorete Marques de. CALDERONI, Vivian. **Julgando a tortura: análise de jurisprudência nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005–2010).** São Paulo: Conectas, 2005.

_____. **O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009.

_____. **O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas.** Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2016.

_____; LAGATTA, Pedro. OI, Amanda Hildebrand; ROCHA, Thiago Thadeu da. **Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo.** Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP). São Paulo, 2011.

MAIA, Luciano Mariz. **Do controle judicial da tortura institucional no Brasil hoje: à luz do direito internacional dos direitos humanos.** Tese apresentada ao Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Recife, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Atualização – Junho de 2016. Brasília/DF, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. **ADPF 347 MC/DF**.
Rel. Min. Marco Aurélio. Julgada em 09/09/2015 (Info 798).

CASO “GOMES LUND E OUTROS”: A SOBERANIA DO ESTADO BRASILEIRO VS. OS DIREITOS HUMANOS

Rhebecca Rasec da Costa Alves

Introdução

Durante o Regime Civil-Militar brasileiro, em especial pós-Revolução Cubana (1959), toda e qualquer manifestação contrária à ditadura que fosse tida pelo governo como vinculada à ideias socialistas era violentamente reprimida. Um desses casos foi o da Guerrilha do Araguaia no qual se fez execução de diversos civis, guerrilheiros e locais, sem que nem mesmo houvesse efetivamente a guerrilha.

Em agosto de 1979, com o advento da transição democrática, houve a criação da Lei n. 6683 conhecida como Lei de Anistia a qual concedia o perdão aos crimes políticos ocorridos ao longo da ditadura civil-militar, fossem eles cometidos por agentes do governo, fossem por rebeldes. Segundo a Lei, qualquer crime político ou praticado por motivação política seriam por ela abarcados. No entanto, a problemática, segundo a Ordem dos Advogados do Brasil (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2008), no que se refere à ela se dá na interpretação do §1º do artigo 1º que concede anistia a crimes conexos.

Após o julgamento da ADPF n. 153/2008 pelo Supremo Tribunal Federal, em abril de 2010, tratando da ADPF n. 153 como improcedente (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010), a questão em pauta foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos dentro do Caso n.

11.552 (“Gomes Lund e outros vs. Brasil”), em novembro do mesmo ano. No julgamento do caso contra o Brasil, a CIDH postulou que a decisão do STF era incompatível com a Convenção Americana e representava um obstáculo para a investigação dos fatos apresentados no caso e a punição dos responsáveis pelas violações dos direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010). No entanto, a última sentença não foi honrada integralmente pelo Estado brasileiro, em especial no que tange a Lei de Anistia.

Cabe, então, avaliar o conflito gerado entre as sentenças de forma que se estabeleça um paralelo de até que ponto a soberania nacional deve se sobrepor aos direitos humanos, e como as autoridades jurídicas brasileiras se posicionam perante às convenções internacionais ratificadas pelo presente Estado.

Os Anos de Chumbo no Brasil

Antecedentes históricos

Durante a Guerra Fria, a bipolaridade mundial marcada pela disputa pela supremacia mundial entre União Soviética e Estados Unidos fez com que se buscassem áreas estratégicas de influência e combate ao avanço do bloco rival. Com a expansão do socialismo para a América Latina após a Revolução Cubana, o governo norte-americano tomou um posicionamento “contra-insurreição” legitimado por meio do discurso de manutenção da ordem e contenção das lutas de libertação e guerrilhas comunistas (MARTINS FILHO, 2005).

Devido a isso, quando o presidente da república João Goulart tomou posse no processo eleitoral após a renúncia de Jânio Quadros, existia o medo - tanto a nível nacional quanto internacional - de que suas Reformas de Base conduzissem o Brasil rumo a um governo socialista. As pressões e os interesses externos, especialmente o estadunidense, e de empresários e latifundiários nacionais fizeram com que no dia 1º de abril de 1964 (Aécio OLIVEIRA, CRUZ e Mariana OLIVEIRA, 2014).

No decorrer de todo o regime militar que se instaurou no território brasileiro até 1985, o que se viu foi a ausência do estado democrático de direito, juntamente com a repressão violenta a qualquer manifestação que se opusesse aos governos vigentes, especialmente no que tange o pós-

1968, período também conhecido como “Anos de Chumbo”, que foi marcado pelo aumento do poder presidencial através do fechamento do Congresso Nacional e a promulgação do Ato Institucional de n. 5 (AI-5) (Aécio OLIVEIRA, CRUZ e Mariana OLIVEIRA, 2014).

Dos ocorridos na Guerrilha

Por conta da falta de liberdade de expressão muitos civis foram reprimidos, exilados ou se tornaram presos políticos tendo seus direitos humanos violados, muitas vezes, apenas por se mostrarem contrários ao governo. Surgiram diversas frentes de mobilização clandestinas e foram praticados crimes tanto por militares quanto por civis opositores à ditadura como ofensivas ou defensivas, sendo os crimes dos opositores de caráter político, enquanto os referentes aos agentes estatais, em grande parte, se tratavam-se de transgressões e abusos ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

No que tange a Guerrilha do Araguaia, por se tratar de um movimento interiorano semelhante aos primórdios da Revolução Cubana e liderado pelo Partido Comunista do Brasil, o Estado brasileiro, aliado aos Estados Unidos e visando a eliminação de qualquer ameaça comunista semelhante dentro do continente, garantiu o extermínio brutal de cerca de 70 estudantes, trabalhadores, guerrilheiros e camponeses, além do desaparecimento forçado e tortura aplicada aos revoltosos (BERNARDI, 2017).

A justiça de transição

Entende-se por justiça de transição o momento histórico no qual se há julgamentos, reparações e depurações dos ocorridos no regime político anterior (SABADELL & DIMOULIS, 2011). Esse processo acontece as forças políticas têm preocupação com instauração da paz após um período de conflito, traumas sociais, violência em massa ou violações sistemáticas de direitos (FLORIANO, 2012; BICKFORD, 2004 apud FLORIANO, 2012).

Dito isso, compete ao Estado a discussão pública sobre os ocorridos no regime anterior de forma que não se repitam, bem como a reparação material e moral das vítimas das violências ou de suas famílias por meio de Comissões da Verdade. Deve-se também eliminar as tensões entre os

grupos políticos da sociedade, através da anistia, ou pelo julgamento dos responsáveis pelos acontecimentos execráveis e nocivos àquela sociedade previamente (FLORIANO, 2012).

É, nesse cenário, durante o governo de João Figueiredo e o processo de redemocratização que se há a criação da Lei de Anistia (n. 6.683/79) por parte do governo brasileiro, a qual perdoava quaisquer crimes de natureza política executados ao longo da ditadura de forma ampla e irrestrita. Tal medida visava apaziguar os corpos social e político brasileiros naquele determinado momento por meio do benefício da absolvição concedida a ambos os lados opostos do regime.

Desde então, medidas para esclarecimento dos ocorridos, busca de corpos e restos mortais e formas de reparação imaterial (em alguns casos até mesmo a material) para com os familiares das vítimas não foram tomadas pelo Brasil, mesmo após a sentença dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Outro fator importante a destacar é que a existência do §1º do artigo 1º na Lei de Anistia acabou por se tornar um empecilho ao Estado devido à sua controvérsia quanto aos crimes conexos, limitando a investigação sobre o que realmente houve durante o episódio da guerrilha e impedindo que se possa punir os envolvidos nas respectivas violações de direitos humanos (OAB, 2008). Segundo Piovesan,

“A região [latino-americana] ainda convive com reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.”(PIOVESAN, 2014).

Questão cuja qual o Sistema Interamericano é responsável por atenuar tendo em vista suas legitimidade e eficácia como instrumento de proteção e avanço dos direitos humanos frente às falhas e omissões das instituições nacionais (PIOVESAN, 2014).

A omissão por parte do Estado brasileiro

Da controvérsia da Lei de Anistia

O início da discussão se dá quando a OAB questiona, através da ADPF n.153, a anistia concedida aos representantes do Estado que por

muitas vezes violaram os princípios dos direitos humanos. Na ADPF é afirmada a controvérsia acerca do §1º do artigo 1º da Lei 6.683, no qual os crimes tidos como conexos abarcariam qualquer prática de violência e repressão dos agentes estatais contra os opositores.

Por conta desse artigo presente na Lei, a anistia se estenderia não só aos crimes políticos, mas também aos comuns (sem caráter político) que foram gerados em decorrência da forte repressão política que vigorou durante o regime militar. Para essa reflexão, leva-se em conta que crimes políticos somente seriam os que comprometessem as ordens política e social e a segurança nacional, na qual não se enquadrariam homicídios, desaparecimentos forçados ou qualquer tipo de lesão corporal aplicados aos rebeldes.

Assim sendo, foi solicitada pela OAB a punição legal dos agentes responsáveis por tais crimes contra a vida, a liberdade e integridade da pessoa humana, pois a impunibilidade desses crimes iria de encontro com os princípios do STF no que tange o respeito à dignidade humana. De mesmo modo, rogou pela revisão e alteração do artigo controverso da Lei de Anistia que seria o empecilho à aplicação de penas aos autores dos crimes de lesa-humanidade.

Direito fundamental à verdade histórica

O Direito fundamental à verdade é vinculado à dignidade da pessoa humana, ao Estado democrático de Direito e à república, ao qual cabe do Estado reconhecer acontecimentos decorridos de violências estatais ou não estatais que ferem os direitos humanos. É um direito permanente presente no princípio constitucional e derivado do direito internacional dos direitos humanos em que o tempo transcorrido não invalida as infrações sucedidas (CALIL, 2011).

Numa sociedade de transição à democracia, é primordial que o Estado se comprometa com a transmissão da verdade para que se haja tanto a reparação das vítimas, quanto a punição dos criminosos. No entanto, pela burocracia nos processos judiciais que envolvem essa busca pela verdade, desenvolveram-se outros meios de alcançá-la e difundi-la, como os projetos de Comissões da verdade e projetos não oficiais.

No caso do Brasil, a criação da Lei de Anistia e sua abrangência a crimes conexos acabaram por se tornar um obstáculo às investigações da

natureza dos crimes e à punição referente a eles. Além disso, pelos crimes de tortura e outros conexos não serem tipificados no momento do regime, não poderiam ser punidos, devido à irretroatividade da legislação.

O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Como se dá o seu funcionamento

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judiciária autônoma que existe com o único fim de assegurar a aplicação e interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CIDH,1979), surgida em maio de 1979. Não se trata de um órgão sub-jacente à Organização dos Estados Americanos, porém é composta por países membros dela, tendo assim, caráter internacional. Ademais, possui caráter recomendatório diante da Assembleia Geral da OEA com relação à melhoria dos direitos humanos no continente.

Existem dois meios de acesso de casos à CIDH, sendo a primeira pelo próprio Estado e a segunda pelo indivíduo. Na primeira situação, os Estados são autorizados a levarem os casos diretamente à Corte, sem a necessidade de uma avaliação prévia. Já na segunda, mesmo não sendo subordinada à OEA, a corte conta com seu auxílio para a análise e envio de casos, por meio da Comissão de Direitos Humanos da OEA. Estes casos estão aptos a análise pela Comissão, sempre que se esgotarem as instâncias jurídicas nacionais e/ou houver julgamento ineficiente pelas cortes nacionais. Ao ser tida como válida a violação de direitos humanos o caso, então, procederá à CIDH para que o Estado omissor seja julgado, como se viu no Caso “Gomes Lund e outros” aqui tratado.

A participação na Corte é facultativa, desde que a nação se submeta à jurisdição dela, ou seja, somente poderá participar da Corte caso seja signatária das convenções pertinentes. Sendo assim, poderá tanto julgar como ser julgada dentro do tribunal internacional. Uma vez dada a sentença, ela se torna obrigatória, definitiva e inapelável. Desse modo, o país terá um prazo para cumprí-la, caso contrário, está sujeito à sanções de natureza variada.

Da sentença estabelecida ao Caso

Foi reconhecido pela CIDH a negligência do Estado Brasileiro para com as investigações e punições dos militares envolvidos na guerrilha do Araguaia. Uma vez que diversos crimes cometidos não possuíam caráter político e violavam as diretrizes dos direitos humanos internacionais, o que exigia uma postura mais rígida do Estado brasileiro.

O Brasil, como Estado signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e também membro da CIDH, deveria acatar com as decisões por ela tomadas. Todavia, os argumentos utilizados pelo respectivo Estado são de que sua integração à Corte se deu no ano de 1998, logo, este não poderia ser julgado por crimes anteriores à esta data, ainda que se houvesse comprovada violação de direitos humanos.

O que se foi argumentado pela CIDH, então, foi que a condenação do Brasil se dava pela impunidade no que tange os desaparecimentos forçados, pois este crime tem caráter permanente, independente de sua data de ocorrência por continuar a ser praticado até que os corpos sejam encontrados. Esse crime não poderia ser abarcado pela Lei de Anistia, haja visto que o desaparecimento persiste e esta só previa o perdão dos crimes anteriores a sua promulgação. Desse modo, os crimes de desaparecimento forçado e ocultamento de corpos, poderiam ser julgados dentro dos princípios do direito penal.

A soberania do STF perante o direito internacional

Partindo-se do pressuposto de que a soberania estatal se dá pela autonomia de criação de leis pelo Estado perante à sociedade internacional (LASCALA, 2011), o STF teria total liberdade para proferir a sentença de não alteração da Lei n. 6683/79. No entanto, por ser o Estado brasileiro signatário tanto da CIDH quanto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, espera-se que sua conduta seja com relação a priorização dos direitos humanos e detrimento de sua própria constituição para que se mantivesse dentro da legalidade internacional.

Desse modo, a decisão do STF em não alterar a Lei de Anistia por achar inconstitucional, juntamente com o não acatamento do veredicto da CIDH, mostra a incompatibilidade de manutenção da soberania estatal pe-

rante o sistema internacional, dado que a Lei se faz incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos por não possuir eficiência jurídica e impedir o andamento das investigações com relação às violações de direitos humanos no período ditatorial (PIOVESAN, 2014). Além disso, se faz visível os conflitos decorrentes das divergências de pensamentos do sistema jurídico nacional e o internacional e suas respectivas jurisprudências.

Conclusões

Haja visto os ocorridos durante a guerrilha do Araguaia, o Estado brasileiro, através do julgamento da ADPF n.153, foi negligente, no que tange o compromisso com os princípios fundamentais de direito à vida, à memória e à verdade sobre as vítimas. Nesse contexto, dada a controvérsia da Lei de Anistia e a dificuldade que esta causa às investigações e punições aos crimes cometidos ao longo do regime ditatorial no Brasil, além do caráter eterno do crime de desaparecimento forçado, a sentença estabelecida pela CIDH foi de notável importância em relação à defesa dos direitos humanos.

No que tange a soberania estatal, como já foi dito anteriormente, a participação do Estado brasileiro tanto na CIDH quanto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, deveriam ser motivo para a relativização dela em promoção e defesa dos direitos humanos. Sendo assim, a alteração da Lei de Anistia, asseguraria esse compromisso e possibilitaria a condenação dos responsáveis, além das reparações materiais e imateriais das vítimas e familiares.

A partir das divergências entre os sistemas jurídicos nacional e internacional, pode-se inferir que se trata de um trade-off de se estabelecer enquanto nação independente internacionalmente ou estar de acordo perante as legislações e a comunidade internacional. Dito isso, a preferência deveria se dar com relação aos direitos humanos inquestionavelmente, seja no âmbito nacional ou no internacional.

Referências

<<http://revistaopiniaojuridica.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/30>>. Acesso em 03 de julho de 2018.

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

Acesso em: 23 de junho de 2018.

<<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n22/2178-4884-rbcpol-22-00049.pdf>>. Acesso em 29 de junho de 2018.

Aécio OLIVEIRA, CRUZ e Mariana OLIVEIRA. O arcabouço jurídico da Justiça de Transição Comparações teórico-práticas entre Brasil e Argentina. In: Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988. Initia Via, 2014. Disponível em: <[https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Meyer,%20Cattoni%20-%20Justiça%20de%20Transição%5B2014%5D%20\(2\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Meyer,%20Cattoni%20-%20Justiça%20de%20Transição%5B2014%5D%20(2).pdf)> . Acesso em 03 de abril de 2019.

BERNARDI, Bruno Boti, O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o caso da guerrilha do Araguaia: impactos no Brasil, 2017, disponível em:

CALIL, Mário Lúcio Garcez, A memória e a verdade como direitos fundamentais: a questão da transição para o Estado constitucional, 2013, disponível em:

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 27 de junho de 2018.

Disputas entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana Direitos Humanos, 2011. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2011/02/17/guerra-de-gigantes-stf-versus-cidh-lei-de-anistia/>> . Acesso em: 27 de junho de 2018.

Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Bolívia, 1979. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em: 27 de junho de 2018.

FLORIANO, Fábio Balestro. Júlia Gomes Lund e Outros vs. Brasil: Uma Análise do Cumprimento da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Face dos Princípios Internacionais da Transição Democrática. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/ipri/btd/>>

index.php/10-dissertacoes/4277-julia-gomes-lund-e-outras-vs-brasil-uma-analise-do-cumprimento-da-sentenca-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-em-face-dos-principios-internacionais-da-transicao-democratica>. Acesso em 03 de abril de 2019.

LASCALA, M.C.F., A relativização da soberania em prol dos direitos humanos, disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8780>>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

MARTINS FILHO, João Roberto. As Políticas Militares dos EUA para a América Latina (1947-1989) . In: Teoria e Pesquisa 46 v. UFSCAR, 2005. Disponível em: <<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/view/88/78>> . Acesso em 03 de abril de 2019.

OAB contesta Lei da Anistia para crimes cometidos em nome do Estado. Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98024>>. Acesso em: 24 de junho de 2018

Ordem dos Advogados do Brasil. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Justiça de transição, reformas institucionais e consolidação do Estado Democrático de Direito. In: Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988. Initia Via, 2014. Disponível em: <[https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Meyer,%20Cattoni%20-%20Justiça%20de%20Transição%5B2014%5D%20\(2\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Meyer,%20Cattoni%20-%20Justiça%20de%20Transição%5B2014%5D%20(2).pdf)> . Acesso em 03 de abril de 2019.

SABADELL & DIMOULIS, Ana Lucia e Dimitri. Anistia: A política além da justiça de verdade, 2011, disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/33665471/464-1603-1-PB.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1530623758&Signature=5iVdXRpQKRB3XRhZrQ-nhHgD%2FWVU%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDe_diretor_do_Instituto_Brasileiro_de_Est.pdf>. Acesso em 02 de julho de 2018.

Sentença do caso 11.552, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010. Disponível em:

STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. Supremo Tribunal Federal, 2010, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>>. Acesso em: 24 de junho de 2018

Supremo Tribunal Federal. Ementa e acórdão sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, Distrito Federal, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 23 de junho de 2018.

DIREITO INTERNACIONAL

TOLERÂNCIA RELIGIOSA: DE JOHN LOCKE ÀS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS

Andrea Kessler Gonçalves Volcov

Introdução

No contexto da sociedade ocidental atual, a separação entre Estado e religião é aceita e implementada em diversos países. No Brasil, por exemplo, a laicidade do Estado foi consagrada no texto da Constituição, seja pela proibição dirigida ao Estado de estabelecer cultos (art. 19, I), seja pela garantia da liberdade de crença (art. 5º, VI).

Contudo, isso não impede que casos de intolerância religiosa aconteçam cotidianamente, inclusive com atos de violência⁴⁷. Vê-se, destarte, que o debate permanece relevante, porquanto afeta a proteção dos direitos humanos.

Referido debate é relativamente recente na história ocidental. John Locke, pensador inglês do século XVII, foi um dos primeiros a refletir acerca do assunto, conforme Mondaini (2014, p. 130). Em sua “Carta acerca da tolerância”, Locke expôs os motivos pelos quais acreditava na separação entre o Estado e a Igreja, e que a tolerância religiosa deveria ser exercida pelo Estado, pelas diversas religiões entre si, e pela comunidade em geral.

47 <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-registra-uma-denuncia-de-intolerancia-religiosa-a-cada-15-horas,70002081286>. Acesso em 03 jun. 2018.

As teorizações de Locke acerca da tolerância religiosa exerceram grande influência desde então. As Declarações liberais de direitos abrigaram a garantia à liberdade religiosa em seus textos. E, recentemente, com a criação dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, esse assunto tem sido pautado como um dos mais relevantes, merecendo destaque em Declarações Internacionais.

Diante disso, importa analisar de forma pormenorizada quais eram os fundamentos da tolerância religiosa preconizada por Locke, bem como em que medida o assunto vem sendo tratado no âmbito internacional da proteção dos direitos humanos.

JOHN LOCKE: O TEÓRICO DA TOLERÂNCIA

John Locke nasceu na Inglaterra e viveu entre 1632 e 1704. Sua família era burguesa e puritana. Em 1666, tornou-se médico e conselheiro do Lorde Shaftesbury, parlamentar de orientação liberal, de quem recebeu significativa influência política. Acusado de conspiração contra Carlos II, Shaftesbury precisou se refugiar na Holanda em 1681. Locke acompanhou seu mentor político no exílio, onde permaneceu até a queda de Jaime II. (Mello, 2006, p. 83).

Locke se destacou, já em seu tempo, em virtude de seus estudos acerca da política, do direito e da filosofia. Ao lado de Hobbes e Rousseau, é apontado por Mello (2006, p. 84) como um dos principais representantes do jusnaturalismo, ou seja, da teoria dos direitos naturais. No entanto, diferentemente de Hobbes, Locke defendia que a existência do indivíduo é anterior ao surgimento da sociedade e do Estado. Assim, no estado de natureza preconizado por Locke, os indivíduos viviam num estágio pré-social e pré-político, no qual haveria perfeita liberdade e igualdade. Nesse estado, os indivíduos já eram dotados de razão e desfrutavam da vida, da liberdade e dos bens na qualidade de direitos naturais.

Ocorre que, mesmo nesse estado de natureza, Locke admitia a possibilidade de inconvenientes, tais como as violações do direito natural à vida, à liberdade e aos bens, como afirma Mello (2006, p. 86). A fim de superar esses inconvenientes, os indivíduos se uniriam e estabeleceriam entre si o contrato social, que caracteriza a passagem do estado de natureza para a sociedade política ou civil. Diferentemente de Hobbes, que enten-

dia o contrato social como um pacto de submissão dos indivíduos a uma assembleia por eles constituída, Locke preconiza o contrato social baseado no consentimento, a fim de proteger, sob o amparo da lei, os direitos naturais inalienáveis do ser humano.

Ademais, enquanto Hobbes concebia o poder como absoluto, indivisível e irresistível, Locke defendia que o poder é limitado, divisível e resistível. Mondaini (2014, p. 129) aduz que, na superação do entendimento hobbesiano, foram constituídos os primeiros passos do que hoje entendemos por “direitos humanos”. Em outras palavras, a compreensão de Locke acerca do poder possibilitou o surgimento do Estado de direito, não mais regido por um poder absoluto, mas por uma Carta de Direitos (a “Bill of Rights”, de 1689, da Inglaterra). Para Mondaini, trata-se do início da Era dos Direitos.

É justamente nesse contexto que se destaca o que Mondaini (2014, p. 130) chama de a maior contribuição de Locke para uma sociedade fundada nos ideais de civilidade: a defesa da tolerância. Inicia-se, com Locke, a compreensão de que a diferença contida na alteridade deve ser respeitada e garantida, pois a recusa de tolerância para com aqueles que têm opinião diversa seria, para Locke, a origem da maioria das disputas e guerras fundamentadas na religião.

Reis (2007, p. 77) aduz que, para Locke, a liberdade é um direito de agir segundo leis que tornam possível a coexistência pacífica em sociedade; por consequência, não devem ser toleradas quaisquer crenças e instituições cujos dogmas contrariam a ordem pública ou impõem, por si só, a limitação ou restrição da liberdade alheia.

Locke, inicialmente, defendia a possibilidade de interferência do magistrado em assuntos religiosos – tal ideia pode ser encontrada nos *Tratados Sobre o Governo*, consoante informa Reis (2007, p. 28). No entanto, algumas influências – tais como a amizade com o Lorde Shaftesbury e a admissão de uma nova concepção de fé, que deveria se traduzir em boas obras – o levaram a modificar seu pensamento acerca da tolerância religiosa, culminando na elaboração da Carta acerca da Tolerância.

Reis (2007, p. 30) destaca que, na Carta acerca da Tolerância, Locke argumenta tanto pela possibilidade de liberdade de culto interno quanto de culto exterior. Desse modo, para que seja praticável a livre manifestação religiosa, não pode haver restrições ao culto impostas pelo poder público.

Disso decorre a necessidade de separação entre o poder civil e religioso, da forma como preceituado por Locke. É importante destacar que, nesse contexto, Locke admite que o consentimento é o único fundamento válido de uma jurisdição civil.

Por isso, paralelamente à sua notável contribuição para as áreas da ciência política, da filosofia e da teoria dos direitos naturais, Locke é reconhecido como “o maior teórico da tolerância”, nos dizeres de Norberto Bobbio. Para o filósofo italiano, a Carta de 1689 contribuiu de alguma forma para fazer triunfar na Europa o princípio de tolerância. (2004, p. 190).

Bobbio classificou a tolerância defendida por Locke como um “método universal de convivência civil”, e destacou a importância de suas ideias nos seguintes termos (2004, p. 191):

A ideia nela [na tolerância] expressa, generalizada da esfera religiosa à esfera política, representa um dos motivos inspirados do governo democrático e um dos traços diferenciadores do regime democrático em relação a qualquer outra forma de despotismo. Uma das definições possíveis de democracia é a que põe em particular evidência a substituição das técnicas da força pelas técnicas da persuasão como meio de resolver conflitos.

Diante disso, importa analisar de forma mais pormenorizada a Carta acerca da Tolerância, investigando as concepções de Locke acerca dos fundamentos, formas de aplicação e limites da tolerância religiosa.

A CARTA acerca da TOLERÂNCIA

Locke redigiu a Carta acerca da Tolerância em 1689 enquanto estava em seu exílio na Holanda. Diniz (2011, p. 69) informa que a publicação foi anônima e, inicialmente, direcionada ao professor holandês de teologia Phillipe von Limborch. Após sua publicação, a Carta teve bastante repercussão e foi objeto de críticas (2011, p. 69), o que levou Locke a escrever mais três Cartas acerca da Tolerância – as quais, em essência, não acrescentaram ideias relevantes à primeira Carta.

Locke inicia a Carta afirmando categoricamente que considera que a mútua tolerância entre cristãos é o “sinal principal e distintivo de uma verdadeira igreja” (1978, p. 1). Alega que ser tolerante com todos os homens, mesmo os não cristãos, constitui a essência do exercício da fé cristã. Nesse sentido, aduz que perseguir, atormentar, destruir e matar

outros homens em nome da religião é incompatível com o cristianismo (1978, p. 5):

Apenas os lembrarei que o Evangelho declara com frequência que os verdadeiros discípulos de Cristo devem esperar e sofrer perseguição; mas que a verdadeira igreja de Cristo deve perseguir e censurar a outrem, ou obrigá-lo através da força, da espada e do fogo a abraçar sua fé e doutrinas, não me recordo de ter lido isso em nenhuma parte do Novo Testamento.

Locke argumenta, quanto a isso, que a perseguição em virtude do suposto cometimento de pecados apenas seria justificável se o perseguidor dirigisse seu castigo também a seus familiares e amigos que violaram preceitos do Evangelho. Vale dizer, defende que tal perseguição ou deve ser dirigida a todos indistintamente, ou não deve ser dirigida a ninguém. Desse modo, com ironia, argumenta que se os religiosos têm zelo suficiente para perseguir pagãos a fim de convencê-los a se tornarem cristãos, quanto mais deveriam perseguir aqueles que, em seu próprio meio, cometem fornicação, fraude, malícia e outros vícios (1978, p. 1).

Quanto a isso, Locke apela para a natureza do próprio Jesus Cristo, a quem chama de Príncipe da Paz, que enviou seus discípulos com a missão de pregar o Evangelho desarmados de espada e munidos da mensagem da paz (1978, p. 2). Desse modo, se o fundador da fé agiu de forma pacífica em seu ministério, assim devem fazer os seus seguidores, o que torna incoerente a perseguição fundamentada na fé praticada por cristãos.

Quanto a essa introdução feita por Locke em sua Carta, vê-se que o filósofo utiliza argumentos retirados da Bíblia e da concepção da fé cristã para rejeitar a possibilidade de perseguição perpetrada por cristãos com suposto fundamento na fé.

Prossegue Locke arguindo que o principal fundamento para a tolerância religiosa na esfera civil é a ausência de competência do magistrado quanto ao cuidado das almas (1978, p. 3). Como alguém que professava a fé cristã, Locke entendia que Deus não delegou a homem algum a autoridade para induzir outros a aceitar sua religião. Isso se aplicaria de forma especial ao magistrado, cuja esfera de atuação se limita a questões relativas à manutenção da ordem civil, não estando dentro de seu escopo a fiscalização da fé de seus súditos. Ademais, Locke entendia que inexistia a possibilidade lógica de imposição de uma crença, que se trata de íntima

convicção que apenas pode ser elaborada voluntariamente, de modo que não é possível impor coercitivamente a fé a alguém (1978, p. 3):

o cuidado das almas não pode pertencer ao magistrado civil, porque seu poder consiste totalmente em coerção. Mas a religião verdadeira e salvadora consiste na persuasão interior do espírito, sem o que nada tem qualquer valor para Deus, pois tal é a natureza do entendimento humano, que não pode ser obrigado por nenhuma força externa. Confisque os bens dos homens, aprisione e torture seu corpo: tais castigos serão em vão, se se esperar que eles o façam mudar seus julgamentos internos acerca das coisas.

Destarte, admite a possibilidade de que o magistrado utilize argumentos para conduzir o heterodoxo à verdade da fé, proporcionando-lhe salvação (1978, p. 3). Contudo, alega que essa não é uma prerrogativa do magistrado em virtude de suas funções civis, mas sim uma possibilidade disponível a qualquer homem que detenha aquela fé. Vale dizer, o fato de o magistrado eventualmente exercer a fé cristã não concede a ele uma autoridade especial no convencimento alheio acerca da veracidade dessa fé, pois tal convencimento pode ser praticado por qualquer cristão. Por isso, Locke afirma que a fé pode ser transmitida mediante persuasão, mas nunca por meio de coerção (1978, p. 3). Acrescenta, ainda, que de nada adiantaria impor qualquer penalidade a um indivíduo que rejeitasse a fé cristã, pois a punição não seria apta a mudar o convencimento intelectual do sujeito, cumprindo apenas uma função social, ou seja, externa ao foro íntimo do indivíduo (1978, p. 3).

Desse modo, Locke conclui a primeira parte de sua argumentação afirmando que “o poder do governo civil diz respeito apenas aos bens civis dos homens, está confinado para cuidar das coisas deste mundo, e absolutamente nada tem a ver com o outro mundo” (1978, p. 3).

Locke prossegue seu raciocínio investigando a natureza da Igreja. Para ele, a igreja é uma sociedade livre e voluntária, que reúne pessoas que, por sua própria iniciativa, decidem cultivar a Deus de forma pública (1978, p. 3). Por isso, ninguém é obrigado por seu nascimento ou por herança a participar de determinada religião, mas a ela adere de forma voluntária e consciente.

Assim como qualquer sociedade formada por homens, a igreja precisa prescrever suas leis, regulamentando sua forma de funcionamento. Justamente porque a igreja é uma sociedade espontânea e livre de força coerci-

tiva, suas leis devem ser formuladas por seus próprios participantes (1978, p. 5). No contexto dessa regulamentação, Locke admite a possibilidade de imposição de sanção àqueles que, dizendo professar a fé e tomando parte daquela sociedade, não submetem seu comportamento às regras que regem o exercício da fé. No entanto, tais sanções devem se limitar a exortações, admoestações e conselhos e, somente diante da ineficácia dessas medidas, o transgressor deve ser excluído da sociedade. Ressalta, contudo, que a exclusão alcança apenas a possibilidade de pertencer àquela igreja, não podendo tolher o indivíduo de quaisquer direitos civis, muito menos ser dotada de qualquer forma de violência (1978, p. 6).

Locke acrescenta que “nenhum indivíduo deve atacar ou prejudicar de qualquer maneira a outrem nos seus bens civis porque professa outra religião ou forma de culto” (1978, p. 6). Em outras palavras, os direitos de propriedade, que eram compreendidos por Locke como direitos naturais, devem ser preservados independentemente da fé do proprietário, porque o impedimento do exercício de tais direitos não diz respeito à religião.

Da mesma forma, nenhuma igreja tem jurisdição sobre a outra, nem mesmo quando o magistrado civil pertence a alguma delas (1978, p. 7). Com visão acurada, Locke defende que “nenhuma segurança ou paz, muito menos amizade, jamais pode ser estabelecida ou preservada entre os homens, se a opinião predominante está fundada no privilégio e que a religião deve ser propagada pela força das armas” (1978, p. 8).

Nesse sentido, Locke assevera que (1978, p. 12):

Seja qual for a religião discutida, é certo, porém, que nenhuma religião pode ser útil e verdadeira se não se acredita nela como verdadeira. Será, pois, em vão que o magistrado obrigará seus súditos a pertencerem a certa igreja com o pretexto de salvar suas almas. Se eles acreditam, virão por sua livre vontade; se não acreditam, de nada lhes valerá comparecer. Por conseguinte, por maior que seja o pretexto de boa vontade e caridade, e a preocupação de salvar a alma dos homens, não podem ser forçados a se salvar. Deve-se, portanto, quando tudo tiver sido feito, deixá-los à sua própria consciência. Libertamos, assim, todos os homens de se dominarem mutuamente em assuntos religiosos.

No entanto, Locke admite a possibilidade de limitação da tolerância. Inicialmente, afirma que não devem ser toleradas quaisquer doutrinas que sejam incompatíveis com a sociedade humana, ou contrárias ao que ele

denomina de bons costumes necessários para a preservação da sociedade civil (1978, p. 20). Ressalta, contudo, que casos tais são raros, pois não concebe a possibilidade de que determina crença seja direcionada a destruir os fundamentos de uma sociedade.

Defende, também, que não devem ser tolerados aqueles que atribuem a si mesmos, com fundamento na sua religião, a prerrogativa de exercer autoridade sobre homens que não pertencem à sua comunidade eclesial. Ou, dito de outro modo, os que não admitem a tolerância em relação aos dissidentes de sua própria religião (1978, p. 20). Para Locke, tais pessoas, quando tiverem oportunidade, irão atacar as leis da comunidade, a liberdade e a propriedade dos cidadãos.

Ainda, Locke também acreditava que não deveriam ser toleradas as igrejas que se constituem de tal modo que seus membros se tornam súditos de outro príncipe (1978, p. 20), pois entende que, nesse caso, seria como se o seu próprio povo se alistasse como soldado contra seu próprio governo.

Enfim, Locke defendia que os ateus não deveriam ser tolerados (1978, p. 21). Primeiro, porque entendia que aqueles que negam a existência de Deus seriam destituídos da moralidade necessária para se submeter aos vínculos da sociedade civil. Segundo, porque compreendia a tolerância como um privilégio decorrente da própria religião, de modo que alguém que nega a existência de qualquer religião não poderia, ao mesmo tempo, reivindicar tal privilégio.

Locke concluiu sua Carta advogando pelo direito de que tudo o que é permitido na lei civil seja permitido no contexto da religião. Ou seja, defende que tais práticas cotidianas devem ser permitidas, mesmo que, uma vez inseridas num rito ou culto, adquiram um valor simbólico relacionado à crença (1978, p. 23). Da mesma forma, atos que sejam ilegais em si não podem ser praticados no contexto da religião, pois o simples fato de inseri-los no rito de um culto não é capaz de destitui-los de sua ilegalidade (1978, p. 23).

A TOLERÂNCIA RELIGIOSA NAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS

John Locke escreveu de forma relevante acerca da tolerância religiosa, e sua influência é reconhecida e ressaltada até mesmo por teóricos

contemporâneos, como Norberto Bobbio (2004, p. 190). Resta saber, destarte, em que medida a concepção de tolerância religiosa, tal como preconizada pelo filósofo inglês, foi acolhida nos textos internacionais de garantias de direitos humanos.

A Declaração de Direitos (Bill of Rights, em inglês) de 1689, apesar de seu pioneirismo, nada dispôs acerca da tolerância religiosa. Veja-se que o ano de sua assinatura coincide com o ano da publicação da Carta acerca da Tolerância de John Locke, o que demonstra que a discussão acerca da liberdade religiosa ainda era embrionária naquela sociedade.

Quase cem anos depois, em 1776, os EUA vivenciaram a promulgação de sua carta de direitos, a Declaração da Virgínia. Essa foi a primeira vez na história ocidental em que se verificou a previsão expressa da liberdade religiosa nessa espécie de documento:

XVI

Que a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; consequentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo.⁴⁸

Ainda que traga explícito o dever de caridade cristã – o que poderia indicar certa restrição à tolerância de outras crenças –, a previsão da liberdade religiosa na Declaração da Virgínia é um grande marco quanto a esse tema.

Em 1789, na França, tornou-se pública a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual também dispôs acerca da tolerância religiosa, de forma ainda mais ampla que na Declaração da Virgínia, *in verbis*:

48 Inteiro teor disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-irg%C3%A9-1776.html>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.⁴⁹

Embora a concepção de “ordem pública” possa ser considerada abstrata – o que, na aplicação da disposição, pode vir a restringir o direito garantido –, a previsão da liberdade religiosa pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão também é um grande marco na normativa a respeito do tema.

Mais de um século depois, após as tragédias das guerras mundiais, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Referido documento, de indiscutível importância no cenário internacional, trouxe garantias expressas acerca da tolerância religiosa:

Artigo 18

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.⁵⁰

De forma ainda mais ampla que os documentos anteriores, a Declaração Universal previu não apenas a liberdade de crença, mas também da forma de culto e de ensino religioso.

No mesmo ano de 1948, na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, foi adotada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Na mesma linha da Declaração Universal, restou expressa a garantia da liberdade religiosa:

49 Inteiro teor disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 18 jun. 2018.

50 Inteiro teor disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 18 jun. 2018.

Artigo III. Toda a pessoa tem o direito de professar livremente uma crença religiosa e de manifestá-la e praticá-la pública e particularmente.⁵¹

O século XX foi marcado, no cenário internacional, pela formação de sistemas regionais de proteção de direitos humanos. O sistema europeu foi o primeiro a ser criado, o que ocorreu em 1950, e é considerado o mais avançado em relação aos demais sistemas regionais (interamericano e o africano), conforme apontam Wermuth e Schorr (2017, p. 13). A Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 9º, dispõe a respeito da liberdade religiosa:

Artigo 9º - Liberdade de Pensamento, de Consciência e de Religião

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.⁵²

No entanto, consoante destacam Wermuth e Schorr (2017, p. 14), a liberdade certamente não é ilimitada, pois pode sofrer restrições nos casos em que já ressalvas previstas em lei, com o objetivo de proteger a sociedade democrática, nas hipóteses em que o exercício da religião pode trazer

51 Inteiro teor disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 12 jun. 2018.

52 Inteiro teor disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 12 jun. 2018.

riscos à segurança, ordem, saúde, moral ou causar violações a direitos e liberdades de outro indivíduo, conforme já decidiu a Corte Europeia de Direitos Humanos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por sua vez, também traz a tutela da liberdade religiosa em suas normativas, enquadrando-a na categoria de direitos humanos. Em 1969 foi assinada a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que dispôs de forma pormenorizada acerca da liberdade religiosa:

Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.⁵³

Destaca-se que o Estado brasileiro aderiu ao Pacto de São José da Costa Rica em 1992, e promulgou referido documento no ordenamento jurídico interno por meio Decreto nº 678/1992.

Além da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, o sistema interamericano também dispõe do Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos, elaborado em 1966 (ao qual o Estado brasileiro aderiu em 1992, por meio

53 Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 12 jun. 2018.

do Decreto nº 592), no qual a tolerância religiosa também mereceu especial destaque:

ARTIGO 18

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.
2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.
3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.⁵⁴

Por fim, é de se destacar o documento mais emblemático quanto à proteção da tolerância religiosa no âmbito internacional, que é a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 25 de novembro de 1981 (Resolução 36/55)⁵⁵.

Já nos “considerandos” da Declaração, destaca-se a dignidade e igualdade como princípios fundamentais da Carta das Nações Unidas, e a ne-

54 Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 16 jun. 2018.

55 Inteiro teor disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecElimFormIntDisc.html>. Acesso em 18 jun. 2018.

cessidade de que todos os Estados membros tomem as medidas necessárias para garantir o respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais sem distinção. Destaca, também, que a Declaração Universal de Direitos Humanos proclama a liberdade religiosa e de consciência, e que a violação a tal liberdade implica ódio entre os povos e as nações. Ademais, aduz que a religião ou as convicções constituem elementos fundamentais da concepção de vida daqueles que a professam, de modo que devem ser integralmente respeitadas e garantidas. Prossegue a introdução da Declaração no sentido da importância de garantir que a religião não seja usada para fins incompatíveis com a Carta, mas seja direcionada a realizar os objetivos da paz mundial, justiça social e amizade entre os povos.

Ao longo de seus oito artigos, a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções discorre de forma extensiva acerca da liberdade religiosa. Começa declarando que “toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião”, destacando que esse direito inclui não apenas ter uma religião a sua escolha, mas também a liberdade de manifestar sua crença em público ou em privado, mediante o culto, a observância e o ensino. Excepciona, apenas, as restrições que estejam previstas na própria lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou moral pública, bem como os direitos e liberdades dos demais indivíduos.

Em seu segundo artigo, a Declaração estabelece que “ninguém será objeto de discriminação por motivos de religião por parte de nenhum Estado, instituição, grupo de pessoas ou particulares”. No artigo 3º, esclarece que a discriminação por motivo de religião constitui uma ofensa à dignidade humana, implicando um obstáculo para as relações pacíficas entre as nações.

No artigo 4º, a Declaração determina que todos os Estados devem adotar medidas eficazes para prevenir e eliminar a discriminação por motivos de religião ou convicções, promulgando ou derogando leis para o fim de proibir toda a discriminação desse tipo.

Já o artigo 5º trata da liberdade religiosa no âmbito familiar, pois garante aos pais ou tutores o direito de organizar sua vida familiar conforme sua religião, educando moralmente seus filhos conforme suas crenças. Da mesma forma, determina que toda criança tem direito a ter acesso à edu-

cação em matéria de religião conforme seus desejos, sendo proibido impor uma instrução religiosa que seja contrária à convicção ou desejo de seus pais ou tutores. Estabelece que a criança também está protegida de qualquer discriminação por motivo de religião, e que deverá ser educada num espírito de compreensão, tolerância e amizade entre os povos, aprendendo a respeitar a liberdade religiosa dos demais. Ressalta, no entanto, que a prática da religião não pode prejudicar a saúde física ou mental da criança, bem como seu desenvolvimento integral.

O artigo 6º discorre acerca das possibilidades de exercício da liberdade de pensamento, consciência e religião, que poderá ser manifestada por meio de cultos, instituição de beneficência ou humanitária, confecção de artigos necessários para a prática de ritos, escrita e publicação pertinentes à crença, o ensino religioso, a solicitação de contribuições financeiras voluntárias, a capacitação e eleição de dirigentes, a observância de dias de descanso e comemoração de festividades, e a comunicação com indivíduos e comunidades sobre questões de religião em âmbito nacional ou internacional.

O art. 7º determina que os direitos e liberdades enunciados na Declaração deverão ser concedidos na legislação nacional de tal modo que todos possam desfrutar deles na prática. E, por fim, o artigo 8º preceitua que as disposições da Declaração não poderão ser entendidas de forma que restrinjam ou derroguem algum dos direitos definidos na Declaração Universal de Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

Portanto, é possível concluir que, hodiernamente, a liberdade religiosa é amplamente garantida no âmbito internacional, estando abrigada tanto pelo sistema onusiano, quanto em cada um dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

John Locke foi um dos pioneiros na teorização acerca da tolerância religiosa. Em seu tempo, a possibilidade de tolerar a profissão de diferentes crenças ainda era de difícil aceitação, especialmente em virtude do contexto político da época, em que era comum a total simbiose entre igreja e Estado. Contudo, como se depreende de sua Carta Acerca da Tolerância,

Locke defendia justamente que a separação entre igreja e Estado é uma premissa necessária para que seja possível tolerar diferentes religiões numa mesma sociedade. Sua Carta foi amplamente divulgada, debatida e criticada. No entanto, mais de quatrocentos anos depois, suas ideias estão bastante sedimentadas na sociedade ocidental, porquanto a grande maioria dos Estados se autodeclaram laicos e garantem a liberdade religiosa em seus territórios.

Prova disso é a larga recepção da tolerância religiosa nas Declarações Internacionais. Desde as Declarações Liberais de direitos até os textos atuais, a garantia da liberdade de pensamento e de religião está abrigada de modo expresso. Tanto é assim que foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 25 de novembro de 1981, a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, um documento de inestimável importância na proteção internacional da liberdade religiosa. Ao longo de oito artigos, a tolerância religiosa é elevada ao *status* de direitos humanos, tornando imperiosa sua observância pelos Estados membros como um passo necessário para atingir a paz entre as nações.

Portanto, embora há poucos séculos a tolerância religiosa fosse um instituto questionável, hodiernamente não faltam instrumentos normativos aptos a ampará-la. Resta saber, contudo, em que medida tais instrumentos são efetivos, e em que grau os Estados garantem sua tutela em âmbito interno, possibilitando, na prática, a tolerância entre os mais diversos grupos religiosos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DINIZ, Marcio Victor de Sena. **O conceito de tolerância em John Locke**: a tolerância universal e os seus limites. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal da Paraíba. Joao Pessoa. 2011.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

- MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. WEFFORT, Franciso C. (org.). **Os clássicos da política, 1.** São Paulo: Ática, 2006.
- MONDAINI, Marco. Revolução Inglesa. In: PINSKY, Carla Bassanezi e PINSKY, Jaime (orgs.). **História da Cidadania.** 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2014
- REIS, Daniela Amaral dos. **A tolerância em John Locke e os Limites do Poder Civil.** Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2007.
- WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. SCHORR, Janaína Soares. Liberdade Religiosa e Sistemas Regionais de Direitos Humanos: uma análise a partir de casos julgados pelo Tribunal Europeu e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Direitos Sociais e Políticas Públicas,** São Paulo, v.5, n.2, 2017. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index>. Acesso em: 12 jun. 2018.

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A CONVENÇÃO DE AARHUS E A ORDEM JURÍDICA INTERNA

Arthur Prudente Campos Souza Veras
Edeilson Ribeiro Bona

INTRODUÇÃO

Não é de hoje a crescente importância dada à proteção do meio ambiente. Em determinado momento, passou-se a entender que a conservação e a preservação da natureza se revelam como condição essencial para a fruição da vida em no planeta.

Com o avanço da tecnologia e da pesquisa, compreendeu-se que muitas das condições desfavoráveis que o indivíduo hoje se encontra em relação à natureza são consequências das próprias ações humanas.

Então, a partir da década de 70 se torna mais evidente o despertar internacional para as questões ambientais. Isto porque, partindo de uma análise global do problema, viu-se que tais ações humanas buscando o desenvolvimento industrial são reflexos de anseios dos próprios Estados buscando seu desenvolvimento econômico.

Neste âmbito internacional, a afirmação com a preocupação do meio ambiente pode ser vista, dentre outros, no I Protocolo Adicional de 1977

às Convenções de Genebra de 1949 e na Convenção das Nações Unidas de 1977. Igualmente, sob outra abordagem, tem-se a Convenção sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça nas Questões Ambientais de 1998.

O presente artigo se dedica ao estudo do instituto da cooperação internacional para a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável.

Busca-se analisar a proteção do meio ambiente natural no campo internacional, por meio de tratados que envolvam o tema, e o nosso ordenamento jurídico pátrio, bem como a evolução motivada pela clara influência que as normas internacionais teriam no campo interno, discorrendo-se sumariamente sobre a sociedade de informação ambiental e a democracia substancial.

Desse modo, o artigo é dividido em duas partes. Na primeira delas, analisa-se precipuamente o instituto da Cooperação Internacional Ambiental, discorrendo sobre a sua origem histórica, convenções-quadro e a incidência destas em âmbito global e regional, analisando posteriormente, os diferentes tipos de cooperação internacional e sobre o reconhecimento da desigualdade de facto entre os Estados na ordem mundial.

No segundo momento do artigo, perquire-se a cooperação internacional ambiental e a sociedade da informação ambiental, analisando as inovações trazidas pela Convenção de Aarhus, e a lógica de balanceamento e limitação dos direitos de soberania dos Estados.

Discorre-se, ainda, sobre a ideia colimada do desenvolvimento sustentável, bem como, sobre a legislação interna em relação ao instituto da cooperação internacional para a proteção do meio ambiente e o direito a informação.

FUNDAMENTOS DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL AMBIENTAL:

O instituto da cooperação internacional fundamenta-se sumariamente na operação simultânea, colaborativa, em que os Estados atuam com vistas a atingir objetivos comuns. Em matéria ambiental, preleciona Álvaro Luiz Valery Mirra (*apud* MILARÉ, 2005, p. 1035):

A cooperação internacional, em matéria ambiental, nada mais é que o reflexo vivo do reconhecimento da ‘dimensão transfronteiriça e global das atividades degradadoras exercidas no âmbito das jurisdições nacionais’, cujas sequelas podem alcançar muito além do previsto.

Observada a degradação ambiental como um problema de âmbito global, imperiosa se tornou a conjunção dos esforços estatais, primando pela redução de riscos à qualidade dos recursos naturais.

Tal atuação, se justifica pelo objetivo comum de se criar condições de estabilidade e bem-estar social, vez que o próprio meio ambiente não conhece qualquer tipo de fronteira ou limitação geográfica, ante o seu caráter de ubiquidade.

Ademais, o que se tem, é a noção de que com a globalização e o crescimento das empresas multinacionais, há cada vez mais acesso a produções e serviços, aumentando-se também cada vez mais o consumo em todo o mundo, de modo que a cooperação internacional visando a sustentabilidade, se faz cada vez mais necessária.

A cooperação internacional ambiental encontra-se baseada na Declaração de Estocolmo de 1972, especificamente nos princípios 23 e 24, que dispõe que todos os países deveriam se empenhar em cooperar na solução de questões ambientais.

A FORMATAÇÃO DA IDEIA DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEPÇÕES PRELIMINARES:

A cooperação internacional, só surge de fato no direito internacional a partir da Segunda Guerra Mundial, com a Carta das Nações Unidas, entretanto, com uma concepção ampla e de caráter genérico, em que se tratava da cooperação internacional visando a resolução de problemas internacionais de ordem econômica, social, intelectual ou humanitária.

Porém, o primeiro trato que se tem como um exemplo de documento registrando a ideia de cooperação internacional, seria a instituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, ao final da Primeira Guerra Mundial.

Igualmente, alguns precedentes importantes também foram registrados, casos envolvendo países contíguos ou não, em que se constataram

conflitos e foram reafirmados o dever de cooperação entre os Estados, como narra o ilustre e saudoso Professor Guido Fernando Silva SOARES (2001, p. 481-482).

Para o autor, os precedentes definidos em arbitragens bilaterais conduziram ao esclarecimento dos deveres de cooperação entre Estados vizinhos, em matéria de meio ambiente. Exemplifica através da sentença arbitral de 1957, em questão envolvendo o Lago Lannoux, entre França e Espanha, que concluiu existir a norma internacional de dever de os Estados ribeirinhos se consultarem, por meio de procedimentos de informações e notificações, no caso de desvio de águas doces transfronteiriças.

Igualmente, foi o caso da Fundição Trail, entre o Canadá e os EUA, cuja sentença arbitral veio reafirmar o dever de informações entre Estados vizinhos, no caso de atividades praticadas no território de um Estado que podem causar danos ao território de outro Estado. Neste caso em específico, tratava-se de danos causados no território dos EUA, por poluição atmosférica provocada por emanações tóxicas produzidas por atividade industrial realizada em território canadense (SOARES, 2001, p. 482).

Há, ainda, precedente do caso do Estreito de Corfu, que trata do primeiro caso julgado pela Corte Permanente de Justiça Internacional, e que estabeleceria a regra de necessidade de um Estado informar outros Estados, tratando-se de colocação de minas marítimas, num estreito internacional de passagem de navios mercantes, em tempo de paz e, por isso, um tema indiretamente relacionado à proteção do meio ambiente (SOARES, 2001, p. 482).

AS CONVENÇÕES-QUADRO SOBRE A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL AMBIENTAL NO CORPO DE NORMAS INTERNACIONAIS:

Em 1945, com o fim da 2^a Guerra Mundial, em virtude da emergência das modernas organizações internacionais, com a ideia de cooperação, incluiu-se na Carta das Nações Unidas, a primeira referência expressa com relação ao dever de cooperar entre os Estados (art. 1^o, 55 e 56).

Posteriormente, em 1972, com o advento da Declaração de Estocolmo, pela primeira vez foi explicitado o dever de cooperar entre os Estados na solução de questões ambientais, conforme os Princípios 23 e 24.

Em 1990, no Foro de Siena, evento este preparatório para a Rio-92, discutiu-se a prevenção internacional da poluição das águas doces compartilhadas (rios transfronteiriços e lagos internacionais), e firmou-se a obrigação dos Estados, em informar e notificar os outros Estados que também usufruem de tais recursos, visando o controle da qualidade e dos níveis de águas doces, bem como, primando pela utilização harmoniosa dos recursos naturais compartilhados.

Naquela oportunidade, assentou-se expressamente o que já se discutia desde a década de 60/70, que seria o dever de notificar e informar no que tange a questão ambiental, em que se consistia na comunicação entre os Estados, sobre qualquer dado relativo que fosse relativo ao domínio econômico ou a utilização de recursos visando tal fim, sendo que, tais notificações, não poderiam intervir na iminência de se iniciarem as atividades, mas, suficientemente cedo, a fim de permitir ao Estado interessado na empreitada, uma avaliação rigorosa sobre eventuais efeitos que possam atingir o meio ambiente.

Em 1992, continuando-se as discussões do Foro de Siena, realizou-se no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (popularmente conhecida como ECO-92), onde se firmou a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Declaração de Princípios sobre Florestas e a Agenda 21, que possuem o condão de nortear e trilhar o caminho do desenvolvimento sustentável.

Na referida declaração, restou disposto pelo Princípio 7 expressamente que, os Estados possuem o dever de cooperar para a conservação, proteção e integridade do ecossistema.

O RECONHECIMENTO DA DESIGUALDADE DE FACTO ENTRE OS ESTADOS:

A partir da década de 60, a comunidade internacional passa a reconhecer a desigualdade de facto existente entre os Estados, demonstrando até uma clara antinomia ao pensamento clássico de que todos os estados seriam absolutamente iguais e equivalentes no campo internacional.

Por meio do Princípio 7 da Declaração da Rio-92, a comunidade internacional, considerando as distintas contribuições para a degradação

ambiental global, reconheceu-se que os Estados possuiriam responsabilidades comuns, porém diferenciadas.

Igualmente, os países desenvolvidos, por meio do referido documento, reconheceram expressamente a responsabilidade que possuem na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em virtude das atuações em seu âmbito, pressões exercidas por suas sociedades por sobre o meio ambiente global, e das tecnologias e recursos financeiros que são detentores.

A consagração do referido princípio na Declaração da Rio-92, seria uma própria resposta ao Relatório Brundtland de 1987, que apontou de forma contundente para a incompatibilidade entre o desenvolvimento sustentável e os padrões de produção e consumo da sociedade hodierna, trazendo à tona a necessidade de uma reformulação na relação entre o ser humano e o meio ambiente.

O referido relatório, apontou sérios problemas ambientais, como o aquecimento global e a destruição da camada de ozônio (estudos inovadores para a época), e expressou preocupação em relação ao fato de a velocidade das mudanças estar excedendo a capacidade das disciplinas científicas e de nossas habilidades de avaliar e propor soluções.

Tal relato, nos remete a teoria da sociedade de risco de Ulrich BECK (1992, p. 19), que aduz não vivermos mais exclusivamente preocupados em transformar de forma utilitária a natureza, ou tentando livrar a humanidade dos tradicionais males e contingências, mas também temos agora de nos preocuparmos com os resultados, muitas vezes sem transparência, do desenvolvimento técnico e econômico.

Em outras palavras, a era da especulação tem hoje que ser analisada continuamente, porque se tornou arriscado confiar nela.

AS MODALIDADES DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL:

Toda a ajuda deve ser buscada e empenhada a fim de concretizar a proteção ao meio ambiente e a cooperação internacional para o meio ambiente se revela de extrema importância.

A ideia de cooperação passa a ser analisada através de seu conceito amplo e geral, que é oposta a noção de conflito se revela através do empenho conjunto dos atores envolvidos a fim de buscar o fim pretendido. De acordo com OUTHWAITE e BOTTOMORE (1996, p. 12):

Pode-se dizer que dois ou mais agentes cooperam quando se empenham num empreendimento conjunto para cujo resultado são necessárias as ações de ambos. Numa definição ampla, a cooperação é, portanto, relevante para a maior parte dos empreendimentos humanos, do jogo ao matrimônio, das transações de mercado às relações internacionais, da produção industrial à educação.

No plano internacional, a ideia de cooperação pode se dar como um pilar do direito internacional no geral.

Assim, a cooperação na modalidade *lato sensu* abrange as ações conjuntas levadas a cabo entre todos os Estados ou por certo número de Estados, com vista em um determinado fim, seja ele convencionado em nível bilateral ou multilateral, sejam aqueles decorrentes de um dever instituído por norma não escrita.

Na cooperação *lato sensu*, assume formas específicas, como alianças, blocos militares, áreas de livre comércio ou de assistência técnica internacional, dependendo da finalidade a que se propõe a cooperação internacional formulada.

Já a cooperação *latíssimo sensu* compreenderia, basicamente, um direito de abstenção por parte dos Estados, como um conjunto de normas de conduta efetiva dos mesmos e que visaria um determinado fim.

Na lição de SOARES (2001, p. 486) sobre esse ponto, compreende-se que as normas são impostas para a consecução de determinado resultado, positivo ou negativo, permanecendo, contudo, os conteúdos negativos da norma internacional como aspectos coadjuvantes de tais finalidades, à medida que assegurem um status quo pacífico, em cujo clima as condutas impositivas possam ser exigíveis.

Por fim, a cooperação *stricto sensu*, pode ser conceituada como um dever específico, estatuído em tratados ou acordos internacionais, de um Estado isoladamente, ou entre todos os Estados de toda a comunidade internacional, ou ainda de grupos de Estados, empreenderem ações em casos de emergência ou de acidentes, conforme as obrigações concertadas naqueles atos internacionais.

Ainda, a cooperação *stricto sensu* também pode ser como dever de assistência, onde, denota-se no Direito Internacional do Meio Ambiente, uma forma especial de cooperação, no sentido de, por meio de uma ação

concertada entre Estados (bilateral, multilateralmente ou pela atuação de uma organização internacional), evitar um dano previsível e certo ao meio ambiente local ou global, remediar males maiores em eventos já acontecidos, tentar repor uma situação tal qual existia anteriormente ao acidente ou emergência efetivamente ocorridos, ou ainda criar uma situação nova, substitutiva àquela existente com o dano, que possa compensar os prejuízos sofridos pelo meio ambiente (SOARES, 2001, p. 486).

Logo, tratam-se de providências reparatórias a pessoas físicas ou a empresas, governamentais ou particulares, que tenham sofrido uma perda moral ou patrimonial com o evento danoso, que se repõe por medidas diferentes das previstas no instituto da assistência.

A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL AMBIENTAL E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO AMBIENTAL

O direito a informação é um dever ordinariamente ligado à cooperação internacional ambiental, pois, para se viabilizar padrões mais elevados na qualidade de vida e a própria preservação dos recursos naturais, sejam as escolhas públicas ou privadas, a informação sobre tais há de ser plena.

Com vistas a se permear um desenvolvimento sustentável, primando-se pela informação já expressada como dever dos agentes e direito de toda a sociedade, no Foro de Siena e na Declaração da Rio-92, a cooperação internacional ambiental passou a adquirir novos contornos na contemporaneidade.

A CONVENÇÃO DE AARHUS NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA. A LÓGICA DE BALANCEAMENTO E LIMITAÇÃO DOS DIREITOS DE SOBERANIA DOS ESTADOS VISANDO A SUSTENTABILIDADE GLOBAL:

A partir da Declaração de Estocolmo em 1972, a estrutura do Direito Internacional do Meio Ambiente se emoldurou de uma forma nunca vista anteriormente, ante as recomendações que os Estados participes se comprometiam, com vistas a se atingir uma almejada sustentabilidade.

Contudo, embora existisse desde então um certo compromisso, no que tange a aplicação das normas de direito internacional nos estados,

principalmente nas questões relativas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sempre houvera uma certa resistência com base no direito de soberania de cada Estado.

Tal entrave, em virtude do próprio caráter de ubiquidade do meio ambiente, e a preocupação global com a questão de sua depreciação e a não conservação dos recursos naturais, impediria a efetivação de um desenvolvimento sustentável.

Em contrariedade a tal situação, vale lembrar das sete fontes normativas do direito na pós-modernidade, que seriam, as leis e códigos, constituição, jurisprudência interna, tratados internacionais (no caso, especialmente os de direitos humanos que possuiriam status diferenciado), jurisprudência internacional, direito supraconstitucional e a jurisprudência das cortes universais.

No caso, pelos ensinamentos de Erik JAIME (1995, p. 234), todas essas fontes normativas dialogam entre si, sem que se excluam, haja vista que, as normas de direitos humanos, as constituições, as convenções internacionais e os sistemas nacionais não se excluíam mutuamente, mas, ao contrário, dialogam entre si, devendo os julgadores coordenar essas fontes e interpretá-las.

Desse modo, até mesmo de normas *soft law*, e com a ideia do pleno diálogo das fontes normativas do direito, tem-se que em se tratando do direito internacional do meio ambiente se basearia em uma lógica de balanceamento e de limitação mútua e recíproca dos direitos de soberania dos Estados, já que a degradação dos recursos naturais, deixaria de se apresentar como uma questão sujeita a soberania de um só Estado (BRUNNÉE, 2008).

Sobre tal ponto, MAZZUOLI e AYALA (2011, p. 394) salientam que embora a literatura internacional ainda não tenha reconhecido que o conjunto de seus 26 princípios exponha normas capazes de produzir efeito imperativo (*jus cogens*) ou direto (*hard law*) sobre as ordens jurídicas nacionais, ou que tenham integrado o conjunto de normas de um direito costumeiro.

Jutta BRUNNÉE (2008, p. 232) aduz que essa circunstância, não implica diminuir sua importância ou seu valor normativo para a organização de um Direito Internacional do Meio Ambiente.

Paralelamente a ideia pontuada anteriormente sobre a possível mitigação da soberania estatal, importante trazer ao presente estudo, a ideia

explanada por BOSSELMANN (2015, p. 88-105) acerca do Estado Ambiental, que se basearia na sujeição do Estado e dos particulares ao dever de autorrestrição no livre exercício da autonomia da vontade, a uma, porque nem todas as escolhas são toleráveis e admissíveis pelo projeto de sociedade, e segundo, porque a tratativa da preservação ambiental não seria somente um dever estatal, mas também social.

No caso, cumpriria então as funções estatais obstar os excessos no exercício da livre capacidade de escolha, já que a sujeição da sociedade a determinados modelos de desenvolvimento irresponsável, representaria comportamentos de deslealdade coma proposta de um Estado comprometido com as tarefas ambientais e sociais.

Ademais, deve-se admitir então que a sobrevivência e o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas dependem de que sejam garantidos ou mantidos níveis de qualidade dos recursos naturais em geral, e atribuindo também a condição de bem difuso ao meio ambiente, que manifesta um valor independente de suas utilidades econômicas ou da satisfação de necessidades humanas imediatas.

No caso, a tarefa estatal de assegurar o bem-estar ganha dimensões mais extensas, pois os bens à que se visa a proteção, no caso, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, os recursos naturais e a plena escolha e a forma de utilização destes, estariam vinculados aos interesses de titulares e beneficiários que ainda não participam da comunidade política atual (gerações vindouras).

Tal noção é difundida por WEISS (1990, p. 33-39) e D'AMATO (1990, p. 40-43) que discorrem sobre a necessidade de conservação dos recursos naturais, bem como uma redução no consumo atual e melhor distribuição de bens e produtos entre a população mundial, em uma clara atitude de justiça intrageracional e intergeracional.

Para BOSSELMANN (2015, p. 112) esta relação seria interpretada como justiça social e justiça ecológica. Logo, visando a conservação por meio da aplicação direta das normas internacionais oriundas dos tratados relacionados as questões ambientais, por uma visão ecocêntrica, a soberania dos Estados necessitaria ser relativizada, não podendo impor limitações para a visada sustentabilidade global, mas sim ao contrário, de forma que a soberania fosse utilizada na efetivação da sustentabilidade e proteção do meio ambiente, tornando-se o Estado uma espécie de curador ambiental.

Sobre a matéria, leciona Klaus BOSSELMANN (2015, p. 211):

A incorporação da sustentabilidade ecológica no conceito de soberania territorial cria um dever fundamental de proteger a integridade dos ecossistemas da Terra. Este dever existiria independentemente de obrigações decorrentes de tratados ou qualquer processo de construção de consensos em direito internacional. Existiria em virtude de ser um Estado soberano. Nenhum estado ou entidade territorial legalmente reconhecida pode reivindicar direitos soberanos sobre os recursos naturais sem aceitar o direito de usá-los de forma sustentável. O Estado é proprietário dos recursos e, ao mesmo tempo, administrador ou curador do meio ambiente.

Igualmente, importante salientar que, o direito à um meio ambiente natural ecologicamente equilibrado é elevado ao grau de direito humano fundamental de terceira geração, e no entender de Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE (2002, p. 688), os tratados relativos ao meio ambiente, que por lógica própria, tratam de direitos humanos, por encarnarem valores supranacionais e interesses que transcendem o Estado, não haveriam de se sujeitar às reservas típicas de um sistema contratualista, sinalagmático e estribado na reciprocidade de interesses.

Sendo assim, a sustentabilidade ecológica seria o único fundamento que poderia inverter a situação atual, e para que tal situação perpassasse, necessária seria a relativização da soberania dos Estados, ou a efetivação de uma curadoria ambiental por parte destes, de modo que os Estados possuam o entendimento de que o papel de curador, envolve uma obrigação fundamental de proteger o meio ambiente para o seu próprio bem.

O DENOMINADO TRIPÉ DE AARHUS E A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL AMBIENTAL:

Em 25 de junho de 1998 na cidade de Aarhus na Noruega, foi assinada a conhecida Convenção de Aarhus, que trata sobre a acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisões e acesso à justiça em matéria ambiental. É a apresentação de MAZZUOLI e AYALA (2011, p. 302) para a Convenção:

Tida como o projeto mais ambicioso em matéria de democracia ambiental já realizado pela ONU – reconhece desde o seu preâmbulo a necessidade de proteger, preservar e melhorar o estado do ambiente e de assegurar um desenvolvimento sustentável e respeitador do ambiente, e que a proteção adequada do ambiente é essencial para o bem-estar dos indivíduos e a satisfação dos direitos fundamentais, incluindo o próprio direito à vida. Reconhece ainda que todos os indivíduos têm o direito de viver num ambiente propício à sua saúde e bem-estar, e o dever, quer individualmente, quer em associação com outros indivíduos, de proteger e melhorar o ambiente em benefício das gerações presentes e futuras.

Da leitura de suas normativas, vê-se que a Convenção de Aarhus é um importante instrumento para a democracia ambiental e, regularmente, da própria cooperação internacional em matéria de meio ambiente, haja vista a singular abordagem que se propõe neste tema.

Com o escopo de contribuir para a proteção do direito fundamental humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, das gerações presentes e futuras, para que vivam em um ambiente propício ao desenvolvimento sadio, cada Estado que assina a Convenção deve garantir o direito de acesso à informação, bem como a participação de todos no processo de tomada de decisões das questões que envolvam o meio ambiente e, ainda, o acesso à justiça em tal domínio.

Tais direitos à serem garantidos, são denominados como Tripé de Aarhus, e se encontram baseados na ideia de constituírem pressupostos indispensáveis para o desenvolvimento de um novo ambiente cultural global, no caso, a constituição de uma sociedade da informação ambiental.

A garantia do acesso à informação, a participação no processo de tomada de decisões e o acesso à justiça no domínio do ambiente, contribuem para a sensibilização da própria sociedade para as questões ambientais, permitindo que o público manifeste suas preocupações às autoridades sobre tais pontos.

Mais uma vez preciso o entendimento de MAZZUOLI e AYALA (2011, p. 305), no sentido de que, ao abrir aos cidadãos o acesso à informação mantida por autoridades públicas, a Convenção de Aarhus deu um passo importante em termos de superação da democracia formal pela democracia substancial, ante a obrigatoriedade de participação do público

desde o início de um procedimento, quando todas as opções e soluções ainda estão disponíveis para tomadas de decisões.

Com relação ao contraponto sobre a democracia formal e a democracia substancial, GOMES e MAZZUOLI (2010. p. 12) conceituam da seguinte forma:

No Estado Constitucional e Humanista de Direito nem tudo o que a maioria decide (democracia formal) é democrático (do ponto de vista substancial), porque o democrático (substancialmente falando) só pode ser o que tutela de forma efetiva os direitos (humanos) fundamentais (ou o que evita os desvios desses direitos). Nem todas as decisões das maiorias parlamentares são democráticas.

Desse modo, com a possibilidade de uma ampla participação da sociedade na tomada de decisões, sem que sejam representados, podendo influenciar de acordo com suas vontades e necessidades, denota-se a efetivação de uma democracia substancial.

O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A CONVENÇÃO DE AARHUS: O DEVER DE COOPERAR E A OBRIGAÇÃO DE INFORMAR NA LEI Nº. 9.605, DE 1998:

A Lei nº. 9.605/98, ainda que de forma involuntária, integra-se com perfeição no contexto de uma cultura global influenciada por uma sociedade da informação ambiental, inaugurada naquele mesmo ano, com a adoção no âmbito das Nações Unidas, da Convenção de Aarhus (MAZZUOLI; AYALA, 2011, p. 298).

Os artigos 77 e 78 da Lei nº. 9.605/98, dispõe acerca da obrigação do Estado brasileiro em cooperar (não somente em matéria penal), bem como, a obrigação de prestar informações a outros estados, já que o Brasil é parte dos principais tratados em matéria de proteção ao meio ambiente.

Art. 77. Resguardados a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, o Governo brasileiro prestará, no que concerne ao meio ambiente, a necessária cooperação a outro país, sem qualquer ônus, quando solicitado [...] (BRASIL, 1998)

Assim, como se vê, o Brasil se obriga por meio de lei, a cooperar internacionalmente visando a proteção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Outrossim, convém destacar que tal ideia possuiria como base a influência das ações políticas no direito brasileiro, a partir de sua arquitetura constitucional, com fundamento em um dever geral de solidariedade para com a humanidade, bem como, o objetivo de compromisso com as gerações futuras, conforme expresso pelos artigos 3º e seus incisos, artigo 4º, incisos II, III e IX, e artigo 225, caput da Constituição Federal.

Em razão deste dever para com a humanidade, o Estado brasileiro se compromete a cooperação internacionalmente nas questões em matéria ambiental, e diante disto, nos termos do art. 78, deve ser mantido um sistema de comunicações apto a facilitar o intercâmbio rápido e seguro de informações com órgãos de outros países.

Art. 78. Para a consecução dos fins visados nesta Lei e especialmente para a reciprocidade da cooperação internacional, deve ser mantido sistema de comunicações apto a facilitar o intercâmbio rápido e seguro de informações com órgãos de outros países. (BRASIL, 1998)

Com a aplicação do Princípio da Cooperação Internacional para a proteção do meio ambiente, sendo até mesmo expressa na legislação interna, pode-se concluir que as normas internacionais interferem diretamente na evolução legislativa de um Estado, denotando-se então a incidência do chamado diálogo das fontes normativas, de Erik Jayme.

Pois, em uma ordem jurídica baseada em relações de poder, o valor normativo e a influência das normas não mais dependem da consideração de relações jurídicas de hierarquia, já que, o que se presencia é uma conjugação cada vez maior das normas que dialogam e que não dependem de um status hierárquico em um determinado sistema (MAZZUOLI; AYALA, 2011, p. 320).

No contexto da Convenção, imperioso salientar que, ainda que adotado hodiernamente no contexto da União Europeia, a Convenção de Aarhus é aberta a participação de outros Países que possuam interesse na normativa, conforme preleciona o art. 19, §3º da referida Convenção.

No âmbito do Mercosul, destaca-se, ainda, que no ano de 2001, ao mesmo passo que no âmbito das Nações Unidas se firmava a Convenção de Aarhus, os países do Mercosul celebraram o Acordo-quadro sobre o Meio Ambiente, que ressaltava a necessidade de cooperação para a proteção do meio ambiente e para a utilização sustentável dos recursos naturais, com vistas a alcançar a melhoria da qualidade de vida e o desenvolvimento econômico, social e a própria sustentabilidade.

De acordo com CACAIS (2009, p. 245), sua finalidade clara, seria a de que os estados signatários desenvolvessem políticas ambientais sustentáveis, bem como o tratamento prioritário dos problemas ambientais, com uma proposta de desenvolvimento sustentável, trazendo ainda dois princípios inovadores do direito internacional: o da participação, chamando a sociedade a se empenhar nos conflitos ambientais, e o do poluidor-pagador que prevê a internalização das externalidades negativas, no caso, os custos relativos à segurança ambiental.

Logo, não somente pelo âmbito global a cooperação internacional ambiental, mas também em nível regional a ideia é fortalecida mediante o presente documento aprovado e promulgado pelo Estado brasileiro.

CONCLUSÃO

Como disposto na legislação pátria sobre a cooperação internacional para a proteção do meio ambiente, tem-se que o Estado brasileiro deve cooperar com os países solicitantes de forma gratuita e levando em consideração a reciprocidade.

Uma cultura global de informação e de cooperação em matéria ambiental teriam condições de assegurar a diminuição dos déficits de informação mediante sua produção e integração em processos públicos e coletivos, nos quais se procuram fixar conhecimento e informação pela colaboração da sociedade, que de forma solidária, e com fundamento no princípio da precaução, envolveriam toda a sociedade na defesa e proteção dos bens ambientais.

A presente investigação conclui pela completa consonância da legislação pátria com os principais tratados internacionais acerca da temática ambiental, demonstrando a evolução legislativa interna decorrente da clara influência que as normativas internacionais possuem, e que, por sua

vez, favorecem a formação e a consolidação de uma cultura global de precaução e cooperação em matéria ambiental.

Ademais, no campo da cooperação internacional, revela-se primordial a aplicação do denominado Tripé de Aarhus, baseado na informação, participação pública na tomada de decisões e o pleno acesso à justiça ambiental, pois, uma cultura global de informação e de cooperação ambiental é essencial para a conservação e melhor utilização dos recursos naturais, favorecendo as presentes e futuras gerações.

Assim, vê-se que no âmbito brasileiro a cooperação em si poderia se revelar importantíssima na forma de se encarar os problemas decorrentes da degradação ambiental, sobretudo porque alinhado à forma com que outros países já vêm tratando. Não apenas as boas práticas em matéria ambiental, mas o intercâmbio de informação no geral apenas agrega conhecimento aos atores internacionais envolvidos.

Por isso, uma cultura global de informação e de cooperação ambiental é para lá de significativa à conservação e melhor utilização dos recursos naturais, favorecendo as presentes e futuras gerações, de modo que, o colimado fim do desenvolvimento sustentável possa ser atingido.

REFERÊNCIAS:

- BECK, Ulrich. **The risk society**. Towards a new modernity. Londres: Sage, 1992.
- BOSELNANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Trad. de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Brasília-DF, 12 de fevereiro de 1998.
- BRUNNÉE, Jutta. “The Stockholm declaration and the structure and processes of international environmental law”. In: CHIRCOP, Aldo *et al.* (eds.). **The Future of Ocean Regime Building**: Essays in Tribute to Douglas M. Johnstons. Doordrecht: Martinus Nijhoff, 2008.

CACAIS, Rubens Capistrano. “Cooperação internacional ambiental”.
Revista de Direito Ambiental. v. 14, São Paulo: RT, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

D’AMATO, Anthony. “Do we owe a duty to future generations to preserve the global environment?” **The American Journal of International Law**, vol. 84, n.1, 1990.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade”. **Revista Themis**, ano X, n. 18, Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2010.

JAYME, Erik. “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”. **Recueil des Cours**. v. 251, 1995, pp. 9-267.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; AYALA, Patryck de Araujo. “Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus”. **Revista de direito ambiental**, v. 62, São Paulo: RT, 2011.

MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental: direito ambiental internacional e temas atuais**. São Paulo: RT, 2005.

OUTHWAITE, Willian; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento social do Século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.

WEISS, Edith Brown. “Our rights and obligations to future generations for the environment”. **The American Journal of International Law**, v. 84, n.1, 1990.

THE ABSOLUTE PROHIBITION OF TORTURE AND THE NON-REFOULEMENT PRINCIPLE IN INTERNATIONAL LAW⁵⁶

Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel

1 Introduction

Torture is the most profound violation of the dignity of a human being (SUSSMAN, 2005, p. 2). This statement expresses the graveness of committing torture and the overall repugnance for this hideous crime. Torture means the annihilation of the victim and the torturer's humanity, whether temporarily or permanently.⁵⁷ For this reason, international law system established the absolute prohibition of torture by customary law and also through treaties and other legal mechanisms. Yet these practices are still widely adopted by a great number of countries, from dictatorships to democratic states and recently justified on a “terrorism fight” basis.

From the prohibition of torture derives the non-refoulement principle; since the practice of torture is forbidden, a democratic state has a moral duty to help the eradication of it and then cannot acquiescent with

56 Este artigo foi apresentado no IV Congresso de Estudos Jurídicos Internacionais e I Seminário Internacional de Pesquisa Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –TTMMs, em Belo Horizonte/MG e originalmente publicado nos anais deste evento (Trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações: desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global, 2018, p. 35-47).

57 This is known as the Kantian's argument against torture (SUSSMAN, 2005, p. 15).

its use abroad. To send someone to face torture elsewhere would be taking part in it and democracy shall not be complicity with such abominable practice. Therefore, a democratic nation is also prohibited to compel this kind of international migration that will result in torture.

In this context, this essay will firstly outline a concept of torture, then, analyze the absolute prohibition, in order to expose the challenges that a post 9/11 world brings upon it. Subsequently, it will explain the meaning and scope of the non-refoulement principle, examine the arguments in favour of extraordinary exceptions and the objections against it. From that, it will discuss the issue of the enforceability of the provision and the widespread violations. For this purpose, the methodological procedure adopted was discourse analysis of international norms and selected case law, guided by a qualified theoretical frame.

2 The definition of torture in International Law

In order to fully comprehend the absolute prohibition of torture and other cruel, inhuman and or degrading treatment (CIDT) and also the issue of deportation to face it, we must understand the concept of torture and the difference from other ill-treatments. Yet this is not a simple task. Many authors talk about the difficulties to draw a precise definition of torture and the controversy around it (SUSSMAN, 2005, p. 1). Hope (2004, p. 815) affirms that the main source to construct a definition of torture has always been case law, although the international legal instruments are often used as a starting point.

The United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment (UNCAT) gives a definition in Article 1⁵⁸, in which torture's concept is outlined in three main elements: the

58 Article 1: For the purposes of this Convention, torture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

infliction of severe physical or mental pain or suffering; intentionality and the purpose of the practice (NOWAK, 2006, p. 817). The Convention's concerns are mainly focus on torture connected with public officials, whether is being practiced by one (action) or is being allowed to happen (omission).

The first element is related to the severity of the pain caused by one's conduct. Secondly, the person has to inflict pain intentionally, which exclude the hypothesis of torture by negligence. It is not possible to torture someone accidentally (SUSSMAN, 2005, p. 5). And lastly, the qualification of a practice as torture depends upon the existence of a specific purpose, such as the extraction of confession, obtainment of information, punishment, coercion or any kind of discrimination. The provision is not an exhaustive clause, although the existence of any purpose at all is not enough (NOWAK, 2006, p. 832).

Some countries⁵⁹ are in favour of the intensity of pain be used as the ultimate criteria to distinguish torture from CIDT, but the European Commission of Human Rights (ECHR) and the Committee against Torture (CAT) sustained in many occasions that it is the existence of a purpose that makes the distinction.⁶⁰ This means that torture has a specific purpose while other forms of ill-treatments do not; by this approach, harsh interrogation techniques used on terrorism suspects are torture,⁶¹ such as the ones used by British forces in Northern Ireland.⁶² Nonetheless, the European Court of Human Rights (ECtHR) held that the combination of the five techniques in this case was CIDT, since they “did not occasion suffering of the particular *intensity* and cruelty implied by the word torture as so understood”.⁶³

Additionally to these three elements of the Convention's concept, Nowak (2006, p. 832–833) adds the powerless of the victim. Sussman (2005, p. 6) also refers to the victim's vulnerable position, complete subjection and passivity. It is only possible to have torture if the victim is

59 For example, UK and USA are in favour of this approach.

60 The ECHR took this approach in the Greek Case, 1969.

61 About this subject, see ECHR, Report of 25 January 1976, 1976.

62 See: ECtHR, Ireland v UK, 1978.

63 ECtHR, Ireland v UK, 1978.

under complete control of someone else, without any chance of resistance. Outside “a situation of detention or direct control of public officials”, it is only possible to have CIDT. This was the determining fact of the decision on *Hajrizi Dzemajl v Yugoslavia* (CAT, 2002).

Hence, in order to discuss the absolute prohibition of torture and, subsequently, the issue of deportation to face torture abroad, torture should be characterized by a *severe pain intentionally* inflicted with a specific *purpose*, in a situation of total *control* of the victim by a public authority.

3 The absolute prohibition of torture and the widespread violations

The absolute prohibition of torture and other CIDT is part of international customary law, meaning that it binds all states, regardless their ratification of treaties or conventions, and none can derogate from this obligation. The prohibition has been reinforced by several international legal instruments⁶⁴ and it has being emphasized⁶⁵ that no exceptional circumstances of any kind can be invoked by a State to justify acts of torture or CIDT. It is a non-derogable obligation, equally for both torture and others ill-treatments and states must comply with it in any territory of its jurisdiction, even in facilities abroad.

Although torture’s repulsive nature is broadly recognized and the absolute prohibition of its practice is internationally accepted, torture is still a widespread issue and it has been practiced in almost every country in the world. After the terrorist’s attacks in 9/11, torture and other CIDT have been used and justified under the cover of the “war against terror”. The “ticking bomb” scenario is draw to justify the choice of saving innocent lives when conflicted with the awful practice of torturing a suspected terrorist, in order to get information that could prevent the attack.

There are many issues on this hypothesis. Firstly, in a practical view, there is no certainty that the suspect actually have the information wanted,

64 See: Article 5 of Universal Declaration of Human Rights (UDHR); Article 7 of International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR); Article 2(2) and Article 16 of UN Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment; Article 3 of European Convention on Human Rights (ECHR), among others.

65 See: CAT, General Comment 2, 2007.

which means that an innocent person could be tortured or at least that no benefit would result from the practice (SUSSMAN, 2005, p. 17). Even if there is sufficiently strong evidence that the prisoner holds the information, torture has been proved an inefficient and unreliable mechanism to gather information.⁶⁶

Further, an attempt to override the absolute prohibition of torture, even if only in extreme exceptional circumstances, brings a real risk of dissemination of the practice. Just like an opened Pandora's box, if some levels of torture are allowed, its use is easily abused because it is hard to control and supervise it and then, suddenly, it becomes a routinized practice. And how can democratic states oppose to torture being practiced by tyrannies if they also allow it? What then would be the difference between democrats and terrorists if they share the same cruel methods?

The “dilemma of dirty hands” described by Michael Walzer (1973, p. 160), as “a situation where [a man] must choose between two courses of action both of which it would be wrong for him to undertake”, suggest that we should choose the lesser of two evils. But it also raises the question of whether the means justify the ends. Can anything be done, even a violation of individuals dignity and integrity, in order to uncover the truth? How far can democracy go and disrespect its own values without being self-destroyed? “What kind of victory it would be if terrorism were defeated at the cost of sacrificing our democratic values?”⁶⁷ In *Israeli case* (Supreme Court of Israel, 1999), the court stated that “this is the destiny of democracy, as not all means are acceptable to it, and not all practices employed by its enemies are open before it [...]”.

Furthermore, Levinson (2006, p. 23) discusses the issue of accountability of torturers. States are not willing to prosecute their agents that practiced torture on the pursuit of a public interest and this fact can only encourage more violations of the prohibition and result in a major issue of enforceability of the provision. Dershowitz (2006, p. 257) argues that as long as torture stays covered, torturers will not be held into account

66 This is known as the utilitarian objection to torture.

67 Supreme Court of Canada, *Suresh v Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), 2002.

for these actions. In practice, torture is used on suspects of terrorism by democratic countries, thus, it is better to legalize it to determine its limits and hold responsibility in case of abuse. In this regard, he raises the possibility of a torture warrant, meaning that judges would authorize torture, in cases of substantial necessity, previously to its practice. For him, since democratic nations implement torture in extreme circumstances, it has to be subjected to the rule of law.

However, a reasonable objection to this argument is that this approach would actually mean the legitimization of torture, a practice that democratic countries should seek to eradicate. And the legitimization of it does not necessary mean that it would be easier to hold abuse into account; since it is hard to control torture into strict levels and conditions, excessive use of it could easily occur and not be punished.

4 International migration and the principle of non-refoulement

The principle of non-refoulement is stipulated in article 3⁶⁸ of the Convention and is also a customary law provision. It is an inevitable corollary of the absolute prohibition of torture: states are prohibited from practicing torture by its own authorities, as well as from sending persons to states where there is a real risk of them being tortured.⁶⁹

From the concept of torture drawn by the Convention (article 1), it is clear that the prohibition to deport someone to face torture elsewhere only applies to torture carried out by public officials, whether they torture (action) or they allow it to happen under their control (omission). As a result, torture carried out by non-state groups, such as a terrorist's forces, it is not protected by the Convention's provisions.

68 Article 3: 1. No State Party shall expel, return ("refouler") or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. 2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.

69 United Nations General Assembly (UNGA), Report on Torture, 2010.

The nature of this prohibition is absolute and no exceptions or limitations can be applied (REHMAN, 2010, p. 819), as repeatedly held by ECtHR⁷⁰; this institute is universal and should not be confused with the asylum procedure, regulated by article 33 of the Refugee Convention,⁷¹ which only applies to refugees and admits exception on national security grounds.

The provision uses the expression “substantial grounds for believing” in reference to the risk of being tortured. In order to determine if this condition has been fulfilled, an assessment of the risk has to be performed. According to the CAT⁷², this is a burden of the state; however, the author has to present an arguable case⁷³ to be checked by the state’s authorities. This means that the author has to show a strong case but it is the state that has to collect the evidences to establish if there are substantial grounds. The assessment is also performed by the Committee, independently from the state, but its result does not bind the state, it is rather a recommendation, since the Committee is only a monitoring body.

In order to make an arguable case, the author has to show that the risk of torture is personal, present and real. As a personal risk, the instability of a country and the fact that it torture is a widespread practice is not enough; it has to be shown that this specific person is under risk for particular reasons. It is also not sufficient to state that this person suffered torture in the past; it has to be shown that the same reasons for it are still present.⁷⁴

70 See: ECtHR, Saadi v Italy, 2008; ECtHR, Ireland v UK; ECtHR, Chahal and others v UK, 1996; among others.

71 Article 33: 1. No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. 2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

72 CAT, General Comment 1, 2003.

73 A strong case should show that the risk of torture is personal, present and real, with factual basis.

74 CAT, General Comment 1, 2003.

Lastly, the risk of torture has to go beyond a mere theory or possibility; it has to be proved that this person has a real risk, although it does not have to be probable.⁷⁵

Although the non-refoulement principle is absolute, some are in favour of exceptional circumstances in which the principle should not be applied. The “war against terrorism” brought challenges to the absolute prohibition of torture and other ill-treatments; likewise, it put the absolutism of prohibition of deportation to face torture in question.

It is argued that a test of reasonableness shall be made, in order to balance between the risk of torture in one hand and the threat to national security in the other. Thus, in extreme cases, it might be necessary to deport someone that represents a considerable danger to the country. This argument was used by the British government in *Chahal v UK* (ECtHR, 1996) but rejected by the ECtHR as an acceptable justification to the deport someone in risk of being torture.

Although this approach was accepted by the Supreme Court of Canada in *Suresh v Canada* case,⁷⁶ in many occasions⁷⁷, the CAT and ECtHR rejected this argument and reaffirmed the absolutism of the prohibition. In *Saadi v Italy* (2008) the ECtHR expressly rejected the statement that only prohibition of torture is an absolute provision and this is not the case of the prohibition to deport someone to face torture elsewhere. The court declared that risk of being torture cannot be weight against national security.⁷⁸

Another limitation frequently argued to the prohibition is on a geographical basis; states attempt to circumvent the prohibition by declaring parts of their territory an international zone, such as airports, from which they could deport someone without any concerns to the risk of being torture. The same approach is used to argue that the principle of non-refoulement does not apply on countries’ facilities located outside their national territory.

75 CAT, General Comment 1, 2003.

76 Supreme Court of Canada, *Suresh v Canada*, 2002.

77 See: DERSHOWITZ, 2006.

78 ECtHR, *Saadi v Italy*, 2008.

The Committee already declared that the prohibition applies in any territory under the state's jurisdiction, meaning that it 'should be respected not only on their territories but on any territory of their jurisdiction and under any person they are exercising effective control over.'⁷⁹ The ECtHR⁸⁰ also asserted that these zones classified as international do not have an extra-territorial character, thus, do not represent an exception to non-refoulement.

Lastly, another mechanism has been used as a get out clause of the non-refoulement provision: assurances of non-torture by the foreign government, in order to authorize the deportation without, in theory, violate the prohibition. It has to be mention that diplomatic assurances do not have a legal status, which means that they do not bind and no sanctions are applicable in case of violation. Consequently, Nowak asseverates that they are "unlikely to be complied [especially] by states with a well-known reputation of practicing torture".⁸¹

Nonetheless, the international human rights bodies⁸² seem to accept the use of diplomatic assurances but not necessarily as a sufficient measure, since "they do not absolve the State from its obligation to assess the risk [of torture] in the circumstances of the case".⁸³ Thus, if these assurances are not sufficient, in a particular case, to ensure protection against the risk of being tortured, deportation would mean a breach of Article 3 of UNCAT.

The Committee asseverated that a state should only relied upon diplomatic assurances from "states which do not systematically violate UNCAT's provisions" and recommended an "effective post-return monitoring arrangements"⁸⁴. In *Alzery v Sweden* (Human Rights Committee, 2006), the Committee observed that such arrangements were not made, as a result, the assurances were not a sufficient mechanism to

79 UNGA, Report on Torture, 2010, p. 66.

80 ECtHR, *Amuur v France*, 1996.

81 UNGA, Report on Torture, 2010, p. 67.

82 Reference to the Committee against torture (CAT), the Human Rights Committee (HRC) and the European Court of Human Rights (ECtHR)

83 UNGA, Report on Torture, 2010, p. 66.

84 ECtHR, *Othman (Abu Qatada) v UK*, 2012, p. 141.

support the author's removal, his deportation thus amount as a violation of the Convention.

This is what happens in most of cases: after deportation, states no longer monitor if the written assurances are being followed and the person can easily be submitted to torture. This mechanism is then ineffective to truly protect against torture⁸⁵ and is often used as a justification to support deportation to face torture. This is what the CAT observed in the *Agiza v Sweden* case (2003); the complainant was deported to Egypt and, although diplomatic guarantees were issued, he was tortured after being deported. The Committee position was that the Swedish government violated the Convention when deported the applicant because it was well known the large use of torture in detainees by Egypt for security or political reasons.

Human Rights Watch also criticized the use of these assurances, as they are incompatible with the nature of torture to be well hidden and kept in secret, which can make impossible to be detected even if the state attempts to monitor it⁸⁶. In *Othman v UK* (2012), the ECtHR outlined many criteria to evaluate the quality of the assurances made and to determine the weight that should be given to them in a particular case.⁸⁷ Based on that, it held that the assurances given in this case were superior in details and formality that any assurances already examined by the Court and that the applicant's deportation would not violate Article 3 of the Convention.⁸⁸

Overall, there are three main arguments used to limit or except the absolute prohibition to deport someone to face torture elsewhere: test of proportionality (balance between national security and the risk of torture); geographical limitation and issue of diplomatic assurances by a foreign government. In spite of substantial objections against all of them and the recommendations of international human right bodies, they are largely applied, especially because of the difficulties to enforce international human rights law.

85 Thomas Hammarberg, the Council of Europe Commissioner for Human Rights, argued that in his "viewpoint" of 27 June 2006.

86 ECtHR, *Othman (Abu Qatada) v UK*, 2012, p. 146.

87 Criteria described in ECtHR, *Othman (Abu Qatada) v UK*, 2012, p. 189.

88 ECtHR, *Othman (Abu Qatada) v UK*, 2012, p. 207.

The lack of efficiency is an issue in any kind of international human rights law because, in these matters, states can only bind themselves as much as they wish and sanctions are hard to be applied. As a result, there is a considerable issue of enforceability of the prohibition to torture or other ill-treatment and of the prohibition to deport someone to face torture. This means that, in practice, states can manage these provisions in order to protect other national interests at stake. The most powerful instrument to enforce these prohibitions without any exceptions is political pressure from other democratic nations and society in general.

Even if the prohibition of torture and other CIDT and of the non-refoulement provision are admitted without any kind of limitations, in practice, states have developed some practices to circumvent their international human rights obligations.

First, it has become common the use of extraordinary rendition of suspected terrorists (REHMAN, 2010, p. 916). Public authorities kidnap a suspect and bring him to a country where they can be submitted to torture. This is a substantial violation of the prohibition of torture and non-refoulement as well, because it actually means to do the opposite of the prohibition and deport someone to face torture abroad, in which the state actually takes an active part on.

Secondly, states developed restrictions in their immigrations procedures, in order to prevent that some individuals reach their territories, which, as a result, would prevent the application of the non-refoulement principle. Some examples of these practices are the establishment of a restrictive visa regime that denies entrance of unwanted individuals and the act of sending migrants boats back without assessing the risk of any of them being tortured. These interception measures are clear attempts to limit states' international human rights obligations⁸⁹ and should be criticized, since the prohibition remains if the state has a person under their control or jurisdiction.

4 Conclusion

From what has been shown throughout this essay, the prohibition to torture and inflict other ill-treatments and the non-refoulement

89 UNGA, Report on Torture, 2010, p. 68.

provision should remain absolute and be strictly followed by states. Even in a “war against terrorism” exceptions should not be made to any of these provisions. The practice of torture or any kind of cruelties are not adequate instruments to combat terrorism or other forms of violence, as it only increases the hatred among nations, which then lead to more terrorist attacks and more death of innocents.

Basically, it is a vicious circle of violence that can only be broken if human rights are truly respected. The “ticking bomb” scenario is used as an excuse to justify human rights violations, when, in fact, saving innocent lives and torturing suspects are not the only two available options: there are more alternatives to gather information and prevent an attack rather than practicing torture.

Democratic nations shall combat terrorism without sacrificing their values and cannot be compliance with violations of human rights by other nations, such as the practice of torture abroad, which means that deportation cannot, in any circumstances, be justified if there is a risk of being torture. This must be the corollary of democracy: the continuous development of human rights protections above all things.

Bibliography

ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan; STEINER, Henry. *International Human Rights - The Successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

CANADÁ. Supreme Court of Canada. *Suresh v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. File nº 27790, 2002. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1937/index.do>>. Acesso em: 3 set. 2017.

COUNCIL OF EUROPE. European Commission on Human Rights. *Greek Case*, 1969. Application nº 3321/67, Denmark v Greece; Application nº 3322/67, Norway v Greece; Application nº 3323/67, Sweden v Greece; Application nº 3344, Netherlands v Greece. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Denmark_Norway_Sweden_Netherlands_v_Greece_I.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

- _____. *European Convention on Human Rights*, 1950.
- _____. European Court of Human Rights. *Amuur v France*. Application n° 19776/92, 1996. Disponível em: < <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/CASE%20OF%20AMUUR%20v.%20FRANCE.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2017.
- _____. European Court of Human Rights. *Chahal and others v UK*. Application n° 22414/93, 1996. Disponível em: <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Chahal_0.pdf>. Acesso em: 7 out. 2017.
- _____. European Court of Human Rights. *Ireland v UK*. Application n° 5310/71, 1978. Disponível em: <<https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/Republic%20of%20Ireland%20v.%20United%20Kingdom.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.
- _____. European Court of Human Rights. *Othman (Abu Qatada) v UK*. Application n° 8139/09, 2012. Disponível em: < <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/CASE%20OF%20OTHMAN%20ABU%20QATADA%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.
- _____. European Court of Human Rights. *Saadi v Italy*. Application n° 37201/06, 2008. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cases,ECHR,47c6882e2.html>>. Acesso em: 28 set. 2017.
- DERSHOWITZ, Alan. Tortured Reasoning. In: LEVINSON, Sanford (ed.). *Torture: a collection* Oxford: Oxford University Press, 2006.
- EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. *Report of 25 January 1976*, 1976.
- HOPE, David. Torture. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 4, p. 807-832, out/2004.

- ISRAEL. Supreme Court of Israel. *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*. HCJ nº 5100/94, 1999.
- LEVINSON, Sanford. Contemplating Torture: an Introduction. In: LEVINSON, Sanford (ed.). *Torture: a collection* Oxford: Oxford University Press, 2006.
- NOWAK, Manfred. What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards. *Human Rights Quarterly*, v. 28, n. 4, p. 809-841, nov/2006.
- REHMAN, Javaid. *International Human Rights Law*. Harlow: Longman, 2010.
- REINO UNIDO. House of Lords. *RB and U (Algeria) v Secretary of State for the Home Department and Secretary of State for the Home Department v OO (Abu Qatada)*, 2009. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldjudgmt/jd090218/rbalge-1.htm>>. Acesso em: 15 out. 2017.
- SUSSMAN, David. What's wrong with Torture?. *Philosophy & Public Affairs*, v. 33, n. 1, p. 1-33, 2005.
- UNITED NATIONS. Committee Against Torture. *Agiza v Sweden*. Communication nº 233/2003, 2005. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cases,CAT,42ce734a2.html>>. Acesso em: 19 set. 2017.
- _____. Committee Against Torture. *General Comment 1*, 2003. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>>. Acesso em: 10 set. 2017.
- _____. Committee Against Torture. *General Comment 2*, 2007. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>>. Acesso em: 10 set. 2017.
- _____. Committee against Torture. *Hajrizi Dzemajl v Yugoslavia*. Complaint nº 161/2000, 2002. Disponível em: < <http://www.refworld.org/cases,CAT,3f264e774.html>>. Acesso em: 25 set. 2017.
- _____. Human Rights Committee. *Alzery v Sweden*. Communication nº 1416/2005, 2006. Disponível em: <<http://www.refworld.org/cases,HRC,47975afa21.html>>. Acesso em: 16 set. 2017.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1984.

_____. *International Covenant on Civil and Political Rights*, 1966.

_____. *Report of the Special Rappouter on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Manfred Nowak, 2010. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-39.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. *Universal Declaration of Human Rights*, 1948.

WATZER, Michael. Political action: the problem of dirty hands. *Philosophy and Public Affairs*, v. 2, n. 2, p. 160-180, 1973.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E DA DELINQUÊNCIA JUVENIL

Erica Brito Bakonyi

INTRODUÇÃO

O objeto dessa pesquisa remete à “Justiça Restaurativa” e à utilização de suas práticas em resposta à delinquência juvenil. Debruçar-se-á, portanto, ao estudo dos tratamentos jurídicos dedicados aos jovens infratores a fim de se analisar a viabilidade e eventual eficiência dessas enquanto complementares às oficiais.

A Justiça Restaurativa, cujo fim último é a pacificação social, propõe-se, a partir de métodos de “administração” ou “gestão” horizontal do conflito, “restaurar” eventuais danos decorrentes de crimes. Atenta à dimensão intersubjetiva do ato típico e antijurídico, preocupa-se com a reconstrução dos laços desfeitos e, portanto, com os ofendidos – mediatos ou imediatos-, com o agressor (a partir da autorresponsabilização e contribuição ativa na composição e modulação das soluções), bem como uns com os outros.

Este trabalho tem como aporte, portanto, explorar as especificidades dos métodos restaurativos enquanto alternativa complementar ao modelo de justiça tradicional.

O interesse pelo tema perfaz-se face aos elevados índices de criminalidade juvenil registrados hodiernamente, bem como à insatisfatoriedade das respostas penais atribuídas. As práticas restaurativas parecem

melhor adequar-se às necessidades de proteção integral, reeducação e ressocialização.

O percurso da pesquisa está organizado e é apresentado em três tópicos. Primeiramente haverá compreensão do conceito de jovem, progredindo-se ao de delinquência juvenil, oportunidade em que se analisarão os modelos apostos em face daqueles que agem em desconformidade com os axiomas positivados penalmente; posteriormente, debruçar-se-á sobre a definição e as características da “Justiça Restaurativa”; e, ao fim, atendendo-se às experiências pioneiras, destacar-se-ão os reflexos da utilização dos instrumentos restaurativos junto aos menores infratores.

Para encerrar o trabalho, portanto, apresentar-se-ão as considerações finais, consequentemente, com ensaios conclusivos.

DELINQUÊNCIA JUVENIL

A fim de se compreender a delinquência juvenil, faz-se primordial identificar quem são os jovens. Diversos ramos científicos dedicam-se à respectiva elucidação. Restringir-se-á à perspectiva jurídica (e, por conseguinte, cronológica).

Ab initio, associar esses termos ao de “menoridade” perfaz-se conveniente. Por assim o ser, no âmbito civil, depreende-se enquanto representação da incapacidade jurídica para o exercício de direitos. Excetuando-se os direitos incompatíveis com a idade, as crianças e os adolescentes gozam de todos os direitos atribuíveis à pessoa humana. Subsiste presunção legal de imaturidade desses para a prática de determinados atos de relevância jurídica que, para sua efetivação, demandam representação (ou assistência) formal oferecida pelos pais ou, quando inexistentes ou privados do poder parental, pelo tutor (GERSÃO, 2014, p. 15).

A maioria legal civil é alcançada, consoante diploma positivo brasileiro (artigo 5º, *caput*, do respectivo Código Civil) e português (artigo 122 do Código Civil próprio), aos 18 (dezoito) anos de idade. Nesse mesmo sentido, segundo previsão da “Convenção sobre os Direitos da Criança”, de 1989, adotada pela Assembleia Geral da ONU, compreende-se por “criança” indivíduo que ainda não atingiu dezoito anos de idade, ou outra idade descrita em legislação nacional interna que determine idade dispare para alcance da maioria (artigo 1º). Curiosamente, ressalta-

-se que a primeira previsão legal internacional dos conceitos de “jovem, criança e adolescente” sobrevém da Diretiva 94/33/CE do Conselho, de 1994, relativa à proteção dos jovens no trabalho (cujos conceitos foram subscritos no art. 3º, com balizas similares). Perante essas informações, resta evidente a atribuição de marco etário a passagem para a vida adulta. Fala-se, destarte, em capacidade jurídica plena (como regra).

Delimitado o conceito inicial, dedica-se à delinquência perpetrada por esses indivíduos. E, pela expressão última, pensam-se atos praticados em desconformidade com os preceitos penais positivados. Adentra-se à discussão acerca da “maioridade penal” e da respectiva (in)imputabilidade - que, de modo informal, indica a (in)capacidade do agente de compreender a reprovabilidade da sua conduta. No Brasil, determina-se que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, restando, portanto, sujeitos à legislação especial (art. 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; art. 27 do Código Penal; e, arts. 103 e 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90 – diploma que acresce a expressão “ato infracional” ao mencionar conduta que se adequa àquela descrita enquanto crime ou contravenção quando praticada por aqueles). Em Portugal, por sua vez, faz-se de forma dispare. O art. 19 do Código Penal determina que são inimputáveis os menores de 16 anos.

Giza-se. Tratando-se de pessoas em desenvolvimento, a reação pública deve firmar-se conforme a necessidade e de modo proporcional.

Face à breve exposição, discriminar-se-á o percurso cronológico do tratamento jurídico dedicado aos menores infratores.

EVOLUÇÃO JURÍDICA

A primeira conceituação concernente à “delinquência juvenil” desponta na Inglaterra, no ano de 1815. Elencavam-se, enquanto hipóteses correlatas à expressão, condutas não somente delitivas (de ordem jurídico penal, portanto), mas igualmente aquelas que se manifestam em contrariedade às normas morais, éticas e sociais - também referenciadas enquanto “conduta desviada” (GONÇALVES, 2015, p. 10-11).

Desta, elege-se, para delimitação temática, exclusivamente o ato infracional, formalmente compreendido como fato típico e ilícito, praticado por indivíduos que ainda não alcançaram a maioridade penal, e cujas res-

postas legais atribuíveis correspondam a medidas de natureza protetiva e educativa pela autoridade judiciária competente.

Convém salientar que a disparidade de tratamento jurídico dedicado aos inimputáveis (especificamente, na presente análise, quando em decorrência do aspecto etário), por tratarem-se de pessoas “em desenvolvimento”, perfaz-se devido à presunção de serem incapazes ou carentes de condições de compreender o caráter gravoso, bem como antijurídico, das próprias condutas perpetradas e de atuar de acordo com esse entendimento (PASCHOAL, 2015, p. 45).

A partir de análise histórica, verifica-se que três foram os estágios legislativos percorridos e dedicados ao tratamento da delinquência juvenil. São eles, nomeadamente, (a) o de “caráter penal indiferenciado”; (b) o do “modelo de proteção” ou “modelo tutelar”; e, (c) o do “modelo de justiça” (GONÇALVES, 2015, p. 12-23).

Na primeira etapa (intitulada como de “caráter penal indiferenciado”), situada no século XIX, não se estabelecia qualquer consequência penal diferenciada aos indivíduos em detrimento do aspecto etário (exceto em relação às crianças menores de sete anos, ali consideradas absolutamente incapazes para fins penais).

No “modelo de proteção”, “tutelar” ou “Welfare”, por sua vez, cuja origem remonta aos Estados Unidos da América e difundida a partir da primeira metade do século XX, em resposta às pressões sociais, propunha-se a acolher o jovem infrator ou sujeito a risco e, portanto, aquele indivíduo em “perigo de delinquir” face à inobservância de um ou de alguns dos seus direitos fundamentais, concedendo-lhes tratamento dispare face ao imposto aos adultos. Sustentava-se pelo discurso de educação, proteção e prevenção, com a oferta de serviços caritativos pela justiça, saúde pública e a assistência social – o que indicava cunho interventivo e protetivo (ROBALO, 2012, p. 218-228).

Diante de eventual conduta desviada por parte do menor, o Estado, na figura do juiz, e por intermédio de processo informal (sem garantias processuais mínimas), discricionariamente determinava a internação institucional, medida, inclusive, por vezes, de duração indeterminada. Logo, na prática, evidenciava atuação seletiva de segregação social alcançando, em sua maioria, jovens de classes socioeconômicas desfavorecidas – já que as medidas coercitivas se embasavam na perso-

nalidade e nas condições de vida e familiar dos infratores (RODRIGUES, 1997, p 359-361).

Demasiado autoritário e subjetivo, o modelo afastava-se dos princípios democráticos, especialmente os direitos à autonomia privada e familiar – inclusive, não se deve olvidar que parte da população se opunha às medidas aplicadas aos delinquentes juvenis por entenderem-nas excessivamente “benevolentes” (GONÇALVES, 2015, p. 15-16). Por intermédio de constatação empírica, verifica-se ainda a ausência de medidas protetivas com exequibilidade prática e o abuso (devido ao excesso) da adoção daquelas de internação. Ademais, prejudicadas aquelas crianças provenientes de famílias mais desfavorecidas, acabou por “criminalizar a miséria e a carência” (ROBALO, 2012 p. 227).

A instauração do Estado de Direito material, junto da organização constitucional da democracia participativa, esmorece a postura paternalista do Estado que se impõe sobre os cidadãos.

A partir da “Convenção Internacional dos Direitos da Criança”, Resolução 44/25, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 1989, por sua vez, o menor ganha protagonismo enquanto sujeito pleno de direitos. Discriminam-se seus direitos (sociais, econômicos, culturais), obrigações, reconhecem-se a situação de presumida vulnerabilidade, bem como a importância e corresponsabilidade dos pais (ou tutores) e do Estado quanto à subsistência e à proteção desses indivíduos.

Relevante destacar que, apresentando-se o respeito à “dignidade da pessoa humana” enquanto incremento do direito à educação, fixa-se a imprescindibilidade de justificativa plausível para a limitação ao direito à liberdade e à autodeterminação pessoal do jovem infrator, somente viável, portanto, quando em face da garantia de outros direitos ou interesses protegidos pelo Estado Democrático de Direito, naquela situação, preponderantes (RODRIGUES, 1997, p. 357 e 359).

Foi nesse contexto que se desenvolveu o “modelo de justiça” (ou a “terceira via”). Correspondente às teorias neoliberais, foi adotado pelos países que partiam daqueles modelos assistencialistas. Vislumbrando as crianças e os adolescentes enquanto sujeitos de direitos e deveres, a responsabilização criminal, por óbvio, decorrente do descumprimento de norma dessa natureza, desponta. Estabelece-se, portanto, procedimento legal formal, com reação pública dita proporcional e precisamente deli-

mitada no tempo. Frisa-se seu caráter marcadamente punitivo (RODRIGUES, 1997, p 371 -372).

Acrescem-se à finalidade educativa das medidas coativas estatais a percepção de responsabilidade daqueles que, embora menores, em processo de aprendizagem, detenham certa capacidade de discernimento consoante aos atos perpetrados, para, desse modo, transmitirem-se valores jurídicos caros à sociedade – condensados pelos Códigos Penais – preparando-os, assim, para o convívio comunitário (GONÇALVES, 2015, p. 18-19).

Nesse sentido, abre-se parênteses. Consoante entendimento de Rodrigues (1997, p. 355-386), faz-se interessante sobrelevar que, considerando os menores e, por sua vez, reitera-se, indivíduos ainda em processo de desenvolvimento da sua personalidade, o ato de “educar” deve ultrapassar os limites de “ensinar”. Perceba. A simples transmissão de conhecimentos é insatisfatória, sobretudo quando há entendimento de que a educação, aquela que envolve ensino e aprendizagem, refere-se a ações dialógicas, relacionais, e que, portanto, exige reciprocidade. A formação das capacidades física, psíquica, moral e intelectual, demanda cautela. Conclusão essa que se evidencia com o risco de, mediante mecanismos de controle social (como aqueles utilizados pelo sistema de justiça penal), gerar submissão, conquanto relação de domínio. A autora frisa o dever do educador de:

(...) procurar descobrir as capacidades actuais dos menores e as capacidades potenciais, que podem estar latentes ou encobertas; deve procurar conseguir que o menor se autovalorize e aprenda a reconhecer os valores dos outros. Isto não será possível sem o diálogo, sem escutar e contrariar, sem a análise do menor e do seu ambiente (RODRIGUES, 1997, p. 356).

Prossegue-se.

Em que pese os desígnios justificadores do modelo, as reações oficiais impostas aos delinquentes juvenis aproximam-se daquilo que se conhece como sanção e punição, conseqüentemente, do tratamento imposto aos adultos. Equiparam-se às respostas de natureza penal e, portanto, igualmente não concretizam escopo de proteção, educação e reinserção do indivíduo na sociedade, mas, tão somente, representando caráter retributivo. Conforme conclusão exposta por Rodrigues (1997, p. 371): “(...), este

modelo, em vez de optar por prevenção e educação, opta pelo castigo e pela sanção”; também assevera: “etiquetas diferentes para a mesma realidade, que fazem, afinal, com que o menor seja tratado como um <<adulto pequeno>> ou um <<semi-adulto>>”.

Konzen (2008, p. 181 *apud* GONÇALVES, 2015, p. 71), inclusive, nesse sentido, assevera o risco das medidas de propósitos e garantias díspares dedicadas aos menores, em relação àquelas da justiça penal, tratar-se tão somente de “jogo de palavras” onde a expressão “ato infracional”, designe, em verdade, “crime”; ou “medida socioeducativa”, “pena”; “internação”, “reclusão”; e outros vocábulos de cada uma dessas searas. Se assim o for, a marginalização desses jovens perpetuar-se-á.

Hodiernamente, a título ilustrativo, vivenciam-se experiências de certo modo híbridas onde, embora conscientes e preocupadas com as premissas relacionadas à socioeducação, restam atadas às estruturas com traços ainda punitivos e assistencialistas. Assim como no Brasil sobreveio marco com a promulgação do “Estatuto da Criança e do Adolescente” (Lei nº 8.069/90), vislumbram-se em Portugal a “Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo” (Lei nº. 147/99) e a “Lei Tutelar Educativa” (Lei n.º 166).

Face aos ensaios aqui anunciados, percebe-se a necessidade de readequação sistêmica. As medidas socioeducativas restam notoriamente insatisfatórias. A tentativa de se harmonizarem a salvaguarda dos direitos dos menores e a expectativa social em relação aos infratores é cogente. A partir dessa problemática, buscam-se eventuais respostas na “Justiça Restaurativa”. Seguem breves considerações na sequência.

JUSTIÇA RESTAURATIVA

A promoção de exposição conceitual breve acerca da “Justiça Restaurativa” demanda cautela devido à fluidez e dinamicidade inerente. Entretanto, em que pese a dificuldade e imprecisão, tecem-se algumas considerações elucidativas.

A justiça restaurativa representa um procedimento que envolve todas as partes, direta ou indiretamente afetadas (como membros da comunidade, familiares, vizinhos e outros) de um litígio de natureza criminal e que, portanto, estão conectadas, de alguma forma, a uma ofensa, a fim de dialogarem e resolverem a celeuma coletivamente, atentando-se, assim,

às consequências práticas correlatas e futuras (FERREIRA, 2006, p. 24). Explora a cooperação e um diálogo democrático participativo (que se estabelece horizontalmente, portanto).

A Resolução 2002/12, do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, que se dedica aos princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa, define:

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos. 2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles). 3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor. 4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo. 5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.

Deduz-se, ainda, de modo mais abrangente e sistemático, consoante os ensinamentos de Santos (2014, p. 304-305), que:

(...) a justiça restaurativa deve ser vista como um modo de responder ao crime (e, nessa medida, como uma pluralidade de práticas associadas a uma pluralidade de teorias agrupadas em função de uma certa unidade) que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter)subjectiva do conflito e que assume como função a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à(s) vítima(s) relacionada com auto-responsabilização do(s) agente(s), finalidades estas que só logram ser atingidas através de um procedimento de encontro, radicado na autonomia da vontade

dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modulação da solução.

Nessa perspectiva, giza-se a dimensão, recém-anunciada, associada à justiça restaurativa. Na efetivação de suas práticas, preocupam-se com a corresponsabilização da comunidade (que, além de merecer ressarcimento pelo dano experimentado, por outro lado, tem igualmente a obrigação de gerir a reintegração e a reeducação do ofensor), bem como com a vítima, praticamente relegada pelo sistema penal tradicional. Ademais, convém anunciar seu tratamento humanizado também em relação àquele que praticou o ilícito, visto que sofrerá medida reparatória que ele próprio contribuiu ativamente na formulação - e consentiu - fatos que facilitam a compreensão do sofrimento e das consequências desencadeadas pelo seu ato. Pelas palavras de Ferreira, tal justiça é “tendencialmente comunitária, menos punitiva, mais equilibrada e humana” (2006, p. 25).

Vislumbram-se aqui o destaque dos valores de justiça, equidade, respeito, dignidade e solidariedade. Outrossim, ainda que remeta à gestão e à composição de conflitos, não se trata de “mediação” (embora seja uma de suas principais práticas, como formação de “círculos” e “conferências”), “conciliação” ou “forma privada de realização de justiça”. Trata-se de “resposta penal diversificada” ou “desjudiciarização em sentido amplo” (FERREIRA, 2006, p. 24 e 28).

Colaciona-se elucidação proferida por Ferreira:

(...) A ideia restaurativa assume aqui, portanto, um sentido bastante amplo, que vai desde a restauração da paz pública e da normalização das relações sociais até à recuperação do *status quo* económico da vítima anterior à ofensa, passando pela sua reabilitação psico-afectiva. Por outro lado, o sentido da reparação que aqui vai implicado não abrange apenas o nível jurídico que lhe conhecemos, ligado à restituição, reabilitação e indemnização dos danos físicos, materiais, psicológicos e sociais da vítima, mas também uma dimensão emocional e simbólica, plena de significado e de esperança, que se pode materializar num pedido informal de desculpas por parte do agressor ou em gestos simbólicos como um aperto de mãos ou um abraço entre aquele e a vítima (2006, p. 25).

No intuito de se promover uma exposição minuciosa, destacam-se os princípios basilares do modelo ora em análise. Desse modo, de acordo com exposição de Ferreira (2016, p. 29-42), são eles (a) o voluntarismo que, portanto, afasta a imposição e a unilateralidade características do sistema tradicional de justiça e, por sua vez, demanda manifestação livre e esclarecida – dos direitos e deveres – de vontade consoante a participação e cooperação na composição da celeuma penal; (b) a consensualidade, manifesta ao longo das negociações; (c) a confidencialidade (e consequente impossibilidade de se aproveitar do material ali produzido para eventual processo judicial); (d) a complementaridade, já que não exclui o modelo “oficial” penal retributivo (igualmente necessário e, em que pese apresentarem finalidades díspares, devem conviver harmonicamente); (e) a celeridade (que, inclusive, remete ao princípio da simplicidade dos atos e das formas); (f) a economia de custos, enquanto decorrência natural de processo célere e desburocratizado; (g) a mediação, tendo em vista que a maioria dos métodos de administração e gestão da justiça restaurativa aproveitam-se de processos de negociação com terceiro intermediário (e, portanto, autocomposição de interesses e não imposição de direitos e deveres); e, (h) a disciplina, cujas regras de ordem social sejam eleitas pelos envolvidos.

Por fim, resta oportuno enfrentar a reparação do dano no âmbito da pluralidade de respostas que a Justiça Restaurativa se propõe a oferecer. Dessarte o crime, consoante perspectiva do Direito Penal, ser compreendido na qualidade de ofensa a um bem jurídico (e, portanto, determinado valor penalmente reconhecido e cuja violação culmina em dano ou perigo de dano), a intervenção restaurativa debruça-se sobre os prejuízos experimentados pelos envolvidos no conflito, compreendido aqui, reitera-se, como (inter)subjetivo. Daí importante pensar na necessidade de se reparar sujeitos considerados individualmente e na sua relação com outros (SANTOS, 2014, p. 171, 370 e 375).

Consoante explanação de Santos (2014, p. 370-371), “A um ‘dano social’ que é sobretudo pressuposto pelo conceito material de crime e que desencadeia a possibilidade de sujeição a uma sanção penal contrapõe-se um ‘dano pessoal’ que desencadeia a necessidade de uma reparação restaurativa”.

Quanto à percepção acerca da pluralidade de danos que podem nascer de um ato antijurídico, diz-se:

(...) Entre os cultores da proposta restaurativa, vai-se mais longe e apresenta-se como uma *exigência de justiça* a reparação desses danos, invocando-se que “a reparação não é meramente uma opção; a justiça *exige* que sejam feitos esforços para se lograr a reparação daqueles directamente afectados pelo crime. Para satisfazer a justiça a noção de reparar os danos tem de ir além dos danos físicos e materiais e abranger os aspectos emocionais, envolvendo tentativas de reintegração do respeito próprio das vítimas, do seu sentimento de segurança e da noção de *empowerment* do conflito, assim como do sentimento de pertença e de reintegração na comunidade do agressor” (DOOLIN, 2007, p. 432, *apud* SANTOS, 2014, p. 377).

Feitas essas considerações, resta evidente que a reparação aqui aposta não se confunde com as respostas provenientes do Direito Civil e nem tampouco do Direito Penal e Direito Processual Penal. Sobrevirá nesse âmbito, por sua vez, enquanto resposta plural e criativa face às especificidades do caso prático.

Perante o amadurecimento substancial aqui construído, permite-se realizar cotejo objetivo entre a justiça tradicional “oficial” e a restaurativa. Perceba:

aquela justiça penal é, em primeira linha, uma *resposta punitiva* ao crime encarado na sua dimensão pública; esta justiça restaurativa será, em primeira linha, uma *resposta curativa face ao dano em sentido amplo sofrido por cada pessoa envolvida no crime e uma resposta curativa da relação interpessoal* (SANTOS, 2014, p. 181).

Posto que a reação à criminalidade se preocupa com a situação de cada indivíduo envolvido no litígio de natureza penal, bem como com o aspecto relacional entre eles, com o objetivo de pacificação a partir da neutralização dos danos e da assunção de responsabilidade pelo agente, evidencia-se o carácter essencialmente comunitário, humano, menos punitivo e de alcance multidisciplinar da Justiça Restaurativa.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO CONTEXTO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL

A exposição acerca da Justiça Restaurativa esclarece a atenção que se atribui, por intermédio de suas práticas, às soluções plurais em resposta ao ato antijurídico, enfrentado sob o viés da dimensão intersubjetiva do litígio, em prol da pacificação social. Preocupada com os danos materiais, morais e emocionais das partes, bem como com o reestabelecimento de seus relacionamentos interpessoais, parece ser um instrumento capaz de minimizar as lacunas deixadas pelos modelos tradicionais dedicados aos menores infratores (consoante problemática explorada preteritamente).

Vislumbra-se, curiosamente, que a experiência restaurativa é mais facilmente assimilada e aplicada pelos países de tradição anglo-saxônica, tendo em vista não seguirem a lógica da dogmática-penal característica da Europa continental, mas, contrariamente, por apresentarem estruturas persecutórias mais flexíveis e que viabilizam eventuais negociações também na seara penal.

Os primeiros ensaios nesse modelo despontam na década de 70. Ilustrativamente, relata-se o caso “Elmira”, registrado na província de Ontário, no Canadá, em 1974 (ZEHR, 2005, p. 158-160 *apud* GONÇALVES, 2015, p. 26). Nesse, dois adolescentes, sob efeitos de entorpecentes, deterioraram mais de vinte veículos, deixando, portanto, a comunidade local estarecida. Ainda que inexistente qualquer legislação específica, decidiu-se conjuntamente pela restauração e ressarcimento dos danos de forma direta às vítimas pelos jovens. A solução, além de efetiva, foi célere.

A síntese da origem desse modelo conciliatório na Nova Zelândia também é um exemplo que merece destaque. A comunidade “maori”, população indígena local, sentindo-se excluída e não percebendo resultados positivos associados às medidas perpetradas, contestou o sistema imposto pelas agências sociais e pela justiça criminal dedicado aos jovens carentes de proteção ou com comportamento antissocial. Como traço característico de suas tradições, a família e a comunidade atuam diretamente na solução dos conflitos por acreditarem no importante impacto que representam no desenvolvimento da identidade e da autoestima, bem como no exercício de reinserção social daqueles. Diante, portanto, dessas reclamações e hábitos, o governo Neozelandês acolhe a iniciativa e promulga, em 1989, o “Chil-

dren, Young Person and Their Families Act”. Pioneiros, face às celeumas que envolvem o sistema de justiça penal juvenil, a legislação atribuía responsabilidade primária pelo poder decisório às famílias (ROBALO, 2012, p. 74-76). As reuniões familiares (“family group conferences”), atentas aos direitos dos menores, sobrelevavam valores de cura, participação e reparação. Tamanho êxito e celeridade na resolução dos litígios, em 2002, assimilaram-se as práticas restaurativas enquanto opção ao sistema de justiça criminal tradicional do país (AGUIAR, 2012, p. 29-33).

Giza-se: os primeiros ensaios restaurativos aplicaram-se à delinquência juvenil.

Em consideração às premissas já delineadas e, portanto, cientes do fenômeno biopsicossocial do processo de crescimento e desenvolvimento que o jovem está sujeito, inclusive, enquanto corolário lógico, tornando-o propenso a experimentar e a testar os limites que lhes são impostos, a resposta restaurativa aparenta melhor adequar-se às necessidades de proteção integral, de reeducação e de posterior reintegração social desses agentes infratores.

Na medida em que as soluções propostas implicam numa menor interferência na autonomia de decisão e de condução da vida daquele jovem através da autorresponsabilização (juízo de autocrítica) pelo ato lesivo, com execução de ações positivas dedicadas à correção dos danos e à compensação das vítimas, sobrevirá o empoderamento e o protagonismo do ofensor, junto da comunidade, no processo restaurativo (o que, conseqüentemente, afastá-lo-á da imagem de criminoso estigmatizado proveniente de discurso moralizante e acusador). Rejeitar a assimetria hierárquica, promovendo-se práticas democráticas e, portanto, igualitárias e horizontais, conduz ao amadurecimento da sua “inteligência emocional” (ORSINI; LARA, 2013, p. 311).

Pugna-se por pausa necessária.

Ao se retomar assertiva timidamente anunciada acerca da estigmatização e marginalização desses agressores, faz-se uma reflexão: como se exigir preocupação atrelada às conseqüências e a dor causada por condutas antijurídicas e, portanto, com a sociedade e a(s) vítima(s) imediatas, se esse jovem delinquente (provavelmente) não se sente acolhido e nem respeitado pelas mesmas?

Ora, oportunizando-se dos diálogos estabelecidos nas reuniões (mediações, círculos, conferências), tanto com a(s) vítima(s), quanto com a

coletividade (interessados mediatos), os desígnios discriminados nos preceitos normativos jurídicos e morais são mais facilmente compreendidos. Longe da abstração normativa que o modelo jurídico criminal tradicional figura ao se impor, essa aproximação torna o jovem infrator mais suscetível à interiorização desses axiomas, à não reiteração de atos similares, bem como à sujeição à solução que ele próprio contribuiu na modulação (FERREIRA, 2006, p. 30).

Ademais, a comunidade, além do direito de ser “reparada”, possui igualmente o ônus de educar, reabilitar e mitigar sentimentos negativos eventualmente presentes ou que possam despontar no ofensor. Sobreleva-se a corresponsabilidade inescusável que se estabelece entre o Estado, a família e a comunidade perante as crianças e os adolescentes⁹⁰.

Pranis, ao analisar experiências práticas restaurativas, identifica, como impulso dessas, a tentativa de cura do mal da desconexão (especialmente em face dos corriqueiros sentimentos de isolamento e de exclusão identificados). Para a autora, o medo e a dor associados à sensação de não pertencimento são a “raiz” de parte significativa da violência. A fim de ilustrar e sensibilizar, transcreve referido relato:

Um afro descendente americano mudou-se de um bairro perigoso para proteger seu filho. Fez tudo que podia para oferecer um ambiente positivo e apoiar uma adolescência saudável. E seu filho era tudo que ele esperava. E então seu filho foi atingido por uma bala perdida disparada por alguém que morava no bairro perigoso. Um entrevistador da mídia comentou que ele tinha feito tudo que podia pelo seu filho. Mas ele respondeu: “Não, não fiz. Me esqueci de uma coisa. Me esqueci de cuidar dos filhos dos outros” (PRANIS, 2010, p. 19-20).

Outro questionamento não menos importante, remete à preocupação correlata à natural vulnerabilidade dos jovens, muitas vezes, inclusive, em situação de desamparo, bem como à heterogeneidade do grupo que se reúne (seja em detrimento das disparidades nos aspectos psicossocial, seja cultural ou econômica). Entretanto, em resposta, deve-se pensar na materialização desse modelo, que se faz de forma plural e flexível (por vezes, perfaz-se necessário, por exemplo, um acordo majoritariamente assisten-

90 Defende-se, inclusive, a implantação de projetos de justiça restaurativa junto às instituições de ensino (com auxílio, por óbvio de outras organizações dedicadas às garantias e aos direitos da criança e do adolescente).

cialista). Ademais, acresce-se a prescrição impressa na Resolução 2002/12 da ONU, artigo 13, alínea “a”, que regula a participação dos menores nos círculos restaurativos exigindo a assistência dos pais ou responsáveis legais.

Por fim, consoante os ensinamentos de Ferreira, reitera-se: “Em vez de intimidar o ofensor, a Justiça Restaurativa procura encorajá-lo a aprender novas e melhores formas de actuar e de estar em sociedade; dá o seu elevado valor pedagógico e preventivo” (FERREIRA, 2006, p. 26). No intuito de se promover a qualificação do sistema socioeducativo, faz-se cogente estruturação ética, atenta aos direitos humanos, com alicerces na responsabilidade compartilhada e no aprendizado coletivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo científico propôs-se a tomar como objeto de estudo a Justiça Restaurativa enquanto modelo de práticas de possível resposta (complementar) à delinquência juvenil. Perseguiram-se os objetivos de se descreverem conceitos, mutação jurídica pertinente, bem como eventuais vantagens e/ou desvantagens face à utilização dos instrumentos daquela.

Demonstrou-se a insatisfatoriedade do modelo tradicional de administração da justiça em face dos atos infracionais quando engessado e, portanto, adstrito às premissas punitivo-tutelares na socioeducação. Questiona-se a capacidade de ressocialização dos agressores, de promoção da pacificação social e da restauração do sentimento de segurança promovida pelas intervenções que lhes são características.

Ora, apresentando-se a Justiça Restaurativa enquanto procedimento de “gestão” horizontal de celeuma, que propõe soluções mais humanistas e proporcionais a partir de diálogos entre os envolvidos (mediatos e imediatos), bem como da autorresponsabilização do menor ofensor, radiada na ideia de tolerância, parece adequar-se à heterogeneidade natural compondo e atendendo às necessidades de modo singular (pontualmente, com as especificidades de cada caso). Evidencia-se o alcance da sua função social, de caráter ressocializador.

Preocupa-se com a reconstrução de vínculos intersubjetivos. Aproxime-se mais. Preocupa-se em identificar esses sujeitos, atribuindo-se, portanto, aqui, “nome”, “história”, “dor” e “sabores”, tanto ao agressor, quanto à(s) eventual(ais) vítima(s), aos familiares (ou outros) e com isso,

talvez, também, remediar e/ou extirpar algumas das angustias de “Amália”⁹¹. Medidas restaurativas indicam possibilidades flexíveis e plurais.

Problema não exclusivamente jurídico, mas social, a delinquência juvenil demanda responsabilização e atos comissivos por parte da comunidade. Necessidades educativas, protetivas e preventivas “transbordam”. A reconstrução dos laços humanos e sociais são urgentes enquanto mecanismos de redução da criminalidade.

Convencendo-se da afinidade dessas propostas junto aos valores pedagógicos e à cultura da aprendizagem, a fim de se promover a pacificação, a convivência harmônica dos modelos oficial e restaurativo é um caminho que se trilha com otimismo.

REFERÊNCIAS

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 94/33/CE, de 1994.

Proteção dos jovens no trabalho. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31994L0033&from=PT> >, acesso em 15/05/2018.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GERSÃO, Eliana. **A criança, a família e o direito:** de onde viemos. Onde estamos. Para onde vamos?. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.

GONÇALVES, Conrado Cabral Ferraz. **A justiça restaurativa e o sistema jurídico socioeducativo brasileiro,** 2015, 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Portugal.

91 Personagem literário, juíza, que conhece e teme a despersonalização de acusados os quais, em meio a burocratização, são tratados como papéis, estatísticas e cifras. “Amália veste a sua beca e entra na sala. Todos os dias fala com pessoas que que lhes são desconhecidas, procurando vê-las e escutá-las, sempre com receio do dia em que já não as verá ou escutará verdadeiramente, na sua multiplicidade, especificidade, diversidade. Amália atrasa todos os dias chegada do dia em todos lhe parecerão iguais. Hoje ainda não é esse dia” (SANTOS, 2017, p. 16).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resolução 44/25. **Convenção Internacional dos Direitos da Criança**. Disponível em < http://www.novodiacipa.org/a/docs/2016/convencao_internacional_da_onu_dos_direitos_da_crianca.pdf >, acesso em 15/05/2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resolução 2012/02 do Conselho Econômico e Social da ONU. **Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal**. Disponível em : < http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRrestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_UNU_2002.pdf >, acesso em 15/05/2018.

ORSINI, A. G. S.; LARA, C. A. S. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. **Revista Responsabilidades (TJMG)**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 305-324, set. 2012/fev. 2013.

PRANIS, Kay. **Justiça restaurativa e processo circular nas varas de infância e juventude**, 2010. Disponível em: < http://justica21.web1119.kinghost.net/arquivos/bib_424.pdf >, acesso em 02/05/2018.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Barueri: Manole, 2015.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Souza. **Justiça restaurativa: um caminho para a humanização do direito**. Lisboa: Lisboa Editorial Juruá, 2012.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade? Em **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. DIAS, Jorge de Figueiredo (Diretor). Coimbra: Coimbra Editora, ano 7, fascículo 3o, 1997, p. 355-386.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal:** porquê, para quê e como?. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Cláudia Cruz. **Nenhuma verdade se escreve no singular.** Lisboa: Bertrand Editora, 2017.

CRISE IMIGRATÓRIA EUROPEIA: A DECLARAÇÃO UE-TURQUIA E SUAS VIOLAÇÕES AO DIREITO INTERNACIONAL

Gabriel Vendramelli Aguiar Miguel

1. INTRODUÇÃO

Ao longo de 2015 observa-se o número de refugiados em direção à Europa crescer exponencialmente. Milhares de solicitantes de refúgio atravessaram fronteiras terrestres e marítimas em busca de sobrevivência: muitos foram negados, muitos barrados e muitos morreram. Este fluxo possui três principais focos de entrada: mediterrâneo oriental, entre Turquia e Grécia; mediterrâneo central, entre Líbia e Itália; e mediterrâneo ocidental, entre Marrocos e Espanha, através do Estreito de Gibraltar. Juntamente com o maior fluxo, cresceu também o número de grandes acidentes, como os naufrágios no mar Mediterrâneo (EL PAÍS, 2015). Somente então o continente europeu passa a tomar medidas concretas para lidar com essa crise humanitária.

As origens desse enorme fluxo são diversas. É conhecido que o Oriente Médio e o norte da África são regiões que se encontram em situações instáveis, com guerras civis, perseguições religiosas e outros fatores que obrigam indivíduos a fugirem para garantir sua sobrevivência. Países como Iraque, Paquistão, Síria, Líbia, por exemplo, são nacionalidades presentes dentro dessa grande massa de imigrantes que buscam adentrar o continente europeu. Outro fator relevante que merece menção é a as-

censão do Estado Islâmico. Não respeitando fronteiras estatais, tal movimento obteve grande crescimento à época e foi um relevante catalisador desse fluxo.

Este trabalho tem como motivação analisar a legalidade da Declaração UE- Turquia. Criada com o objetivo de solucionar a crise migratória europeia a partir da rota oriental – através da fronteira marítima entre Turquia e Grécia – uma das mais utilizadas no auge da crise em 2015, chegando à média de 200 mil imigrantes por mês. Desde então, países e organizações internacionais tomaram medidas a fim de fazer com que a crise (não apenas nessa rota) fosse solucionada. Tal declaração é de extrema importância política, que resulta em uma aproximação substancial com a Turquia, e também de relevância prática, criando barreiras para a entrada de imigrantes irregulares. Seus resultados e eficiência não serão analisados, apenas suas motivações e critérios legais quanto ao Direito Internacional e Direitos Humanos, principalmente.

Assim, tendo a clareza da grandeza dessa crise, esse trabalho tem o objetivo de pontuar as medidas e posturas adotadas pelas instituições responsáveis que atuam para findá-la, focando nas atuações da União Europeia como um todo. Não serão analisados a fundo dados brutos sobre a crise (quantidade de imigrantes, número de mortes, etc.) para o mesmo ser apresentado de maneira mais ampla e dinâmica e não acabar limitado a estatísticas.

Por fim, após a análise geral da crise e das medidas para solucioná-la, será feita uma discussão acerca da Declaração UE-Turquia. Tal documento tem se mostrado ao longo de seus quase três anos de vigência, no mínimo, polêmico. Existem debates dentro de esferas políticas distintas que atestam a sua ilegalidade, como para os Direitos Humanos, Direito Europeu e para o Direito Internacional. Neste trabalho, será dado maior foco para suas violações de direitos humanos, mais especificamente ao princípio de *non-refoulement*, com o objetivo de identificar (ou não) alguma violação a ele.

2. ROTA MEDITERRÂNEO ORIENTAL

2.1 DADOS GERAIS

A rota do mediterrâneo oriental é através da fronteira marítima entre Turquia e Grécia. No primeiro semestre de 2015, apresentou um enorme

aumento do fluxo de imigrantes, principalmente sírios, chegando ao auge de 200 mil no mês de setembro do mesmo ano (EUROPEAN COMMISSION, 2019).

Atualmente, após medidas diretas e indiretas que serão apresentadas mais a frente, o número de imigrantes a atravessarem essa rota diminuiu. Como meio de comparação, no ano de 2018, foram aproximadamente 56 mil (FRONTEX, 2019, p. 17).

Nessa rota, os grupos de refugiados são compostos de diversas nacionalidades. Sendo a maioria asiática – turcos, sírios, iraquianos, iranianos, afegãos e paquistaneses – e africana – camaroneses, eritreus e sudaneses (FRONTEX, 2019, p. 16).

2.2 POSTURA DA UNIÃO EUROPEIA

Atualmente, a burocracia do processamento do indivíduo que ingressa em território europeu está a cargo de cada país. Caso entre pela rota mediterrânea oriental, através da Turquia para Grécia, os trâmites serão de responsabilidade do governo grego. Esse sistema visa fortalecer políticas fronteiriças, com o objetivo de criar barreiras contra a entrada descontrolada de pessoas. Porém, como foi observado, em momentos de crise e grande fluxo, essa estrutura faz com que os países de primeira chegada, como a Grécia e a Itália, por exemplo, fiquem sobrecarregados. A recepção de 200 mil pessoas, em média, por mês faz com que os recursos do país não sejam suficientes para administrar sustentavelmente essa situação, gerando conflitos, violência e abusos.

Atualmente, o processo de recepção dos imigrantes se dá exclusivamente nos países de chegada. Com isso em vista, está em andamento no Parlamento Europeu uma proposta de uma adaptação dessa logística. Com uma reformulação Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA), seria facilitada a realocação de recursos para auxiliar tais países assim como o desfogamento do fluxo, facilitando pacotes de reassentamento. Dentre as negociações, existem propostas de que cada requerente tenha seu caso analisado no país de destino que deseja (PARLAMENTO EUROPEU, 2017). Ou seja, um sírio com intenção de requerer asilo à Alemanha, não deveria ocupar recursos gregos para formalizar sua demanda.

De acordo com o comunicado de imprensa feito pelo Conselho Europeu em 19 de julho de 2017, a proposta tem como principais objetivos:

assegurar que os Estados-Membros aplicam critérios comuns de identificação das pessoas que têm efetivamente necessidade de proteção internacional (...) assegurar que essas pessoas gozam do mesmo conjunto comum de direitos em todos os Estados-Membros. (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2017).

Ou seja, a uniformização dos processos de solicitação de refúgio em toda a União Europeia.

Enquanto essa reforma está em discussão, atualmente a União Europeia tem suas estratégias voltadas aos países de primeira chegada, promovendo pacotes de reassentamento de refugiados. Ultimamente, são apenas medidas paliativas, que em paralelo com a Declaração UE-Turquia, vem buscando retomar a normalidade do fluxo de pessoas na região.

Pode-se observar na postura da organização uma similaridade, ou até um certo padrão de estratégias quando comparado com as outras rotas. O objetivo principal é o impedimento da entrada dos imigrantes no continente para depois, através de parcerias com países de trânsito e originários, tentar uma abordagem mais prática, porém, quase que de total responsabilidade destes terceiros países (CONSELHO EUROPEU, 2019), assemelhando-se a uma “terceirização”. Exemplos disso são as operações navais, que dificultam a travessia em fronteiras marítimas, e financiamentos para países de origem e de trânsito lidarem com o grande fluxo, como treinamento de guardas costeiros, antes que atravessem as fronteiras intercontinentais (THE INTERCEPT, 2017).

3. DECLARAÇÃO UNIÃO EUROPEIA – TURQUIA

A estratégia firmada a partir da Declaração União Europeia – Turquia, adotada em novembro de 2015 (porém, entrada em vigor apenas em março de 2016), foi fundamental para a sensível diminuição do fluxo migratório nessa rota. Para visualizar sua efetividade, em outubro de 2015, uma média de 6300 imigrantes atravessavam a rota entre Turquia e Grécia diariamente. Já em março de 2016, apenas 80 (EUROPEAN COMMISSION, 2018).

O acordo surge como uma medida para acabar com o tráfico ilegal de pessoas e oferecer uma alternativa legal para o ingresso dos solicitantes de refúgio. Para tanto, diversas medidas foram tomadas, dentre elas:

- 1) A partir da data de implementação do acordo, todos os que ingressarem ilegalmente através dessa rota, serão devolvidos à Turquia;
- 2) Para cada sírio devolvido à Turquia da Grécia, será realocado um sírio proveniente da Turquia a um país da União Europeia;
- 3) Turquia é responsável pelo combate de novas rotas de ingresso à Europa que sejam através de sua fronteira;
- 4) Pagamento de €3 bilhões para a Turquia e comprometimento de mais €3 bilhões ao fim de 2018. (CONSELHO EUROPEU, 2016).

Tais medidas presentes na Declaração refletem a estratégia europeia citada na sessão anterior: fechamento de fronteiras e financiamento aos países de fora do continente para lidarem com o fluxo, longe do território europeu.

4. CONTROVÉRSIAS DA DECLARAÇÃO UNIÃO EUROPEIA – TURQUIA

Apesar dos bons resultados obtidos nos primeiros dois anos da Declaração, tal medida adotada tem sido alvo de diversas críticas, tanto ao seu mérito quanto à sua matéria. Seria esse acordo um tratado internacional ou uma declaração política? Quais são os países europeus comprometidos por ele? Ou seria a União Europeia a unidade política supranacional que se auto obriga? Sua estratégia de “troca” de imigrantes com a Turquia viola o princípio de *non-refoulement*⁹²? Seria uma utilização política dessa crise humanitária pela Turquia, demandando a entrada como país membro da União Europeia?

92 Descrito pelo artigo 33 (1) da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, proíbe a expulsão do refugiado ao território em que seus direitos fundamentais possam ser violados.

4.1 TRATADO OU DECLARAÇÃO?

Primeiramente, para responder às questões relativas ao direito internacional público, faz-se necessária a distinção entre Tratado e Declaração. O primeiro é “o ato jurídico que produz a norma, e que por produzi-la desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional” (REZEK, 2014, p. 26) Portanto, em um Tratado as partes têm desde o início a intenção e comprometimento explícito em adotar medidas para obter o fim desejado. Já o segundo, pode ser definido da seguinte maneira:

The term “declaration” is used for various international instruments. However, declarations are not always legally binding. The term is often deliberately chosen to indicate that the parties do not intend to create binding obligations but merely want to declare certain aspirations. An example is the 1992 Rio Declaration. Declarations can however also be treaties in the generic sense intended to be binding at international law. It is therefore necessary to establish in each individual case whether the parties intended to create binding obligations. (...) Some instruments entitled “declarations” were not originally intended to have binding force, but their provisions may have reflected customary international law or may have gained binding character as customary law at a later stage. Such was the case with the 1948 Universal Declaration of Human Rights. (UNITED NATIONS, 2019)

Ou seja, a priori, neste não há um vínculo legal compulsório entre as partes, apenas uma posição unilateral, ou por vezes multilateral, que pode vir a se tornar vinculante em estágios avançados ao tornar-se um ato costumeiro dentro do direito internacional.

Feito isso, cabe agora classificar esse acordo em uma dessas categorias. Tal discussão é presente ainda hoje entre o meio acadêmico e legal europeu. Alguns pesquisadores afirmam que respeitando o Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), tal documento não representa um tratado “*Since the agreement will take the form of a ‘statement’, in my view it will not as such be legally binding. Therefore there will be no procedure to*

approve it at either EU or national level” (Peers, 2016). Já outros, baseiam-se no conteúdo do documento, que por vezes demonstra clara manifestação de comprometimento, como afirma E. Cannizaro “*In spite of its elusive title, the Statement appears to be an international agreement*” (CANNIZARO, E., 2016, p. 1) e na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (CIJ), que em um caso semelhante manifestou-se da seguinte maneira: “international agreements may take a number of forms and be given a diversity of names”(1994, §23, apud DE VRIEZE, 2018, p. 44).

Ao analisarmos as declarações de agentes que atuaram no processo de negociação desse documento, observa-se uma ambiguidade quanto a sua natureza legal. Por um lado, as instituições europeias já afirmaram que não é um tratado (CJEU, 2017). Por outro, logo após a adoção do documento, o presidente do Conselho Europeu, Donald Tusk, afirmou em duas ocasiões: “Today, we have finally reached an agreement between the EU and Turkey” (EUROPEAN COUCIL, 2016);

At our first Council in March, I was also asked by leaders to take forward new proposals made by Turkey and work out a common European position, with a view to reaching an agreement later that month. That agreement was finally reached at the European Council on 18 March. (EUROPEAN PARLIAMENT, 2016)

Vemos aqui, então, um representante de alto escalão do Conselho Europeu afirmando repetitivamente que é um “*agreement*” e que foi adotada uma “*posição comum europeia*”, remetendo a uma ideia de que é, em fato, um Tratado e apontando, também, para um comprometimento supranacional, no caso, da União Europeia.

4.2 ATO DA UNIÃO OU DOS CHEFES DE ESTADO OU GOVERNO?

Se não há uma clareza jurídica quanto a sua classificação, observa-se também essa ambiguidade quanto a sua autoria. Enquanto um dos lados é óbvio, a Turquia, existe a falta de definição se tal acordo foi firmado pelo Conselho Europeu, ou seja, uma instituição da União Europeia, ou pelos chefes de Estado ou Governo dos países do continente.

O nome dado ao documento, Declaração UE-Turquia, nos remete a ideia de que foi firmado pelo Conselho Europeu. Porém, instituições dessa organização já declararam o contrário (CARRERA, S., DEN HERTOOG, L; STEFAN, M., 2017). Sendo assim a autoria da declaração seria dos 28 países e não do Conselho Europeu, posição evidenciada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no processo T-257/16⁹³:

For the sake of completeness, with regard to the reference in the EU-Turkey statement to the fact that ‘the EU and [the Republic of] Turkey agreed on ... additional action points’, the Court considers that, even supposing that an international agreement could have been informally concluded during the meeting of 18 March 2016, which has been denied by the European Council, the Council and the Commission in the present case, that agreement would have been an agreement concluded by the Heads of State or Government of the Member States of the European Union and the Turkish Prime Minister. (CJEU, 2017, §71)

Porém, tal decisão não extingue todas as dúvidas que cercam esse tópico. Ainda existem críticos que declaram que essa posição não condiz com a intencionalidade dos agentes que formaram a declaração. S. Carrera, L. Den Hertog e M. Stefan afirmam que o acordo “...falls squarely within EU internal and external competences in migration policies and has been hailed as the main policy response to the ‘European refugee crisis’” (CARRERA, S., DEN HERTOOG, L; STEFAN, M., 2017, p. 12).

Tal discussão é merecedora de uma ampla análise, porém, este trabalho não possui o objetivo de aprofundar a discussão nesse tema, apenas elucidar elementos de direito internacional que se tornaram problemáticos. Portanto, para fins de conclusão, será adotada a posição que a União Europeia, através de suas instituições como o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Conselho, assume ser. Ou seja, a classificação de Declaração (em vez de Tratado) e com a autoria dos chefes de Estado ou Governo da Europa.

93 NM vs European Council – Application based on article 253 TFEU and seeking the annulment of an alleged agreement concluded between the European Council and the Republic of Turkey dated 18 March 2016 and entitled ‘EU-Turkey Statement, 18 March 2016’

5. PRINCÍPIO DE NON-REFOULEMENT

Agora, a discussão será focada quanto ao conteúdo da declaração e suas violações (ou não) aos direitos humanos. Analisaremos primeiramente sobre o princípio de *non-refoulement*, com o objetivo de esclarecer se há uma violação deste. Em seguida, será relacionado tal princípio com o contexto da crise na União Europeia. E ao final, a discussão será sobre a classificação da Turquia como um país seguro ou não.

O princípio de *non-refoulement*, adotado pela Convenção de Genebra no artigo 33, §1, estabelece que:

No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

Ou seja, esse direito garante com que o indivíduo não seja expulso, ou retornado, para territórios onde sua sobrevivência esteja ameaçada, não estando limitado ao seu território de origem. Vale ressaltar que apesar de o texto utilizar do termo *refugee* “o princípio de *non-refoulement* também seria aplicável àqueles refugiados que ainda não tiveram seu *status* formalmente declarado” (OLIVEIRA, 2017, p.32).

A aplicação do princípio de *non-refoulement* é, por muitas vezes, limitada pelas políticas fronteiriças dos Estados. Como apresentado anteriormente, a estratégia europeia de combate à crise muito se dá através do fechamento de fronteiras e financiamentos aos países próximos com o objetivo de diminuir e impedir a passagem ilegal de embarcações com imigrantes que tentam adentrar o continente. Tal postura é caracterizada por Seline Trevisanut (2008, p.207) como “*non-entrée mechanisms*”.

Sendo o Estado soberano para definir suas políticas fronteiriças, resta definir se o esforço de dificultar a entrada em seu território caracteriza-se como uma violação dos direitos do princípio de *non-refoulement*.

Partindo da lógica dos procedimentos de solicitação de asilo, é possível observar que a entrada do imigrante ao país é vital para que seu processo seja avaliado e o mesmo possa receber o status de refugiado

e gozar de proteção internacional. Portanto, de acordo com Oliveira (2017, p.39),

(...) a prática dos Estados de impedir esse acesso com vedações fronteiriças viola o princípio de *non-refoulement*, pois obsta o direito daqueles a um procedimento justo e eficaz de reconhecimento formal de sua condição de refugiados sem o risco de serem devolvidos para o território onde temam sofrer perseguição ou uma violação de direitos humanos, bem como a garantia de não serem devolvidos enquanto perdurar o procedimento.

Logo, a partir de fontes do direito internacional, pode-se observar que a postura de distanciamento europeia é uma possível geradora de violação ao princípio de *non-refoulement*. Pois, ao adotar uma postura passiva, ou até ativa, e reprimir a travessia marítima na rota oriental, faz com que o acesso ao procedimento de solicitação de asilo torne-se mais complicado.

Partindo agora para a discussão quanto ao cumprimento do princípio de *non-refoulement* na crise migratória europeia, faz-se necessário relacionar com o sistema de direito europeu. No artigo 78, §1, do TFUE fica claro a absorção desse direito descrito na Convenção de Genebra:

A União desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão. (TFUE, 2007)

Logo, fica evidenciado o comprometimento legal da adoção do princípio de *non-refoulement* em sua legislação. Sendo assim, todo e qualquer ato da União Europeia e dos Estados-Membros deve ter como requisito sua observância para que possa ser considerado legal.

Ademais, observa-se uma reafirmação desse compromisso na Declaração UE-Turquia:

Todos os novos migrantes irregulares que cheguem às ilhas gregas provenientes da Turquia a partir de 20 de março de 2016 serão devolvidos a este último país (...) em conformidade com as normas internacionais pertinentes e no respeito do princípio da não repulsão (CONSELHO EUROPEU, 2016).

Sendo essa devolução feita individualmente, o princípio de *non-refoulement* deve ser analisado caso a caso a fim de garantir o seu cumprimento. Portanto, a priori, o ato de expulsão dos imigrantes irregulares para a Turquia não violaria nenhum direito, sendo este um ato de soberania estatal. Estaria, então, na responsabilidade da Turquia a legalização destes, ou seja, a formalização e processamento dos pedidos de refúgio e também respeito ao princípio de *non-refoulement*, impossibilitando sua realocação para um outro país em que sua segurança não estaria garantida. Caso a Turquia não o respeite, a União Europeia também estaria agindo ilegalmente. Já que não houve a fiscalização sobre a possibilidade de um *refoulement* em cadeia (DE VRIES, 2018).

5.1 TURQUIA COMO UM PAÍS SEGURO

Outro fator relevante é a classificação da Turquia como um país seguro. Este conceito, definido no artigo 33 da Convenção de Genebra, classifica um país como seguro caso ele não pose uma ameaça para o indivíduo que receberá, ou seja, respeitará a sua dignidade, direito de solicitação de asilo, e demais direitos humanos. De acordo com a lei europeia, na Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 2013, no artigo 39, §2, um país só pode ser considerado seguro se “Tiver ratificado a Convenção de Genebra sem qualquer limitação geográfica e respeitar as suas disposições” (PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2013). Ou seja, para estar de acordo com este dispositivo, o país em voga deve adotar e aplicar a Convenção de Genebra para indivíduos de qualquer nacionalidade. Logo, não será feita distinção entre solicitantes de refúgio de diferentes locais, garantindo um tratamento igual para todos.

Porém, a Turquia ao ratificar a Convenção de Genebra, estabeleceu restrições geográficas. Mais detalhadamente, dentro do ordenamento jurídico turco, reconhece-se como possíveis solicitantes de refúgio aqueles “subsequentes a acontecimentos ocorridos na Europa. Ou seja, o Estado turco não aceita em caso algum pedidos de asilo apresentados por cidadãos não europeus”. (PARLAMENTO EUROPEU, 2011). Sendo todos os imigrantes de diferentes localidades não considerados como refugiados, mas como necessitados de proteção internacional, tal diferenciação acar-

reta em inúmeras desvantagens para os imigrantes, dificultando seu acesso à saúde, moradia, trabalho, educação e necessidades básicas (DE VRIES, 2018).

Além disso, dentro das leis turcas existe a flexibilização do princípio de *non-refoulement*. Um decreto presidencial turco estipulou que refugiados (ou solicitantes de refúgio) podem ser expulsos por pertencerem a grupos terroristas. Porém, não é necessária nenhuma investigação formal nem decisão judicial para classificá-los membros destas organizações, apenas a convicção das autoridades (DE VRIES, 2018). Não é necessária uma análise caso a caso dos imigrantes irregulares retornados à Turquia pela Grécia, verificando o cumprimento do princípio de *non-refoulement*, para definir se tal estratégia adotada pelas partes através da Declaração UE-Turquia é condizente com os Direitos Humanos. O simples fato de a Turquia não ter ratificado a Convenção de Genebra sem limitações geográficas o classifica, segundo o direito europeu, como país inseguro. Por consequência, a transferência desses imigrantes para a Turquia representa, de fato, uma ilegalidade dentro da declaração. Também é criticado o fato de constar na Declaração UE-Turquia, no artigo 8, a (re) confirmação do “compromisso de redinamizar o processo de adesão, tal como definido na sua declaração conjunta de 29 de novembro de 2015” (CONSELHO EUROPEU, 2016). A utilização de uma declaração com objetivo de solucionar uma crise humanitária para pressionar uma aceleração no processo de adesão à União Europeia, configura um ato de politização do Direito Humanitário. Essa atitude faz com que as medidas humanitárias com fim de solucionar a crise se misturem com as medidas políticas de interesse nacional, desvirtuando o conceito de Direito Humanitário ao utilizá-lo como moeda de troca política.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como analisado ao longo do trabalho, a crise migratória que se instaurou no continente europeu a partir de 2015 acentuou-se aceleradamente, alcançando o número de 200 mil imigrantes por mês. Com isto, tornou-se urgente a atuação coordenada de instituições responsáveis para tentar solucioná-la.

Além da proposta de um Sistema Europeu Comum de Asilo, que ainda está em fase de negociação, aguardando sua aprovação, a postura da União Europeia tem sido a promoção de um distanciamento entre o continente e à crise. Isso significa dificultar o acesso, a travessia marítima e terrestre, e financiar países de origem e de trânsito para que estes lidem com o fluxo (CONSELHO EUROPEU, 2019), quase como uma “terceirização” do problema.

Apesar de serem medidas paliativas, é fato que o fluxo diminuiu para níveis “administráveis” (EUROPEAN COMMISSION, 2018). Mas isso não significa, necessariamente, que a crise está solucionada, apenas que a estratégia de criação de barreiras para a entrada no continente europeu funcionou. De fato, nos países de origem – como Síria e Afeganistão, por exemplo – ainda persistem os fatores sociais que impulsionaram essa crise, ou seja, instabilidades devido à guerra, pobreza, terrorismo, autoritarismo, etc.

A Declaração UE-Turquia é, em larga escala, responsável pela evolução das estatísticas apresentadas nesse trabalho. Constitui em uma barreira muito forte capaz de conter esse fluxo, fazendo com que o ingresso dos imigrantes se torne ainda mais complicado. Porém, é também controverso. A partir das informações expostas aqui, percebe-se que há um claro interesse dos autores dessa Declaração em não a vincular com a União Europeia, impossibilitando assim a competência da Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) sobre acordos internacionais celebrados entre Estados. Assim, como assinalado no processo T-257/16, a anulação desse acordo por esse órgão é fora de sua alçada legal.

Tal formato pode ter sido adotado para evitar essas burocracias e fazer com que a Declaração possa atingir exatamente o que ela propõe: o fechamento da fronteira entre Grécia e Turquia. Não havendo maior burocracia para sua implementação, sua aplicação torna-se mais fácil e rápida, não estando dependente da ratificação por parte dos Estados e nem sob a jurisdição da Corte.

Sua legalidade também é amplamente questionada. A classificação da Turquia como país seguro é, de acordo com a própria lei europeia, impossível. Portanto, a devolução de imigrantes, regulares ou não, para o país é uma clara violação ao princípio de *non-refoulement*.

Vemos em toda essa crise e sua administração uma situação que caminha para uma criminalização da migração. Criam-se barreiras legais

que, impulsionadas pela xenofobia e uma suposta segurança nacional, impedem indivíduos de adentrar o continente fugindo de uma realidade que ameaça a sua dignidade e, em certos casos, sua existência.

Em suma, os Chefes de Estado ou Governo da Europa ao firmarem a Declaração UE-Turquia desrespeitaram as leis europeias – procedimentos de celebração de Tratado de acordo com a TFUE, classificação da Turquia como país seguro, de acordo com a Diretiva 2013/32/UE – e as leis internacionais, como a Convenção de Genebra. Até o momento, sua efetividade tem compensado e até ofuscado sua ilegalidade no cenário internacional, não fazendo justiça àqueles que são as verdadeiras vítimas: os imigrantes.

7. REFERÊNCIAS

CARRERA, Sergio; DEN HERTOOG, Leonhard; STEFAN, Marco.

It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal. Bruxelas, 2017. 15 p. Disponível em: <<https://www.ceps.eu/publications/it-wasn%E2%80%99t-me-luxembourg-court-orders-eu-turkey-refugee-deal>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CJEU, General Court, **Case T-257/16**, 2017. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188482&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6441008>>. Acesso em: 20 mar. 2019

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Reforma do Sistema Europeu Comum de Asilo**, 2017. Disponível em: <<https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2017/07/19/qualification-protection-standards/>> Acesso em: 20 de mar. de 2019.

CONSELHO EUROPEU. **Declaração UE-Turquia**, 2016. Disponível em: <<https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>> Acesso em: 20 mar. 2019.

CONSELHO EUROPEU. **Rota do Mediterrâneo Central**, 2019. Disponível em: <<https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/central-mediterranean-route/>>. Acesso em: 20 mar. de 2019

- DE VRIES, Kim. **THE EU - TURKEY STATEMENT: A DESIGN FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS?:** An examination concerning the compatibility of the EU – Turkey Statement with human rights in EU law. Leiden, 2018. 44p. Tese (MAIR) – Leiden University, 2018. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/63629/K.%20de%20Vries.%20The%20EU%20Turkey%20Statement.%20A%20design%20for%20human%20rights%20violations..pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- DE VRIEZE, Julie. **The legal nature of the EU-Turkey Statement:** Putting NF, NG and NM v. European Council in perspective. Gent, 2018. Dissertação (Master of Law) – Ghent University, 2018. Disponível em :<https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/479/424/RUG01-002479424_2018_0001_AC.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- E. CANNIZARO. **Disintegration Through Law?**, European Papers, 2016. Disponível em: <<http://europeanpapers.eu/en/e-journal/disintegration-through-law>>. Acesso em: 20 mar. 2019
- EL PAÍS BRASIL. **Barco afunda em águas líbias e deixa 700 imigrantes desaparecidos**, 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/19/internacional/1429431225_038632.html>. Acesso em: 20 mar. 2019
- EUROPEAN COMMISSION. **Asylum Statistics**. 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?-title=Asylum_statistics#cite_note-1> Acesso em: 20 mar. de 2019.
- EUROPEAN COMMISSION. **EU-Turkey Statement: Two years on**. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20180314_eu-turkey-two-years-on_en.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- EUROPEAN COUNCIL, **Remarks by President Donald Tusk after the meeting of the EU heads of state or government with Turkey**, 2016. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu/en/press/pressreleases/2016/03/18/tusk-remarks-after-euco-turkey>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

- EUROPEAN PARLIAMENT, **Minutes of the debate of Wednesday 13 April 2016**, 2016. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20160413&secondRef=ITEM-005&language=EN>>. Acesso em: 20 mar. 2019
- FRONTEX, **Risk analysis for 2019**. 2019. Disponível em: <<https://frontex.europa.eu/publications/risk-analysis-for-2019-RPPmXE>>. Acesso em: 20 mar. 2019
- OLIVEIRA, Laís Gonzales de. **Barreiras fronteiriças contra o princípio de non-refoulement: a inacessibilidade do território e da determinação do status de refugiado**. Rev. bras. estud. popul., São Paulo, v. 34, n. 1, p. 31-54, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100031&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 mar. de 2019.
- PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **DIRETIVA 2013/32/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**, 2013. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013L0032&from=en>>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- PARLAMENTO EUROPEU. **A reforma do sistema europeu comum de asilo**, 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20170627STO78418/a-reforma-do-sistema-europeu-comum-de-asilo>>. Acesso em: 20 mar. 2019
- PARLAMENTO EUROPEU. **Perguntas parlamentares**, 2011. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2011-002284+0+DOC+XML+V0//PT>>. Acesso em: 20 mar. 2019
- PEERS, Steve. **The draft EU/Turkey deal on migration and refugees: is it legal?**, EU Law analysis, 2016. Disponível em: <<http://eulawanalysis.blogspot.be/2016/03/the-draft-euturkey-deal-on-migration.html>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**, 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

THE INTERCEPT. **Europe's plan to close its sea borders relies on Libya's coast guard doing its dirty work, abusing migrants**, 2017. Disponível em: <<https://theintercept.com/2017/11/25/libya-coast-guard-europe-refugees/>>. Acesso em: 20 mar. de 2019.

TREVISANUT, S. **The principle of non-refoulement at sea and the effectiveness of asylum protection**. In: VON BOGDANDY, A.; WOLFRUM, R. (Ed.). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Leiden: Koninklijke Brill N.V., v. 12, 2008. Disponível em: <http://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_05_trevisanut_12.pdf>. Acesso em: 20 mar. de 2019.

UNITED NATIONS. **Glossary of terms relating to Treaty actions**, 2019. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1_en.xml#declarations>. Acesso em: 20 mar. 2019

O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E A COLONIALIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE OS TRABALHOS PREPARATÓRIOS DA CONVENÇÃO DE 1951

Gabriela Antunes Peres de Oliveira

Introdução

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 possui papel determinante no desenvolvimento do direito internacional dos refugiados, ao prever em seu artigo 14 o direito de toda pessoa, sujeita à perseguição, em procurar e beneficiar de asilo em outro país. Tal previsão continua sendo crucial, sobretudo em um contexto político que pretende dificultar o acesso de pessoas à proteção internacional garantida pelo refúgio.

Nesse contexto, a matéria possui como marco jurídico a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, juntamente com o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967. A concepção de refugiado, originalmente aplicada aos europeus que se deslocavam no continente antes de 1º de janeiro de 1951, se investiu de caráter universal, sendo até hoje aplicada a todos aqueles que se qualificam como refugiados.

O presente artigo se propõe, nesse sentido, a analisar os trabalhos preparatórios durante a Conferência de Plenipotenciários de 1951 – a qual resultou na adoção da Convenção – a fim de verificar em que medida o conceito de refugiado e o Direito Internacional dos Refugiados é realmente universal. Em outras palavras, pretende-se investigar as vontades políticas

manifestadas à época e como elas estruturam todo o sistema internacional de refugiados que permanece vigente.

Nesse sentido, foram analisadas as negociações políticas da Conferência de Plenipotenciários ocorrida entre 2 e 25 de julho de 1951 a partir de dois aspectos considerados de suma importância para o instituto: a) a extensão geográfica e temporal presente no conceito de refugiado; b) a cláusula colonial, prevista pela Convenção no art. 40.

Para isso, o presente artigo inicialmente se propõe a explicar como o direito internacional dos Refugiados se origina e desenvolve. Em seguida, apresentam-se as discussões realizadas sobre a extensão do conceito de refugiado, assinalando a forte pressão de certos países em restringir suas obrigações internacionais, bem como as negociações referentes à Cláusula Colonial, prevista no art. 40 da Convenção.

O Surgimento do Direito Internacional dos Refugiados

O direito de refúgio nasce no começo do século XX, quando por força da Revolução Russa de 1917 e, conseqüentemente, da perseguição aos opositores do governo, da grave crise econômica e da fome que atingiam o país, um enorme número de russos busca proteção em outros Estados europeus (JUBILUT, 2007, p.73).

Inicialmente incumbia à Cruz Vermelha a responsabilidade de acolher os mencionados refugiados. Contudo, considerando o grande fluxo de pessoas, a mencionada organização recorre à Liga das Nações para a execução das tarefas (JUBILUT, 2007, p.73).

Cria-se, então, sob os auspícios da Liga das Nações o Alto Comissariado para Refugiados Russos: um escritório que visava definir a situação jurídica de tais pessoas, bem como prestar assistência médica e providenciar trabalho (JUBILUT, 2007, p.75). Já na década de 1930, é criado o Escritório Nansen, sendo responsável por fornecer, pela primeira vez, um documento de viagem aos refugiados (JUBILUT, 2007, p.74).

A 2ª Guerra Mundial, então, eclode, aprofundando ainda mais a crise presente na Europa. Diversas organizações internacionais são criadas nesse período, mas todas com um mandato temporário e sem um efetivo sucesso nas tarefas executadas. É em 1950 que o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) é criado, no âmbito das

Nações Unidas, permanecendo até hoje como a agência responsável pela proteção a refugiados.

Nesse sentido, é a Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967 que formam o marco de proteção da matéria. Com o intuito de analisar como as vontades políticas deram origem ao conceito jurídico de refugiado, necessário explicar brevemente o processo que resultou na Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951.

Ainda em 1947, a Comissão de Direitos Humanos manifesta o desejo de que membros da ONU considerassem o status jurídico de pessoas que não gozam de nenhuma proteção estatal, de modo que o Secretário-Geral recomenda a elaboração de uma Convenção sobre o status jurídico de apátridas *de jure* ou *de facto* (UNHCR, 1990, p.10).

A Assembleia Geral, por meio da Resolução 429(V), convoca uma conferência de plenipotenciários, para a elaboração e assinatura de uma convenção, após o Conselho Econômico e Social ter submetido o projeto elaborado pelo Comitê sobre “*Statelessness and Related Problems*” (UNHCR, 1990, p.12). A referida Conferência de Plenipotenciários realizou-se em Genebra, entre 2 e 25 de julho de 1951, com a participação de 26 países, resultando na adoção em 25 de julho de 1951 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (UNHCR, 1990, p.12).

O presente estudo pretende analisar as negociações políticas que ocorreram na mencionada Conferência, sob o ponto de vista de duas questões tidas como essenciais para a construção da categoria jurídica de refugiado: a) a extensão geográfica e temporal presente no conceito de refugiado; b) a cláusula colonial, prevista pela Convenção no art. 40.

A extensão temporal e geográfica presente originalmente no conceito de “refugiado”

É sabido que a Convenção de 1951 foi pensada sob uma ótica essencialmente europeia. Era preciso proteger os indivíduos, para que as graves violações de direitos humanos cometidas na Europa nos poucos anos precedentes não voltassem a ocorrer. Assim, originalmente a Convenção de 51 possuía as chamadas reservas geográfica e temporal, definindo refugiados como aqueles que haviam se deslocado em razão dos eventos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951. O artigo 1º, Seção B, 1

do referido instrumento oferecia duas possibilidades de interpretação para a expressão “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951”: os Estados poderiam entender que os eventos se passaram: i) na Europa, ou ii) na Europa e alhures. Cabia, então, a cada Estado optar pela interpretação de sua escolha.

Cumpr-se apontar que o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados revogou as reservas temporárias e geográficas, de modo que o conceito de refugiado passou a ser definido independentemente dos eventos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 no continente europeu para os Estados que ratificaram tal instrumento.

Assim, o que se pretende analisar com o presente artigo é se o conceito de refugiado, considerado como universal, se mantém estruturado a partir de ideias eurocêntricas e colonialistas que são a base da Convenção de 51. Por isso é preciso frisar que, no presente artigo, fala-se em extensão temporal e geográfica do conceito de refugiado, pois apesar de as cláusulas temporal e geográfica terem sido suprimidas pelo Protocolo de 67, entende-se aqui que a extensão do conceito de refugiado permaneceu europeia e, por isso, limitada.

Necessário apontar que o projeto de Convenção apresentado na Conferência não apresentava uma restrição geográfica explícita ao conceito de refugiado, mas previa a data de 1º de janeiro de 1951 como limite à qualificação de refugiado (ASSEMBLEIA GERAL, Resolução 429 (V) de 14 de dezembro de 1950). Nesse sentido, refugiado era aquele que, em razão dos eventos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, e com bem fundado temor de ser perseguido por sua raça, religião ou por suas opiniões políticas, se encontrasse fora do seu país de nacionalidade.

Assim, a previsão temporal do mencionado artigo já evidenciava os destinatários do instrumento jurídico objeto da Conferência, o que demonstra desde o início a finalidade de excluir a aplicação do documento aos Estados não-europeus.

Os trabalhos preparatórios passam, então, a ser analisados. Em sentido oposto ao do conceito apresentado no projeto de Convenção, a então Iugoslávia, contra a definição de refugiado presente no projeto, justamente por não ser abrangente, propôs que refugiado fosse todo aquele que, fugindo de uma perseguição por defender os princípios da democracia, da liberdade nacional, da liberdade do trabalho cultural e científico, por

opiniões políticas ou religiosas, ou ainda em razão da sua nacionalidade ou raça, bem como em razão de transtornos que ocorreram como resultado da guerra ou outros eventos causando tais transtornos, tivesse sido obrigado a deixar seu país de nacionalidade ou de domicílio, buscando proteção no território de um dos Estados contratantes⁹⁴.

Fundamental, assim, mencionar que a priorização dos direitos civis e políticos da Convenção de 51 foi resultado dos esforços empreendidos, no começo da Guerra Fria, pelos países ocidentais que desejavam combater o comunismo (NYERS, 2006, pp. 49-50). A exclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais como legítimos à concessão do refúgio se explica pela qualificação do mercado econômico liberal como natural e, por isso, como apolítico e neutro, enquanto que uma economia controlada pelo Estado é tida como artificial.

Os direitos protegidos pela Convenção de 51 demonstram não apenas um compromisso em excluir da Convenção as populações coloniais e de outros países não europeus, mas indicam também um projeto maior. Os direitos consagrados nos documentos jurídicos de direitos humanos se baseiam justamente na concepção liberal de sociedade, pretendida como universal (BRAGATO, 2014, p. 209).

Nesse sentido, destaca-se que a racionalidade, a qual fundamenta a sociedade moderna e justifica a atribuição dos direitos humanos orienta o indivíduo a dominar e instrumentalizar o mundo a sua volta, de modo que formas de vida que priorizam a coletividade e a ciência são consideradas como irracionais (BRAGATO, 2014, p. 221).

É o que se depreende a partir da definição de refugiado prevista na Convenção pois o projeto de emenda iugoslavo ao conceito de refugiado – valorizando direitos atinentes à democracia, à liberdade do trabalho cultural e científico, assim como demais direitos violados em razão de guerras ou de outros transtornos –, não prosperou. Com exceção da previsão “pertencimento à grupo social”, resultado de uma emenda proposta pela Suécia⁹⁵, os demais motivos de perseguição que ensejam a

94 UNHCR, *Projet de Convention Relative au Statut Des Refugies : République Fédérative populaire de la Yougoslavie : Amendement à l'article Premier*. Disponível em <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d0717/projet-convention-relative-statut-refugies-republique-federative-populaire.html>> Acesso em 05 set 2018.

95 UNHCR, *Projet de Convention Relative au Statut Des Refugies : Suède :*

proteção internacional continuaram sendo os que constavam no projeto de Convenção.

Assim, pessoas originárias de ex-colônias ou dos demais países considerados em desenvolvimento, no então início da Guerra Fria, eram vistas apenas como migrantes econômicos, ao contrário de pessoas originárias dos países da ex-URSS que eram consideradas como pessoas perseguidas politicamente e, como tal, refugiadas (NYERS, 2006, pp. 13). A supracitada visão não se alterou substancialmente e permanece até hoje como central na discussão sobre quem é e não é refugiado.

Interessante, nesse sentido, notar a exposição feita pela Confederação Internacional dos Sindicatos Livres. A respeito do limite temporal, a Confederação discorda expressamente do conceito de refugiado proposto no projeto de Convenção, afirmando que no futuro novos fluxos de refugiados poderiam se formar e tais pessoas não receberiam qualquer proteção nos termos do mencionado instrumento jurídico⁹⁶.

À época, os fluxos de pessoas deslocadas em razão da perseguição nazifascista e da própria guerra se enquadravam como um problema temporário, algo que seria resolvido em pouco tempo. Corroborar-se a este entendimento o fato de que o próprio ACNUR foi criado com mandatos renováveis de três anos, passando a ter mandato permanente apenas em 2003, em virtude da Resolução 58/153 da Assembleia Geral das Nações Unidas, como destacado a seguir: “9. *Decides to remove the temporal limitation on the continuation of the Office of the High Commissioner contained in its resolution 57/186 and to continue the Office until the refugee problem is solved*”⁹⁷.

Amendement à l'article premier. Disponível em <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d361f/projet-convention-relative-statut-refugies-suede-amendement-larticle-premier.html>>. Acesso em 04 set 2018.

⁹⁶UNHCR, Propositions Concernant le Projet de Convention Relative au Statut des Réfugiés : Exposé présenté par la Confédération internationale des syndicats libres, Organisation non gouvernementale dotée du statut consultatif auprès du Conseil économique et social. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d1b1e/propositions-concernant-projet-convention-relative-statut-refugies-expose.html>><http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d1b1e/propositions-concernant-projet-convention-relative-statut-refugies-expose.html>> acesso em 05 set 2018.

⁹⁷ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Res. 58/153, Implementing actions proposed by the United Nations High Commissioner for Refugees to strengthen the capacity of his Office to carry out its mandate.

Ao prever que o mandato do ACNUR deve continuar até que o *problema dos refugiados seja resolvido*, a Resolução da Assembleia Geral e, por consequência, toda a comunidade internacional pressupõem uma certa provisoriedade da situação, pois basta que a questão seja solucionada para que não haja mais refugiados.

De todo modo, a atribuição de uma natureza provisória ao instituto do refúgio foi igualmente um esforço dos países europeus para limitar a aplicação da Convenção, pois considerar que novos fluxos continuariam a ser produzidos significava um compromisso internacional, temporalmente indefinido, em receber e reconhecer pessoas como refugiadas.

Assim, o Alto-Comissário para Refugiados durante a 2ª Sessão da Conferência destaca que os direitos humanos e as liberdades individuais deveriam ser objeto de preocupação no plano internacional, mencionando que a Convenção negociada poderia se tornar a Carta para Refugiados⁹⁸. Contudo, em defesa do conceito de refugiado contido no projeto de Convenção, o Alto-Comissário afirma que os Estados se comprometeriam em aplicar o Pacto segundo definições precisas, não assinando um “cheque em branco” para categorias de refugiados que poderiam se constituir no futuro⁹⁹.

A noção de que ampliar a definição do art. 1º seria, na verdade, assinar um cheque em branco é retomada pelas potências em outros momentos da Conferência, de modo que em certas ocasiões, menciona-se de forma clara o Alto-Comissário como autor da expressão¹⁰⁰, o que denota o uso de um argumento de autoridade como forma de legitimar a vontade política.

Por outro lado, países em desenvolvimento, ainda que em minoria, também participaram das discussões. Dessa forma, destaca-se que o representante do Egito indicou o interesse de tal Estado na aplicação da

98 UNHCR, Conférence de Plenipotentiaires sur le Statut des Réfugiés et des Apatrides Compte Rendu de la Deuxième Séance. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d56e/conference-plenipotentiaires-statut-refugiés-apatrides-compte-rendu-deuxieme.html>> Acesso em 05 set 2018.

99 Loc. Cit.

100 UNHCR, Conférence de Plenipotentiaires sur le Statut des Réfugiés et des Apatrides : Compte Rendu Analytique de la Troisième Séance tenue au Palais des Nations, à Genève, le mardi 3 juillet 1951, à 10h.30. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d34e/conference-plenipotentiaires-statut-refugiés-apatrides-compte-rendu-analytique.html>>. Acesso em 04 set 2018

Convenção de Refugiados, lembrando que, mesmo em face de sérios problemas demográficos, o país havia acolhido cerca de trinta mil russos e armênios entre 1927 e 1933, e recebia na ocasião um grande fluxo de refugiados árabes palestinos¹⁰¹.

Ressaltando igualmente a existência de refugiados em outros países além da Europa, o enviado da Liga das Sociedades da Cruz Vermelha apontou a realização de socorro humanitário a refugiados da então Birmânia, da Coréia, do Paquistão, da Índia e da Palestina – com relação a este último grupo, o número aproximado de pessoas refugiadas socorridas pela organização era de trezentas mil em dezoito meses¹⁰².

Não obstante tais manifestações, as potências europeias eram preponderantemente contra a disposição de que o pacto se aplicasse a todos. Nesse sentido, a França alegava que uma convenção que pretendesse abranger refugiados de todos os Estados simplesmente não levava em consideração a realidade, sublinhando que o progresso não se desenvolvia na mesma velocidade a todos os Estados, de modo que era a Europa que se encontrava madura para a realização da Convenção sobre refugiados¹⁰³. Além disso, o representante francês afirma expressamente que seu país, por ter assumido a responsabilidade por um grande número de refugiados, não iria estender seu liberalismo aos Estados não interessados em solucionar a questão¹⁰⁴.

Primeiramente, da fala do representante da França depreende-se um argumento supostamente pragmático, qual seja, que a realidade exige que os países convencionassem um instrumento jurídico dedicado apenas aos europeus, como forma, na verdade, de justificar a limitação aos direitos humanos dos povos coloniais e de outros países em desenvolvimento. Ademais, observa-se igualmente a prevalência de um discurso que co-

101 UNHCR, Conference de Plenipotentiaires sur le Statut des Refugies et des Apatrides Compte Rendu de la Deuxieme Séance. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d56e/conference-plenipotentiaires-statut-refugies-apatrides-compte-rendu-deuxieme.html>> Acesso em 05 set 2018.

102 Loc. Cit.

103 UNHCR, Conference de Plenipotentiaires sur le Statut des Refugies et des Apatrides, Compte Rendu Analytique de la Dix-Neuvieme Seance. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d1fe/conference-plenipotentiaires-statut-refugies-apatrides-compte-rendu-analytique.html>> Acesso em 05 set 2018.

104 Loc. Cit.

loca os europeus como as autoridades na determinação e atribuição dos direitos humanos, enquanto que o gozo dos referidos direitos às demais populações só aconteceria quando estas chegassem no mesmo estágio de desenvolvimento das potências (BRAGATO, 2014, p. 218).

O Reino Unido, ao contrário, sustentou que a Convenção fosse aplicada a todos os refugiados, esclarecendo ainda que um instrumento jurídico feito sob os auspícios das Nações Unidas deveria pretender ser universal¹⁰⁵. Contudo, como se verá a seguir nas discussões sobre a chamada Cláusula Colonial, o Reino Unido permaneceu resistente à aplicação da Convenção a todos os povos, incluindo suas colônias. Nesse sentido, adianta-se que, se por um lado, o objetivo era aparentar o compromisso com os direitos humanos, por outro lado havia um forte engajamento político em manter como preponderante a posição eurocêntrica de mundo.

As discussões sobre a extensão territorial do conceito de refugiado continuaram durante praticamente toda a Conferência, dando origem a divisão entre “universalistas” e “europeus”¹⁰⁶. Verifica-se que a intenção de restringir a extensão do instrumento jurídico era explícita, não apenas uma estratégia velada. Tanto é que o representante francês afirmou que no projeto de Convenção os direitos e obrigações previstos se referem muito mais aos sistemas social, econômico e jurídico dos países europeus do que dos demais, preconizando ainda que a perspectiva de receber refugiados independentemente de origem, cor, idade e saúde era completamente utópica¹⁰⁷.

As duas possibilidades de interpretação, oferecidas pelo artigo 1º, Seção B, 1 da Convenção, para a expressão “acontecimentos ocorridos antes

105 UNHCR, Conference de Plenipotentiaires sur le Statut des Réfugiés et des Apatrides, *Compte Rendu Analytique de la Dix-Neuvième Seance*. Disponível em <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d1fe/conference-plenipotentiaires-statut-refugiés-apatrides-compte-rendu-analytique.html>> acesso em 07 set 2018.

106 UNHCR, Conference de Plenipotentiaires sur le Statut des Réfugiés et des Apatrides : *Compte Rendu Analytique de la Vingtième Séance*. Disponível em <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d291d/conference-plenipotentiaires-statut-refugiés-apatrides-compte-rendu-analytique.html>> acesso em 07 set 2018.

107 UNHCR, Conference de Plenipotentiaires sur le Statut des Réfugiés et des Apatrides : *Compte Rendu Analytique de la Vingtième Séance*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d291d/conference-plenipotentiaires-statut-refugiés-apatrides-compte-rendu-analytique.html>> Acesso em 07 set 2018.

de 1º de janeiro de 1951”, são resultado de uma proposta de emenda feita pelo representante do Vaticano¹⁰⁸. Contudo, ainda que se pudesse considerar que a Convenção poderia ser aplicada para refugiados de outros países além da Europa, os direitos e as obrigações do pacto, como bem destacou a França, foram pensados apenas para o contexto europeu. Não obstante existirem violações de direitos civis e políticos nos países da Ásia, África e das Américas, é certo que nessas regiões as violações de direitos econômicos, sociais e culturais são recorrentes.

Um dos discursos mais duros sobre a postura da maior parte dos países europeus foi feito pelo representante da Conferência Permanente das Agências Voluntárias que Trabalham para Refugiados durante a 19ª Sessão. Argumentou-se que era possível acreditar que a conferência possuía como fim a proteção dos países europeus contra os “malvados refugiados”, destacando ainda que até o momento a Convenção ameaçava parecer aos refugiados um menu de um restaurante de luxo, em que se havia retirado todos os pratos, com exceção da sopa que, assim mesmo, poderia não ser servida¹⁰⁹.

Assim como entende-se que “a concepção geohistórica dominante dos direitos humanos é uma contradição em si mesmo” (BRAGATO, 2014, p. 219), pode-se sustentar a mesma posição referente ao refúgio. O instituto nasce localizado e completamente comprometido com a realidade europeia. Invocam-se argumentos de direitos humanos para explicar a necessidade de redigir a Convenção, não obstante ser preeminente, desde o princípio, a vontade política de restringir ao máximo o campo de aplicação das obrigações que viriam a ser assumidas.

108 UNHCR, Conférence de Plenipotentiaires sur le Statut des Réfugiés et des Apatrides : Compte Rendu Analytique de la Trente-troisième séance. Disponível em <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d551d/conference-plenipotentiaires-statut-refugiés-apatrides-compte-rendu-analytique.html>> Acesso em 08 set 2018.

109 UNHCR, Conférence de Plenipotentiaires Sur Le Statut Des Réfugiés Et Des Apatrides, Compte Rendu Analytique De La Dix-Neuvième Séance. Disponível em : <<https://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d1fe/conference-plenipotentiaires-statut-refugiés-apatrides-compte-rendu-analytique.html>> Acesso em 08 set 2018.

O direito internacional dos refugiados é um direito inerente à dignidade humana, mas concebido apenas para um certo grupo de indivíduos. Por outro lado, ainda que explicitamente excludente, a Convenção não apenas se investiu de universalidade e pretensa neutralidade em suas origens, como também mantém tais qualificações desde então. Curioso notar como um instrumento jurídico que não considera qualquer outra realidade que não a europeia permanece sendo o marco dos direitos dos refugiados até o presente momento.

Nada disso deve ser visto como coincidência ou como um fenômeno isolado. A Convenção de 51 permaneceu universal e neutra aos olhos da comunidade internacional, pois se insere em um sistema colonialista que baseia também a estrutura de direitos humanos. Exatamente em razão de todo o exposto, é preciso revisitar e questionar os debates e as lutas dos povos colonizados (BRAGATO, 2014, p. 219), na contemporaneidade e também no passado, para que se tenha a consciência da extensão e intensidade nas quais os direitos humanos e os sistemas político, econômico e social estão sujeitos à visão da modernidade europeia.

A Cláusula Colonial

Além disso, a Convenção de 51 trata em seu art. 40 da chamada Cláusula Territorial que, durante as negociações na Conferência de Plenipotenciários, gerou um movimentado debate entre países europeus e países das demais regiões. Anteriormente à adoção da mencionada norma pela Conferência, a cláusula era conhecida como “Cláusula Colonial”, termo que será mantido no presente trabalho, a fim de guardar o significado da expressão objeto de discussões.

O art. 40, nesse sentido, prevê uma reserva de aplicação da Convenção aos territórios administrados pelos países europeus, de modo que no momento da assinatura, ratificação ou adesão, cada Metrópole poderia declarar se o referido instrumento jurídico seria aplicado ou não a uma ou mais colônias ou territórios não autônomos. Como se depreende do supracitado dispositivo, o projeto que defendia a inclusão da Cláusula Colonial na Convenção foi vencedor.

Inicialmente, menciona-se que o Brasil se posicionou a favor da Cláusula, argumentando que nem todos os territórios autônomos possuíam o

mesmo nível de desenvolvimento, de modo que não seria possível a aplicação imediata da Convenção a todos eles¹¹⁰.

Um dos principais defensores da previsão da Cláusula foi o Reino Unido, advertindo que este Estado nunca pretendeu que as populações dos territórios por ele administrados fossem independentes e soberanas¹¹¹. Por outro lado, argumenta que é inútil não reconhecer que tais populações progridem para sua própria independência, de modo que o Reino Unido não poderia decidir sozinho pela aplicabilidade da Convenção a todas as colônias¹¹².

Para o Reino Unido, a única forma *correta e democrática* seria de incluir uma cláusula que aplicasse a Convenção imediatamente às Metrôpoles, mas que autorizasse a adesão posterior dos territórios coloniais, pois caso isso não acontecesse, o Reino Unido seria obrigado a consultar cada uma de suas colônias antes de aderir à Convenção.

Para defender a inclusão da Cláusula Colonial, as potências se valeram de justificativas de ordem constitucional. Assim sendo, o Reino Unido argumentou que não poderia vincular um território, qualquer que fosse seu nível de desenvolvimento, sem consultá-lo previamente, de forma que a inserção da cláusula seria a única forma constitucional¹¹³.

A França, reforçando os argumentos britânicos, explica ainda que a não inclusão da Cláusula poderia retardar o progresso da humanidade, pois populações em diferentes de desenvolvimento seriam obrigadas a cumprir com normas uniformes e em razão do despreparo das populações

110 UNHCR, Conférence de Plenipotentiaires sur le Statut des Réfugiés et des Apatrides, (Point 6 de l'ordre du jour) : Clause D'application aux Etats Federaux et a Certains Territoires : Projet De Convention Relative Au Statut Des Réfugiés, Mémorandum préparé par le Département Juridique. Disponível em: <http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d4be/conference-plenipotentiaires-statut-refugiés-apatrides-point-6-lordre-jour.html#_ftnref2> Acesso em 05 set 2018.

111 Loc. Cit.

112 Loc. Cit.

113 UNHCR, Conférence de Plenipotentiaires sur le Statut des Réfugiés et des Apatrides : Compte Rendu analytique de la Vingt-septième Séance. Disponível em : <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d0b1d/conference-plenipotentiaires-statut-refugiés-apatrides-compte-rendu-analytique.html>> Acesso em 08 set 2018.

para essas mudanças, a ordem pública dos territórios poderia, inclusive, ser ameaçada¹¹⁴.

O Canadá também apoiou a adoção da Cláusula, explicando que este país podia atestar pela pureza das intenções das potências administrativas, pois cabiam a elas a obrigação de favorecer, na medida do possível, o respeito aos direitos humanos e às liberdades individuais, de forma que impor obrigações internacionais, tais como a da presente Convenção, iriam contra o direito da autodeterminação dos povos¹¹⁵.

Nesse ponto, necessário apontar que o discurso das potências sobre consultar as colônias, mesmo sabendo ser falso, sugere uma das formas pelas quais os direitos humanos aparecem como universais e neutros: por meio da noção de que os direitos humanos possuem caráter emancipatório e que a nova ordem do direito internacional dos direitos humanos não reproduz a estrutura de poder colonialista (RAJAGOPAL, 2005, p. 210).

A Bélgica, no mesmo sentido, afirmou que não esperava ser obrigada a aplicar automaticamente ao Congo os princípios da Convenção, pois pretendia deixá-lo livre para escolher os que fossem mais apropriados e práticos¹¹⁶. Além disso, a Bélgica sustenta que, assim como o Congo, era constituída por uma reunião de tribos e que, apesar de estas terem sido vencidas pelo Império Romano, o país possuía a plena noção de que a sua civilização se devia à Roma¹¹⁷.

Nesse ponto em especial, pode-se identificar claramente como a Convenção foi elaborada de acordo com uma visão que não identificava os povos coloniais como civilizados. O referido instrumento jurídico foi desenvolvido com base em ideias que colocam as populações coloniais como primitivas e os povos europeus como modelos de civilização (BRAGATO, 2014, 214).

O Reino Unido, nesse sentido, possuía como agenda nas negociações da Convenção, desde o princípio, a exclusão dos povos coloniais (MAYBLIN, 2014, p.428). Por outro lado, o referido Estado não pretendia de-

114 Loc. Cit.

115 Loc. Cit.

116 Loc. Cit.

117 Loc. Cit.

monstrar, perante a comunidade internacional, ser contra os direitos humanos (MAYBLIN, 2014, p. 429).

Nesse sentido, Mayblin aponta a existência da crença de que o Reino Unido guardava em si os direitos individuais, as liberdades e a justiça, o que dispensava a necessidade de positivar qualquer norma nesse sentido (MAYBLIN, 2014, p. 429). Contudo, as exceções coloniais aos mencionados direitos se justificavam pelo suposto fato de que tais populações não sabiam se administrar (MAYBLIN, 2014, p. 429).

Forçoso destacar que há registros da época de discussões do então Secretário de Relações Exteriores sobre como a cláusula colonial havia surgido como propaganda soviética e como os direitos humanos estavam envergonhando o Reino Unido em virtude “das pessoas de cor”, isto é, do tratamento britânico dispensado às populações coloniais (MAYBLIN, 2014, p. 431-432).

A Iugoslávia se posicionou contra o argumento de ordem constitucional, afirmando que a questão referente à Cláusula Colonial deveria ser analisada à luz das obrigações firmadas pelos Estados que assumiram a responsabilidade de administrar outros territórios¹¹⁸. Para este país, os argumentos constitucionais das potências não poderiam prosperar, pois os membros da ONU deveriam harmonizar suas Constituições com as disposições da Carta das Nações Unidas. Não se trata, então, de impor às Colônias as obrigações da Convenção sem consultá-las, mas simplesmente de acordar a tais populações direitos que são reivindicáveis¹¹⁹.

Além da Iugoslávia, se posicionaram igualmente contra à Cláusula as delegações dos seguintes países: Índia, Síria, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), Ucrânia, Etiópia, Tchecoslováquia, Polônia, China, Paquistão, Iraque, Arábia Saudita, Indonésia, Líbano, México, Chile, Afeganistão, Egito e Filipinas¹²⁰.

118 Loc. Cit.

119 UNHCR, Conférence de Plenipotentiaires sur le Statut des Réfugiés et des Apatrides, (Point 6 de l'ordre du jour) : Clause D'application aux Etats Federaux et a Certains Territoires : Projet De Convention Relative Au Statut Des Réfugiés, Mémoire préparé par le Département Juridique. Disponível em: <http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d4be/conference-plenipotentiaires-statut-refugiés-apatrides-point-6-lor-dre-jour.html#_ftnref2> Acesso em 05 set 2018.

120 Loc. Cit.

Primeiramente, o representante da Índia argumentou que tal Cláusula permitiria às Metrôpoles a imposição de sua vontade às colônias. Além disso, esclareceu ainda que a maior parte das violações de direitos humanos ocorre nos territórios não-autônomos e nas colônias, de modo que a aplicação da Convenção se torna necessária¹²¹. A Síria, no mesmo sentido, argumentou que a Convenção objeto da Conferência seria importante para o progresso e desenvolvimento humano e social¹²².

O representante da Ucrânia destacou que o comitê deveria se inspirar unicamente no desejo de conferir a todos os povos do mundo, principalmente àqueles que ainda não são independentes, a garantia de usufruir os direitos inerentes à sua condição humana.¹²³

O Paquistão, por sua vez, sublinhou que a população total das colônias era mais importante do que a população total das metrôpoles e trouxe como questionamento o fato de que as potências coloniais, se por um lado, afirmam não poderem representar as populações das colônias, por outro, alegam que os povos coloniais não podem se autorrepresentar¹²⁴.

A República Socialista Soviética da Bielorrússia destacou que a cláusula equivaleria a discriminar milhões de pessoas, enquanto que a Indonésia sustentou que a cláusula implicaria, com autorização da Assembleia Geral, que uma classe privilegiada de Estados determinasse quais direitos são acordados a classes menos favorecidas de países¹²⁵.

O México ressaltou a impossibilidade de se admitir que a uma grande parte da população mundial fossem negados os direitos humanos previstos no pacto, menos ainda supor que as populações interessadas recusariam o benefício de gozar de tais direitos¹²⁶.

Já a delegação do Afeganistão apontou que os países que pretendiam civilizar os povos coloniais deveriam, ao menos, permitir que tais povos se preparassem para tomar consciência da sua dignidade humana¹²⁷.

121 Loc. Cit.

122 Loc. Cit.

123 Loc. Cit.

124 Loc. Cit.

125 Loc. Cit.

126 Loc. Cit.

127 Loc. Cit.

Por último, importante mencionar o argumento do representante das Filipinas. Segundo o mencionado país, um novo conceito jurídico surgiu no direito internacional público, qual seja, que o indivíduo pode ser objeto do direito internacional. Nesse sentido, as disposições da Convenção deveriam ser aplicadas a todas as populações do mundo¹²⁸.

À luz dos argumentos aqui expostos, pode-se afirmar que as ex-colônias, ainda que tenham participado apenas a título consultivo durante a Conferência, na verdade manifestaram suas vontades políticas e deixaram evidente o desejo de gozarem dos mesmos direitos que os Estados europeus.

A ideia tradicional ainda muito presente, todavia, é que o fenômeno do refúgio nasce localizado na Europa e, por isso, não havia razão à época para conferir os mesmos direitos da Convenção a outros povos. É preciso questionar o instituto desde a sua criação, considerando que ele não foi pensado exclusivamente para a Europa por acaso.

Assim, a definição de refugiado se apresenta pretensiosamente universal, inclusive porque a Convenção de 51 é elaborada sob os auspícios das Nações Unidas, não em um fórum político regional. Contudo, o fato de não ser de conhecimento geral que ex-colônias e outros países em desenvolvimento de fato expuseram a vontade de aderir à Convenção, bem como suas preocupações com relação à formação de fluxos de refugiados em seus territórios, denota ainda mais a exclusão de tais povos da construção e desenvolvimento dos direitos humanos.

Segundo as teorias descoloniais, a modernidade possui como elemento central a visão europeia, de forma que as perspectivas, culturas e práticas dos países colonizados e explorados se tornam periféricas (BRAGATO, 2014, p. 216). A colonialidade é justamente a outra face do fenômeno da modernidade (BRAGATO, 2014, p. 216), sendo necessário reconhecer a contribuição e participação no plano internacional de tais povos marginalizados – o que não ocorreu com relação ao presente tema.

Nesse sentido, além de a ideia de que o chamado Terceiro Mundo pouco contribuiu para o desenvolvimento dos direitos humanos, como demonstrado anteriormente, é igualmente dominante a visão de que tais países não possuem sequer noção sobre seus próprios direitos, o que sugere-

128 Loc. Cit.

re que apenas a Europa seria a favor dos direitos humanos (RAJAGOPAL, 2005, p. 209-210), legitimando, então, que apenas Estados europeus decidam sobre a matéria.

A invisibilidade da participação dos povos coloniais na mencionada Conferência de Plenipotenciários demonstra a bem-sucedida vontade política europeia. Os discursos apresentados tiveram como finalidade justamente comprovar como o refúgio nasce e se desenvolve contra as manifestações políticas de Estados não-europeus. Não é apenas a definição do termo “refugiado” que nasce problemática, pois todo o sistema do direito internacional dos refugiados, no qual a Convenção de 51 é marco jurídico, se propõe a reproduzir as relações coloniais entre Europa e países da África, da Ásia e das Américas, como visto anteriormente.

Conclusão

Procurou-se questionar no presente artigo a universalidade atribuída ao conceito de refugiado que pauta todo o sistema internacional. Mesmo os estudiosos do tema que admitem as origens eurocêntricas do instituto parecem entender que uma vez que o fenômeno do refúgio se fez global, elaborou-se um documento jurídico a fim de atualizar o conceito de refugiado, qual seja, o Protocolo de 1967. Assim, parece ser recorrente a ideia de que, por a Convenção ter se atualizado, o conceito de refugiado pode sim ser considerado universal. O que não é o caso.

Como demonstrado, a vontade política dominante construiu todo o sistema jurídico no qual se apoia o Direito Internacional dos Refugiados. Não é a mera extensão geográfica e temporal que enquadra o refugiado como uma definição localizada ou geral, pois a categoria jurídica de refugiado sempre fez parte do projeto político ocidental liberal, responsável por qualificar a experiência europeia como universal.

Assim sendo, o conceito de refugiado, se considerado como universal nos dias atuais, se deve não ao fato de se ter suprimido as reservas geográfica e temporal, mas sim ao fato de ter permanecido dentro da lógica supramencionada. A Convenção de 51 é um produto do seu tempo e local, ainda que seja pretensamente neutra e, como tal, deve ser criticada e repensada, para que outras definições jurídicas sobre refugiados, solicitantes de refúgio e migrantes possam ser estabelecidas na ordem internacional.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Henrique Fischel de. A política de proteção a refugiados da Organização das Nações Unidas: sua gênese no período pós-guerra (1946-1952). 2006. 327. Categoria - Tese (grau - Doutorado em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- ANDRADE, José Henrique Fischel de. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548>. Acesso em: 12 set 2018.
- JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007.
- MAYBLIN, Lucy. Colonialism, decolonisation, and the right to be human : Britain and the 1951 Geneva Convention on the status of refugees. *Journal of Historical Sociology*, 27 (3), 2014. pp. 423-441. Disponível em <<http://wrap.warwick.ac.uk/83235/>> acesso em 10 set 2018.
- NYERS, Peter. *Rethinking refugees: beyond states of emergency*. New York; Routledge, 2006.
- ONU. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>.
- _____. *Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967>.
- _____. Assembleia Geral, Res. 58/153, Implementing actions proposed by the United Nations High Commissioner for Refugees to strengthen the capacity of his Office to carry out its mandate.

RAJAGOPAL, Balakrishnan, *El Derecho Internacional desde abajo: El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, ILSA, Bogotá, 2005.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *The Refugee Convention, 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis*, 1990.

_____. <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d0717/projet-convention-relative-statut-refugies-republique-federative-populaire.html>> acesso em 05 set 2018.

_____. <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d34e/conference-plenipotenciaires-statut-refugies-apatrides-compte-rendu-analytique.html>> acesso em 05 set 2018.

_____. <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d361f/projet-convention-relative-statut-refugies-suede-amendement-l'article-premier.html>> acesso em 05 set 2018.

_____. <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d1b1e/propositions-concernant-projet-convention-relative-statut-refugies-expose.html><http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d1b1e/propositions-concernant-projet-convention-relative-statut-refugies-expose.html>> acesso em 05 set 2018.

_____. <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d361f/projet-convention-relative-statut-refugies-suede-amendement-l'article-premier.html>> acesso em 05 set 2018.

_____. <http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d4be/conference-plenipotenciaires-statut-refugies-apatrides-point-6-lordre-jour.html#_ftnref2> acesso em 05 set 2018.

_____. <http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d4be/conference-plenipotenciaires-statut-refugies-apatrides-point-6-lordre-jour.html#_ftnref2> acesso em 05 set 2018.

_____. <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d1b1e/propositions-concernant-projet-convention-relative-statut-refu>

gies-expose.html<<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d1b1e/propositions-concernant-projet-convention-relative-statut-refugies-expose.html>> acesso em 05 set 2018.

_____. <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d56e/conference-plenipotenciaires-statut-refugies-apatrides-compte-rendu-deuxieme.html>> acesso em 06 set 2018.

_____. <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d56e/conference-plenipotenciaires-statut-refugies-apatrides-compte-rendu-deuxieme.html>> acesso em 06 set 2018

_____. <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d1fe/conference-plenipotenciaires-statut-refugies-apatrides-compte-rendu-analytique.html>> acesso em 06 set 2018.

_____. <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d291d/conference-plenipotenciaires-statut-refugies-apatrides-compte-rendu-analytique.html>> acesso em 07 set 2018.

_____. <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d551d/conference-plenipotenciaires-statut-refugies-apatrides-compte-rendu-analytique.html>> acesso em 08 set 2018.

_____. <<http://www.unhcr.org/fr-fr/protection/travaux/4b151d0b1d/conference-plenipotenciaires-statut-refugies-apatrides-compte-rendu-analytique.html>> acesso em 08 set 2018

A DIÁSPORA VENEZUELANA E A IMPOSSIBILIDADE DO FECHAMENTO DA FRONTEIRA SECA ENTRE BRASIL E VENEZUELA

João Lucas Zanoni da Silva

César Augusto Silva da Silva

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente nota-se que o aumento dos fluxos migratórios fronteiriços tem fomentado discussões relativas as políticas públicas destinadas a atender os migrantes em situação de vulnerabilidade em âmbito nacional (MELESI, 2017). Correlatamente a isso, evidencia-se a diáspora de um grande contingente de nacionais venezuelanos que deixa forçadamente o seu Estado de origem em razão da ocorrência das sucessivas crises econômicas, políticas, sociais e sanitárias que o assolam desde 2013, impactando expressivamente outros Estados sul-americanos como a Colômbia, o Peru e o Chile e, residualmente, o estado-membro da federação brasileira, Roraima, na medida em que os nacionais venezuelanos procuram uma alternativa de vida, auxílio e os bens essenciais à sua sobrevivência (DURÃES; SOUZA JÚNIOR, 2018, p. 53).

A própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já afirmou, em sua Resolução 2/2018, ser grave a situação da República Bolivariana da Venezuela, em virtude de os seus nacionais estarem experimentando a carência de proteção estatal e a violação de seus direitos fundamentais e humanos (CIDH, 2018). Atualmente no Brasil existem

aproximadamente 96 mil imigrantes venezuelanos (OIM, 2019), os quais em sua grande maioria ingressaram pela fronteira seca brasileira com a Venezuela a partir de 2015 e têm permanecido nos municípios roraimenses de Pacaraima, Amajari, Macajai, Alto Alegre e Rorainópolis e Boa Vista, buscando ter acesso aos serviços públicos já deficitários dessas localidades.

Como resposta aos problemas originados por essa conjuntura fática, o estado de Roraima ingressou com uma Ação Civil Originária (ACO) nº 3.121, em face da União, no Supremo Tribunal Federal (STF) requerendo, em sede de antecipação de tutela, o fechamento da fronteira Brasil-Venezuela e o consequente bloqueio do ingresso dos imigrantes, sob a alegação de que a prestação de seus serviços de saúde e de segurança está em colapso porque aproximadamente 50 mil imigrantes venezuelanos estão usufruindo deles (RORAIMA, 2018). Por conseguinte, o STF decidiu pelo indeferimento do pedido, com respaldo na circunstância de ele violar instrumentos jurídicos nacionais e internacionais.

Assim, este estudo objetiva analisar se esse pedido judicial se coaduna com as normas jurídicas internacionais e nacionais vigentes no Brasil e demonstrar a sua possível incitação à discriminação, sendo dividido em três seções. Primeiramente apresenta-se um breve panorama da crise humanitária venezuelana. Em seguida contrasta-se a argumentação empregada na ACO nº 3121 para respaldar o pedido de fechamento da fronteira Brasil-Venezuela com dados de relatórios do Tribunal de Contas da União (TCU), do Sistema único de Saúde (SUS) e da *Human Rights Watch*. Por derradeiro, verifica-se a viabilidade jurídica do pedido de fechamento da fronteira em comento e o embasamento da decisão proferida pelo STF em sede de antecipação de tutela.

Entretanto, enfatiza-se se tratar de um processo em andamento, pois o STF ainda não analisou o mérito dessa ação, justificando a realização desta pesquisa em razão de sua relevância social, política e jurídica, e da repercussão dos impactos oriundos desse fluxo migratório. Para tanto utiliza-se o método dedutivo em uma abordagem qualitativa, numa pesquisa de referencial bibliográfico e documental indireto, uma vez que se almeja compreender se o colapso na prestação dos serviços públicos de saúde e segurança do estado de Roraima foi causado exclusivamente pelo advento desse fluxo migratório e analisar quais são as obrigações internacionais

assumidas pelo Estado brasileiro perante seus nacionais e imigrantes, à luz dos diplomas normativos internacionais e nacionais.

2 BREVE HISTÓRICO DA CRISE VENEZUELANA

Contemporaneamente, a República Bolivariana da Venezuela é acometida por uma crise humanitária, vislumbrada como o resultado dos sérios problemas econômicos, políticos, sociais e sanitários que se instauraram nesse Estado desde 2013 (MOREIRA, 2018, p. 394). Entretanto, com a morte do ex-presidente Hugo Chávez, nesse mesmo ano, e a consequente ascensão de Nicolás Maduro ao governo da Venezuela, ocorreu a manutenção equivocada das políticas chavistas nos âmbitos econômico, político e social em atenção a dinâmica do defasado “modelo petrolero rentista”.

Isto é, o Governo manteve a sua política de estatização e de expropriação das empresas venezuelanas de capital privado, substituindo a produção nacional pelas importações baratas e desestimulando investimentos privados e a diversificação de especialização na produção de bens de consumo. (OLIVEROS; GRISANTI; CASTILLO, 2015 p. 280-281).

Contudo, a adoção dessa diretriz governamental desagradou muitos opositores políticos e empresários particulares desse Estado, os quais são acusados de deflagrarem uma “guerra econômica” contra o governo Maduro (CARNEIRO, 2017). Todavia, em razão da derrota do presidente Maduro nas eleições parlamentares venezuelanas, ocorridas em dezembro de 2015, esses problemas se agravaram, trazendo consequências severas à maioria da população, como a escassez de alimentos e medicamentos e a hiperinflação (URRIBARRÍ, 2016, p. 366; LARÉZ, 2016).

Diante dessa situação, o presidente Maduro decretou, em maio de 2016, um “estado de emergência econômica”, medida essa que foi prorrogada consecutivamente por seis vezes e repetida no ano de 2017 (SIMÕES, 2017, p. 45-48; CARNEIRO, 2017). Porém, se por um lado tais decretos visavam amenizar os efeitos da crise econômica, por outro lado, também conferiram amplos poderes ao chefe do Poder Executivo em matérias que extrapolam as justificativas plausíveis para a decretação do estado de exceção, configurando-se como uma ação confiscatória proibida pela Constituição venezuelana (CARNEIRO, 2017; MOREIRA, 2018, p. 395).

Com base nessas assertivas, infere-se que a decretação do estado de exceção e/ou emergência, como única medida adotada, não representou uma solução plausível, pois a crise venezuelana continuou a se agravar (CIDH, 2017, p. 213). Logo, é cediço a instauração de uma situação de grave e generalizada violação de direitos humanos no Estado venezuelano, sobretudo no tocante a garantia de acesso aos direitos econômicos, sociais e culturais à sua população (SILVA, 2017).

Tal cenário de crise atrelado à perseguição aos opositores do governo Maduro é vislumbrado como o propulsor do deslocamento forçado de nacionais venezuelanos para outros Estados (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016, p. 6; MOREIRA, 2018, p. 395). Assim, constata-se que a diáspora venezuelana ocorre devido aos deslocamentos involuntários motivados pela impossibilidade de as pessoas continuarem vivendo em seu Estado de origem (CIDH, 2017, p. 248).

Desse modo, nota-se o deslocamento forçado dos nacionais venezuelanos para outros Estados distintos a procura de melhores condições de sobrevivência, destacando-se a Colômbia (1,1 milhão), o Peru (506 mil), o Chile (288 mil) e residualmente o Brasil (96 mil), considerado como um país de destino e de trânsito desses indivíduos (OIM, 2019). Esse fluxo migratório em âmbito brasileiro tornou-se mais expressivo a partir de 2015 (SILVA, 2018, p. 648), e devido a sua chegada tem-se constatado um crescimento do número de solicitantes de refúgio venezuelanos, os quais em âmbito nacional em 2015 eram de 829; em 2016 subiram para 3.368; em junho de 2017 alcançaram o total de 7.600 (SIMÕES, 2018).

Já em novembro de 2018 a quantidade de venezuelanos solicitantes de refúgio chegou a 17.865, acrescida de 27.804 indivíduos que obtiveram autorização de residência por vias alternativas ao sistema de refúgio¹²⁹

129 Com o escopo de oferecer uma alternativa de regularização migratória ao grande contingente de imigrantes venezuelanos que tem chegado ao Brasil desde 2016, em março de 2017 o Conselho Nacional para Imigração (CNIg) editou a Resolução Normativa nº 126 que previa a possibilidade de concessão de residência temporária à nacionais de países fronteiriços que ainda não pudessem gozar do Acordo de Residência do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Essa Resolução expirou em março de março de 2018, sendo substituída pela Portaria Interministerial nº 9, de 14 de março de 2018. No entanto, ressalta-se que apesar de ter sido pensada como resposta ao atual fluxo de nacionais venezuelanos, essa Portaria tem como intento “atender a interesses da política migratória nacional”, conforme previsto pelo artigo 34, inciso III, do Decreto nº 9.199/17 que regulamenta a Lei nº

(BRASIL, 2018a; ACNUR, 2018c). E, ainda se evidencia que a grande maioria dos nacionais venezuelanos recém-chegados solicitaram o seu pedido de refúgio em Roraima, principalmente entre 2016 e 2017 (SIMÕES, 2017, p. 21).

Embora a chegada de tal quantitativo de imigrantes seja expressiva em um curto lapso temporal, ela não representa algo que o Brasil não tenha capacidade de acolher e integrar (MILESI, COUSY, ROVERY, 2018, p. 54). No entanto, o principal desafio não é o acolhimento e a integração desses indivíduos no território nacional, mas sim o fato de a maioria deles (50 mil) terem ingressado pelo estado de Roraima (SPLINDLER, 2018). E, além disso, terem permanecido nos municípios roraimenses de Pacaraima, Amajari, Macajá, Alto Alegre e Rorainópolis e, principalmente na capital Boa Vista, pois essas localidades não têm condições suficientes para acolhe-los, abriga-los e lhes oferecer oportunidades de trabalho.

Portanto, trata-se de uma conjuntura fática muito desafiadora, notadamente pelo fato de muitos desses indivíduos estarem em uma situação de extrema vulnerabilidade e a capacidade das autoridades locais de conceder respostas adequadas ao atendimento a esse fluxo migratório intensivo e concentrado, com destaque para as áreas de saúde, educação e segurança pública, ser muito limitada (MILESI, COUSY, ROVERY, 2018, p. 54).

Muito embora, desde fevereiro de 2018 o Governo Federal tenha iniciado uma atuação mais incisiva na gestão desse fluxo migratório, por meio da edição das Medidas Provisórias 820/2018¹³⁰ e 823/2018¹³¹, do

13.445/17 – Lei de Migração. Logo, não se trata de uma residência baseada na “acolhida humanitária”, como consta no artigo 36, do referido Decretado, ou no artigo 14, inciso III, alínea c, da Lei nº 13.445/17.

130 A Medida Provisória nº 820/2018 dispõe sobre as medidas de assistência emergencial para o acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade em decorrência de fluxo migratório provocado por crise humanitária.

131 A Medida Provisória nº 823/2018 abre crédito extraordinário no valor de 190 milhões de reais, em favor do Ministério da Defesa, para a assistência emergencial e acolhimento humanitário de pessoas advindas da República Bolivariana da Venezuela.

Decreto nº 9.286/18¹³² e do início da Operação Acolhida Humanitária¹³³ coordenada pelo Exército brasileiro, sob a perspectiva das autoridades locais e das entidades da sociedade civil tratou-se de uma resposta tardia e insuficiente. Devido a isso, em 13 de abril de 2018 o Governo de Roraima ingressou com a Ação Civil Originária (ACO) nº 3.121 em face da União no Supremo Tribunal Federal (STF), requerendo que o referido Tribunal determine que a União assumisse efetivamente o controle policial e sanitário do ingresso de migrantes em território nacional, inclusive com o fechamento temporário da fronteira com a Venezuela (RORAIMA, 2018), como demonstrar-se-á na próxima seção.

3 A AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA Nº 3.121

Em atenção à chegada e permanência do fluxo migratório de nacionais venezuelanos, os quais passaram a buscar usufruir dos serviços públicos de saúde e de educação já deficitários do estado de Roraima, a autoridade estatal tentou solucionar essa problemática judicialmente ao ingressar com uma Ação Civil Originária em face da União. Na referida Ação proposta no STF, o Governo roraimense aponta a “[...] omissão da União no controle das fronteiras nacionais [...]” e alega que isso causou uma desarmonia e a consequente “[...] oneração indevida aos entes federativos” (RORAIMA, 2018, p. 2).

Tal posicionamento é reforçado pelos parlamentares roraimenses, que durante o curso das audiências públicas sobre a temática no Congresso Nacional, qualificaram essa Ação como um “pedido de socorro” do referido estado à União (MILESI, COURY, ROVERY, 2018, p. 57). Ademais, entre as demandas formuladas na ACO nº 3.121, consta um pedido para que o STF “obrigue a União a repassar imediatamente os recursos voltados às áreas respectivas para garantir o cumprimento categórico dos serviços essenciais [prestados aos imigrantes venezuelanos] que o esta-

132 O Decreto nº 9.286/18 define a composição, as competências e as normas de funcionamento do Comitê Federal de Assistência Emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária.

133 A Operação Acolhida coordenada pelo Exército brasileiro em conjunto com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e com a Organização Internacional para as Migrações (OIM) se iniciou em 16 de março de 2018.

do de Roraima vem desenvolvendo sem qualquer apoio” (RORAIMA, 2018, p. 34).

Por conseguinte, na Ação requer-se que o STF determine que a União adote uma atuação efetiva na fronteira Brasil-Venezuela, com o escopo de impedir que o fluxo migratório desordenado gere efeitos devastadores ao referido estado, e promova medidas administrativas na área de controle policial, de saúde e de vigilância sanitária, sob pena de se manter abalado o Pacto Federativo em um estado crítico e inconstitucional que viola sistematicamente, por inação em área de sua competência, direitos humanos conexos à segurança, saúde e vigilância sanitária (RORAIMA, 2018, p. 36).

Entre essas “medidas de controle” está o fechamento temporário da “[...] fronteira Brasil-Venezuela a fim de impedir que o fluxo migratório desordenado produza efeitos mais devastadores aos brasileiros e estrangeiros residentes no estado de Roraima [...]” (RORAIMA, 2018, p. 35) e a limitação do ingresso de nacionais venezuelanos.

Com base nisso, o Governo de Roraima tenta isentar-se de seus encargos nessa problemática, a fim de responsabilizar exclusivamente a União pela gestão desse fluxo migratório e pelo acolhimento e garantia dos direitos dos venezuelanos (MILESI, COURRY, ROVERY, 2018, p. 53-54). A argumentação consignada na referida ação ainda é permeada pelo uso de elementos discriminatórios em detrimento dos imigrantes venezuelanos em um esforço envidado para responsabilizar a União pelo colapso na prestação dos serviços públicos locais.

A Ação Civil Originária nº 3.121, parte do pressuposto de inexistirem dúvidas de que a entrada descontrolada de venezuelanos pela fronteira Brasil-Venezuela tem causado enormes prejuízos à população desse que é o menor estado da Federação (RORAIMA, 2018, p. 11), sobretudo com relação à prestação de serviços públicos de saúde e segurança. No entanto, segundo dados do relatório do Tribunal de Contas da União nº 021.329/2013-3 as deficiências no sistema de saúde roraimense já eram evidenciadas e vivenciadas pela população local desde 2013, inclusive devido a inexistência de um controle nos indicadores de atendimento. Além disso, Roraima foi apontado como o terceiro pior estado do país em quantidade de leitos hospitalares, tendo um percentual de 1,72 leitos para cada 1.000 habitantes (TCU, 2013), o que suscita a reflexão a respeito da di-

menção do impacto da demanda de assistência aos migrantes no serviço público em comento.

Em conformidade com um levantamento inicial constatou-se que a utilização dos hospitais públicos (pelo menos uma vez) é 4,2 vezes mais elevada para os residentes documentados do que para os indocumentados. Desse modo, pode-se afirmar a circunstância de os migrantes indocumentados terem maior dificuldade de acesso aos serviços de saúde, em consideração às questões burocráticas do próprio serviço, como, por exemplo, a necessidade de possuir o Cartão do Sistema Único de Saúde (SUS) para ser atendido nas Unidades Básicas de Saúde. Logo, percebe-se a tendência de os migrantes indocumentados procurarem por assistência médica somente nos casos de extrema urgência, isto é, quando o SUS permite o atendimento sem a apresentação do citado Cartão e o paciente grave demandar por procedimentos mais complexos e dispendiosos (BARRETO et. al., 2018, p. 370).

Ainda, identificou-se que as principais doenças que levam os nacionais venezuelanos a buscarem pelo serviço de saúde do estado de Roraima são a ADIS/HIV, a pneumonia, a tuberculose e a malária, por serem doenças de rápida evolução (HUMAN RIGHTS WATCH, 2017), possibilitando afirmar que esses indivíduos migraram em busca da continuidade de seus tratamentos de saúde.

Igualmente, verifica-se o fato de o Hospital Geral de Roraima (HGR), o qual atende 80% dos adultos de todo o estado, ter atendido 1.815 nacionais venezuelanos em 2016. Todavia, ao se comparar esses dados com o número de atendimentos totais feitos por esse hospital, no mesmo ano, os quais foram 14.771, observa-se que apenas 12,28% foram de atendimentos à imigrantes venezuelanos. E em números de atendimentos diários chega-se a cifra de aproximadamente 5 pacientes venezuelanos diários, ou seja, uma demanda pouco expressiva em comparação com a dimensão geral dos atendimentos (DATASUS, 2017).

Enquanto no ano de 2017 o HGR assinalou 467 internações de nacionais venezuelanos, conforme dados da Secretaria de Saúde do Estado, contudo, ao se contrastar esse dado com o número de internações totais feitas por esse hospital, no mesmo ano, as quais foram 14.045 (SESAU, 2018; DATASUS, 2018;), chega-se a um percentual de 3,32% de internações de venezuelanos e, em números de atendimentos diários, percebe-

-se uma representação de aproximadamente 1,28 pacientes venezuelanos (BARRETO et al., 2018, p. 371).

Já no período de janeiro a abril de 2018 a SESAU (2018) contabilizou 4.487 internações totais no HGR, das quais 440 foram de nacionais venezuelanos, perfazendo um percentual de 9,8% das internações, o que demonstra um aumento do número de internações de pacientes venezuelanos em conformidade com o crescimento do fluxo migratório nesse período (BARRETO et al., 2018, p. 371). No tocante aos atendimentos na unidade na unidade de pronto socorro a SESAU (2018) registrou 6.331 atendimentos em 2017 e 6.500 no primeiro quadrimestre de 2018.

Destarte, ao se contrastar tais dados com as afirmações consignadas na ACO nº 3.121, percebe-se que a narrativa utilizada nessa Ação denota a intenção dos políticos locais em utilizarem os imigrantes venezuelanos como “bode expiatório” para se eximirem de suas responsabilidades pela precariedade dos serviços públicos locais e má gestão administrativa já existentes antes do advento de tais indivíduos (MILESI, COURRY, ROVERY, 2018, p. 53-54; VEDOVATO, 2018, p. 45).

Nessa peça processual também se atribui a esses imigrantes a culpa pela aparição de doenças antes erradicadas no Brasil, tal como o sarampo, e pelo aumento dos números de outras, como a malária (RORAIMA, 2018, p. 11-12). Com relação ao sarampo, o último surto registrado em território nacional ocorreu no Ceará entre 2013 e 2015, tendo a eliminação da circulação desse vírus ocorrido em 2016.

Porém, novos casos surgiram em Roraima em fevereiro de 2018, com fortes indícios de que o reaparecimento dessa doença esteja relacionado à epidemia vivenciada pela Venezuela desde 2017 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018, p.1). O emprego de argumentos discriminatórios é evidenciado na solução proposta pela nº ACO 3.121 para lidar com o surto da doença, pois nela requer-se a criação de uma barreira sanitária na fronteira Brasil-Venezuela para evitar a circulação de pessoas, ao invés de se tentar conter o vírus por meio de campanhas de vacinação.

No tocante a malária, após seis anos de queda nos números de sua incidência, essa doença voltou a crescer em 2017, sendo a alta dos casos associada a tal fluxo migratório pelas autoridades de Roraima. Todavia, especialistas ponderam que esse aumento ocorre em função da diminuição dos investimentos nas ações de combate à malária e, embora a Secre-

taria Nacional de Vigilância Sanitária tenha afastado “qualquer relação do aumento [dos números de casos de malária] com a imigração de pessoas procedentes da Venezuela” tal argumento ainda é dissipado, sendo empregado na própria ACO nº 3.121 (FORMENTI, 2018).

Argumentos de mesmo cunho são ainda utilizados para justificar o crescimento da violência e da criminalidade em Roraima. Isto é, no texto da ACO nº 3.121 estão consignados dados da Polícia Civil que expressam aumento do número de homicídios no estado entre 2017 e 2018, em uma associação automática ao incremento do fluxo migratório (RORAIMA, 2018, p. 10). Contudo, além de não trazer informações a respeito da nacionalidade dos perpetradores, essa correlação é débil por ignorar a circunstância de que o número de homicídios cometidos em Roraima está crescendo há mais de dez anos, tendo se incrementado em 113,7% no período entre 2005 e 2015 (CERQUEIRA et al., 2017, p. 13), ou seja, anteriormente ao início do fluxo mais expressivo de nacionais venezuelanos.

Mediante a correlação dos fatos supra apresentados com a argumentação discriminatória contra os venezuelanos contida na ACO nº 3.121, pode-se induzir o entendimento de que para se combater essas atividades ilícitas é necessário impedir ou limitar o ingresso de refugiados e migrantes por causas humanitárias no Brasil (MILESI, COURY, ROVERY, 2018, p. 59). Nesse sentido, na próxima seção verifica-se se o pedido de fechamento da fronteira Brasil-Venezuela, consubstanciado na ACO nº 3.121, se coaduna com as normas jurídicas internacionais e nacionais.

4 A VIABILIDADE JURÍDICA DO FECHAMENTO DA FRONTEIRA

Embora o Governo de Roraima tenha envidado esforços para tentar solucionar os problemas enfrentados em sua região, através do requerimento do fechamento da fronteira Brasil-Venezuela e da consequente limitação do ingresso de imigrantes venezuelanos no território nacional, conforme consta na ACO nº 3.121, ressalta-se que tal pedido carece de legalidade e de operacionalidade logística, além de infringir instrumentos jurídicos internacionais e nacionais.

Sob a perspectiva internacional esse pedido viola o direito à dignidade, à igualdade e de solicitar asilo, expressos, respectivamente nos artigos

1º, 7º e 14º, da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e o princípio do *non-refoulement* (não devolução) de um refugiado para as fronteiras do território em que sua vida ou liberdade sejam ameaçadas, consignado no artigo 33, da Convenção de Genebra de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados (ONU, 1948; 1951). Tal princípio é ainda reforçado e tem sua aplicação ampliada aos solicitantes de refúgio, conforme a conclusão quinta, da seção três, da Declaração de Cartagena de 1984 (ACNUR, 1984), declaração essa adotada pelo Brasil.

Já em âmbito nacional essa solicitação viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos direitos humanos e da concessão de asilo político e o direito à igualdade, dispostos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 4º, incisos II e X, e 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, bem como o princípio da não devolução de refugiados e de solicitantes de refúgio, expresso no artigo 7º, § 1º, da Lei nº 9.474/97 e toda a base principiológica de proteção à mobilidade humana, sob a ótica dos direitos humanos, consignada no artigo 3º, da Lei nº 13.445/17 e a proibição do impedimento de ingresso de pessoas em território nacional, pautada na discriminação por nacionalidade, conforme expresso no artigo 45, dessa mesma Lei (BRASIL, 1988; 1997; 2017).

Inobstante a existência de tais fundamentos jurídicos garantindo o não fechamento da fronteira Brasil-Venezuela, e sendo tal posicionamento defendido por este estudo, segundo Xavier (2018) haveria duas razões que suscitariam dúvidas sobre se esse pedido realmente representaria uma violação às normas de direito internacional. A primeira dessas razões está relacionada a falta de consenso sobre se a maioria dos imigrantes venezuelanos vindos ao Brasil poderiam ser classificados juridicamente como refugiados.

Ainda que o próprio Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) reconheça esse *status* jurídico desses indivíduos com base na aplicação do conceito de refugiado ampliado, contido na conclusão terceira, da seção três, da Declaração de Cartagena de 1984 em conjunto com o artigo 1º, inciso III, da Lei nº 9.474/97, recorda-se que a referida Declaração tem natureza jurídica não obrigatória e que o ACNUR seria incongruente ao realizar uma interpretação extensiva da definição de refugiado para abarcar os venezuelanos e simultaneamente fazer

uma interpretação restritiva desse conceito com relação aos “refugiados ambientais” (XAVIER, 2018).

Enquanto a segunda razão se refere a inexistência de clareza sobre se à vida e a liberdade dos venezuelanos eventualmente devolvidos ao seu Estado estaria em risco, apesar de ser cediço que a Venezuela esteja sofrendo uma crise humanitária atrelada às perseguições e eliminações praticadas pelo atual governo contra opositores, o que compromete diretamente os direitos econômicos, sociais e culturais de seus cidadãos (XAVIER, 2018).

Mediante a ponderação de todos esses argumentos, o STF realizou uma audiência com todas as partes envolvidas e, sequencialmente, negou o provimento da liminar de maneira categórica. A relatora, Ministra Rosa Weber, o fez com respaldo na competência da União para cuidar das faixas de fronteira; na base principiológica consubstanciada na Lei nº 13.445/17, no artigo 45, da referida Lei e no artigo XVIII, do Acordo de Cooperação Sanitária Fronteiriça (Decreto nº 59/1991), segundo o qual tanto o Governo do Brasil quanto o da Venezuela se comprometeram a não adotar medidas de profilaxia internacional que resultem no fechamento total de suas respectivas fronteiras. Assim, aguarda-se a análise do mérito pelo STF, isto é a decisão final, que se espera que siga a mesmo entendimento.

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto, verificou-se que a atual crise humanitária venezuelana se originou em função da manutenção das políticas chavistas em atenção ao defasado “modelo petroleiro rentista”, vitimando a população com a escassez de alimentos e medicamentos, a hiperinflação e perseguições aos indivíduos contrários ao governo Maduro.

Em razão disso, percebeu-se o deslocamento forçado dos nacionais venezuelanos para outros Estados distintos em busca de melhores condições de sobrevivência, figurando o Brasil como um destino residual receptor de 96 mil indivíduos. Tais imigrantes têm ingressado no Brasil, em sua maioria, pela fronteira seca com a Venezuela e permanecido no estado federativo de Roraima, buscando usufruir dos serviços públicos locais já defasados, o que motivou o ajuizamento da Ação Civil Originária (ACO) nº 3.121 pelo Governo roraimense em face da União.

Constatou-se que a referida ação não está em consonância com os princípios básicos do Direito Internacional e Constitucional que garantem à proteção aos direitos dos migrantes e à pessoa humana. Com efeito, ela suscita uma carência de entendimento político entre a União e o estado de Roraima, sendo que esse ente federativo tenta resolver tal contenda por meio de sua judicialização apressada, desconsiderando à proteção integral dos direitos humanos dos imigrantes venezuelanos.

Assim, asseverou-se que a presença expressiva de imigrantes não deve servir de argumento justificador, apoiado no discurso discriminatório, para que os governos locais se eximam totalmente de sua responsabilidade pela construção de um planejamento governamental atento à realidade fronteiriça e pela precariedade e ineficiência da prestação de serviços públicos de segurança, saúde e vigilância sanitária já existente anteriormente ao advento do fluxo desses indivíduos. Não menos importante é a parcela de responsabilidades da União que mesmo conhecendo o incremento de tal fluxo migratório, desde 2015, só começou a agir efetivamente tardiamente, isto é, a partir de fevereiro de 2018.

Portanto, o pedido do fechamento da fronteira Brasil-Venezuela feito pelo estado de Roraima não deve prosperar, sendo o mérito da ACO nº 3.121, julgado improcedente na Corte Suprema do Brasil com base nas razões explicitadas na decisão que analisou a antecipação de tutela pleiteada.

REFERÊNCIAS

ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Declaração de Cartagena de 1984**. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1. Acesso em 15 de ago. de 2018

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília - DF. Senado Federal, 1988.

_____. **Lei 9.474 de 1997 – Estatuto dos Refugiados do Brasil**.

_____. **Decreto nº 59, de 14 de março de 1991**. Promulga o Acorde de Cooperação Sanitária fronteiriça entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela.

_____. Lei 13.445 de 2017a – Lei de Migração.

_____. Presidência da república. **Medida Provisória nº 820, de 15 de fevereiro de 2018.**

_____. Presidência da república. **Medida Provisória nº 823, de 9 de março de 2018.**

_____. **Decreto nº 9.286, de 15 de fevereiro de 2018.**

_____. Ministério da Justiça. **Refúgio em Números.** 3ª ed., 2018a.

BARRETO, Tarcia Milene de Almeida Costa. Os Impactos nos Serviços de Saúde Decorrentes da Migração Venezuelana em Roraima: ensaio reflexivo. In: Migrações Venezuelanas, , Campinas – SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018, p. 369-373.

CARNEIRO, Camilo Pereira. Relação Brasil-Venezuela: tratados, integração e fronteira. In: **Anais do 9º Congresso Latino-Americano de Ciência Política (ALACIP).** Disponível em: <http://www.congresoalacip2017.org/arquivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7c_zozN-ToiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUlFVSVZPIjtzOjQ6IjMwN-DEiO30iO3M6MToiaCI7czozMjoi_ZmRhYjdkNGYxYzg4Y-zhiMTk5NGRkM2M0NmE5NTdiZWUiO30%3D>. Acesso em 10 de jun. de 2018.

CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio; BUENO, Samira et al. Atlas da Violência 2017- IPEA e FBSP. IPEA: Rio de Janeiro, junho de 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017>. Acesso em 21 de jan. De 2019.

DATASUS. Ministério da Saúde. Assistência a Saúde. Distrito Federal, 2017. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/deftohtm.exe?sih/cnv/qirr.def>. Acesso em: 14 de jan. de 2017.

DURÃES; SOUZA JÚNIOR, A Crise Imigratória na Venezuela e a Impossibilidade do Fechamento da Fronteira Entre Brasil e Venezuela na ótica do STF. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos

Jaroshinski (coord.), **Migrações Venezuelanas**, Campinas – SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018, p. 53-56

FORMENTI, Lígia. **Brasil poderá ter um aumento de 50% de casos de malária em 2018**. O Estado de S. Paulo. 16/05/2018. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-podera-ter-um-aumento-de-50-de-casos-de-malaria-em-2018,70002310258>. Acesso em 18 fev. de 2019.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Crisis humanitaria en Venezuela**: La inadecuada y repressiva respuesta del gobierno ante la grave escasez de medicinas, insumos y alime. Nova York: Human Rights Watch, 2016.

_____. Venezuela: Crise Humanitária Alastra-se para o Brasil. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/news/2017/04/18/302397>. Acesso em: 25 de fev. de 2019.

LÁREZ, Ingrid Méndez. **¿Cuál es la dieta de sobrevivencia del venezolano? El Impulso**. Caracas, 14 mar. 2016. Disponível em: <http://www.elimpulso.com/noticias/nacionales/la-dieta-de-sobrevivencia-de-losvenezolanos-ante-la-crisis-alimentaria>>. Acesso em: 20 de mar de 2019.

MILESI, Rosita; CURY, Paula; ROVERY, Julia. Migração Venezuelana ao Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual. **Aedos**, Porto Alegre – RS, v. 10, n. 22, p. 53-60, 2018.

MILESI, Rosita. Fluxos Migratórios e a nova lei de migração no Brasil. **Nuevamérica**, Buenos Aires, v. 155, p. 21-25, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Situação dos Casos de Sarampo nos Estados de Roraima e Amazonas – 2018**. Informe N° 6 | 2017/2018 2. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/maio/07/Boletim-n6-Sarampo.pdf>. Acesso em 25 de jan. de 2019.

MOREIRA, Thiago Oliveira. A (Necessária) Proteção dos Direitos Humanos dos Migrantes Venezuelanos pela Jurisdição Brasileira. BAE-NINGER, Rosana; CANALES, Alejandro (coord.). **Migrações Fronteiriças**, Campinas – SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018, p. 394-403.

OEA, Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Resolução 2/18**. Migração forçada de pessoas venezuelanas. 167º período de sessões. Bogotá, 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-2-18-pt.pdf>>. Acesso em 10 de jan. de 2019.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Ins-titucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela**: informe de país. Washington, DC, 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>>. Acesso em: 23 mar. de 2019.

OIM, Organização Internacional para as Migrações. **Plataforma de Coodinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela**. Disponível em: <https://r4v.info/es/documents/download/68070>. Acesso em 20 de jan. de 2019

OLIVEROS, Asdrúbal; GRISANTI, Jessica; CASTILLO, Lesner. **Vai-venes de Um Programa de Ajuste en Venezuela: el eterno problema del reparto rentístico**. In: GUANIPA, Ronald Balza (coord.) **Venezeula 2015 Economía, Política y Sociedad**. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2015, p. 280-281.

ONU, Organização das Nações Unidas. Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 20 de jan. de 2019.

_____. Convenção de Genebra de 1951. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1. Acesso em 07 de jun. de 2018.

RORAIMA (Estado). Procuradoria Geral do Estado. **Ação Civil Originária de 12 de abril de 2018**. Pedido de Tutela Provisória. ACO 3121. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5437155>. Acesso em 5 de mar. de 2018.

SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DE RORAIMA. IMIGRAÇÃO - Número de atendimentos da rede pública de saúde causa preocupação. Disponível em: <http://www.saude.rr.gov.br/index.php/2017-04-30-22-46-19/noticias-2/10-noticias-da-sesau/448/impactos-da-imigracaonumero-de-atendimentos-da-rede-publica-de-saude-causa-preocupacao>. Acesso em 12 de jan. de 2019.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Migração forçada de venezuelanos pela fronteira norte do Brasil. *In: Anais do 41º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (Anpocs)*.

_____. **Uma Política Migratória Reativa e Inadequada** – A Migração Venezuelana para o Brasil e a Resolução n. 126 do Conselho Nacional de Migração (CNIg). *In: Migrações Sul-Sul, Campinas – SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018b, 2ª ed., p. 637-650.*

SIMÕES, Gustavo da Frota. **Perfil sociodemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil**. Curitiba: CRV, 2017.

SPINDLER, William. **Response stepped up in Brazil as Venezuelan arrivals grow**. UNHCR. 06/04/2018. Disponível em: <[http://www.unhcr.org/news/briefing/2018/4/5ac72f194/response-stepped-up-brazil-venezuelan-arrivals-grow.html#\[1\]](http://www.unhcr.org/news/briefing/2018/4/5ac72f194/response-stepped-up-brazil-venezuelan-arrivals-grow.html#[1])>, acessado em 15 abril 2018.

TCU, Tribunal de Contas da União. Relatório nº 021.329/2013-3. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24E08D405014E0D37C04A1602>. Acesso em: 20 de jan. De 2019.

URRIBARRÍ, Raúl A. Sánchez. **Venezuela (2015):** um régimen híbrido em crises. In: Revista de Ciência Política, vol. 36, nº 1, 2016, p. 365-381.

VEDOVATO, Luiz Renato. Ação Civil Originária entre Venezuela e Brasil: a construção do direito de ingresso. In: BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jaroshinski (coord.), **Migrações Venezuelanas**, Campinas – SP: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018, p. 45-52

XAVIER, Fernando César Costa. **Sobre as (im)possibilidades jurídicas do fechamento da fronteira.** Consultor jurídico, 22 de ago. de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-22/fernando-xavier-questoes-juridicas-fechamento-fronteira>. Acesso em 28 de fev. de 2019.

AFINAL, O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EXISTE OU NÃO NO BRASIL?

João Paulo Marques dos Santos

O controle de convencionalidade na visão de Ramos (2015, p. 321) “consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais [...]”, o qual é dividido em matriz internacional e nacional. Embora esse controle não diga respeito apenas ao âmbito do Poder Judiciário (SARLET, 2015), essa divisão tem o fim de especificar o Órgão competente para realizar o controle e análise da compatibilidade do ato para com as normas internacionais. O primeiro diz respeito aos Tribunais Internacionais que, no âmbito dos direitos humanos, estão delimitados à Corte Europeia, Interamericana e Africana (RAMOS, 2015, p. 321).

O segundo, onde será tratada a temática em epígrafe, tem origem na França, em 1975, e consiste na análise da “compatibilidade do ordenamento interno às normas internacionais feitas pelos Tribunais internos.” (RAMOS, 2015, p. 321), sem que haja vinculação da decisão tomada por estes Tribunais em detrimento da análise realizada pelas Cortes Internacionais.

No âmbito interno, do Brasil – portanto –, o controle de convencionalidade é alvo de discussões doutrinárias acerca da sua existência, tendo em vista que a Emenda Constitucional n.º 45/2004, fixou o entendimento de que a norma internacional de direitos humanos que observar um processo legislativo especial, terá natureza equivalente à emenda constitucional, todavia, aquela norma que não for aprovada de acordo com esse

processo, terá natureza “supralegal”, o que ensejaria um controle de supralegalidade e não convencionalidade.

Portanto, o primeiro problema a ser resolvido é constatar a existência ou não de um controle de convencionalidade, levando em consideração a questão da hierarquia dos Tratados de Direitos humanos no âmbito do Brasil.

Após essa análise, será averiguada a questão da relação entre o controle de convencionalidade e a eficácia dos tratados de direitos humanos no âmbito do direito. Neste ponto, a dicotomia – efetivação e fiscalização – será o objeto de estudo com o fim de buscar em que momento os Tratados de Direitos Humanos são efetivados.

Sem mais delongas, a Constituição Federal de 1988, por ocasião da sua promulgação, trouxe consigo dois marcos extremamente importantes: o primeiro, o Brasil deixa de ser um Estado Autoritário ou Ditatorial para ser um Estado Democrático de Direito, garantindo uma série valores, princípios e direitos fundamentais aos brasileiros que até, então, eram sobrepujados pelo Regime Militar (PIOVESAN, 2012, p. 73); o segundo, por sua vez, é a valorização dos direitos humanos como um princípio a ser perseguido pela República Federativa do Brasil tanto nas suas relações internas, quanto nas relações internacionais, conforme art. 4º, II e IX, da CF, onde designada, dentre outros direitos, a prevalência dos direitos humanos e o princípio da cooperação.

O fundamento do segundo marco é o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este a base e a razão axiológica de todos os demais direitos (PIOVESAN, 2009, p. 339. MAZZUOLI, 2011b, p. 28). Olvidá-lo, atenta tanto contra a humanidade que tem o ser humano como epicentro do ordenamento jurídico, quanto às normas nacionais e internacionais de cunho humanitário, sobretudo a Declaração Universal de Direitos Humanos, onde, inclusive, alude que “Artigo 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”.

Oportuno acrescer, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana também exerce influência sobre a teorização do ordenamento, em especial, quando ele exerce a função de abertura do sistema de proteção de direitos fundamentais, crescendo ao rol de proteção àquelas normas de direitos humanos oriundas do plano internacional. Há previsão expressa neste

sentido na Constituição Federal, conforme se verifica do art. 5º, § 2º, da CF (PIOVESAN, 2012, p. 69), a qual possui natureza de “dupla fonte normativa”, ou seja, a uma, decorrente dos direitos expressos e implícitos na Constituição e a duas, advinda dos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte (MAZZUOLI, 2011b, p. 28-30).

Assim, embora exista divergência doutrinária quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos frente ao ordenamento interno de determinado Estado (GOUVEIA, 2010, p. 449), o entendimento mais acertado é aquele em que esses tratados tenham a mesma hierarquia que a Constituição.

Interessante que esse posicionamento pode ser fundamentado com a teoria do Estado Cooperativo de Häberle (2007, p. 11), o qual afirma que entre o direito internacional e o direito constitucional não há hierarquia, pois, ambos andam lado a lado. Apesar de ele não estabelecer uma diferenciação entre os tratados, a solução para aplicação ao caso brasileiro, seria a delimitação aos tratados de direitos humanos pelo direito interno.

Embora essa linha de pensamento seja a mais acertada, o STF guarda posição majoritária no sentido de que os tratados internacionais, de forma ampla, possuem o *status* hierárquico igual à de lei ordinária (HC 72.131-RJ) – jurisprudência válida até o ano de 2008 –, a partir deste marco, os tratados de direitos humanos não aprovados de acordo com o art. 5º, §3º, da CF, terá *status* de supralegal (PIOVESAN, 2012, p. 87. RAMOS, 2002, p. 56) - vide o RE 466.343-1/SP¹³⁴. Por outro lado, a posição minoritária, a que está mais concatenada com a Constituição, na minha opinião, garante o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos (HC 82424-2-RS¹³⁵).

134 PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

135 HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA

Com o fim de sanar essa discussão doutrinária, sobreveio, por meio da EC n. 45/2004, o §3º, junto ao art. 5º da CF/88, garantindo, aos tratados de direitos humanos, *status* de emenda constitucional, desde que obedecido rito por ele discriminado – semelhante ao processo legislativo da emenda constitucional. Embora sua intenção fosse essa, segundo Mazzuoli (2011b, p. 37), o Legislador brasileiro demonstrou o seu:

[...] total desconhecimento dos princípios do contemporâneo direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de *jus cogens*, traz consigo o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absolutista, que todos fazemos questão de esquecer.

Portanto, melhor seria ter atribuído ao §2º uma interpretação autêntica, em consonância com as Constituições dos países latino-americanos (MAZZUOLI, 2011, p. 36).

Não obstante às discussões que travam a doutrina e a jurisprudência, é fato que os tratados de direitos humanos que observaram o procedimento especial e, ao fim, logrou êxito em ser equiparado à emenda constitucional, três efeitos ocorrerão: (a) eles poderão reformar a Constituição; (b) não poderão ser denunciados; e, (c) servirão de paradigma do controle concentrado de convencionalidade (MAZZUOLI, 2011b, p. 53-54.).

CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (...) 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (...) 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admite. Ordem denegada. (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)

O que interessa ao trabalho é o último efeito, donde inicia com o seguinte questionamento: Afinal, no Brasil há ou não controle de convencionalidade? A questão é pertinente porque há importantes autores que afirmam inexistir o controle de convencionalidade, uma vez que ao recepcionar o tratado de direitos humanos de acordo com o processo legislativo especial, ele passa a integrar a Constituição, portanto, o parâmetro não deixaria de ser controle de constitucionalidade para ser controle de convencionalidade. Assim, acreditam os autores que atribuir a nomenclatura de controle de convencionalidade, somente pelo fato de que a norma constitucional já foi, um dia, um tratado de direitos humanos é enfeite terminológico desprovido de efeitos práticos relevantes (ABBOUD; SCAVUZZI, FERNANDES, 2017, p. 569-584).

Todavia, não descartam a possibilidade da existência do controle de *supralegalidade*, nas hipóteses de não ser aceito o tratado de direitos humanos como norma constitucional, nos termos do art. 5º, §3º, da CF/88 (ABBOUD; SCAVUZZI, FERNANDES, 2017, p. 569-584).

Doutra banda, entre aqueles que defendem existir o controle de convencionalidade há os que afirmam que o controle dos tratados no Brasil ainda é baseado na responsabilização internacional do Estado, em razão da violação dos direitos humanos por parte do Poder Legislativo, ou seja, por meio ato legiferante que, de alguma forma e, em certa medida, transgrida tratado ou acordo internacional humanitário, devidamente ratificado pelo Estado (MAZZUOLI, 2011b, p. 76-77. PIOVESAN, 2012, p. 87.).

Outro posicionamento acerca da existência do controle de convencionalidade se dá na averiguação da compatibilidade das normas infraconstitucionais com os tratados de direitos humanos devidamente aprovados pelo processo legislativo especial, garantindo, desta feita, o a “equiparação” à emenda constitucional. Neste caso, o ato legiferante além de guardar compatibilidade com a Constituição Federal, deverá, também, estar de acordo com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (MAZZUOLI, 2011b, p. 131).

A afirmação de que o Brasil não tem um modelo de controle de convencionalidade, mas, apenas de *supralegalidade*, é ir de encontro com os direitos e garantias protegidos pela Constituição Federal, no que consiste na proteção da pessoa humana, na cooperação entre os povos, na prevalência dos direitos humanos, na existência de um sistema aberto que está

vinculado às normas oriundas dos tratados de direitos humanos que tenha sido ratificado. Outrossim, não se pode olvidar que o Brasil incorporou ao ordenamento pátrio a Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio do Decreto Presidencial n. 678, publicado no dia 11 de novembro de 1992, o que denota a aceitação e a existência do controle de convencionalidade (CHAVES; SOUSA, 2016, p. 104).

Desta feita, é mister desmistificar dois pontos que são negligenciados por aqueles que defendem a inexistência do controle de convencionalidade, a saber: (i) não há relação entre os institutos de existência e de utilização dos tratados, haja vista ser muito comum a criação de procedimentos sem que haja a sua utilização, os motivos para tal fenômeno são os mais diversificados partindo da complexidade do procedimento até o seu custo, entretanto, qualquer que seja a razão para a sua ocorrência, isso não significa que o procedimento inexista; e (ii) a Constituição Federal de 1988 foi muito generosa ao exemplificar os vários direitos e garantias fundamentais que, na maioria das vezes, coincide com os direitos humanos no plano internacional que, inclusive, foram ratificados pelo Brasil, assim, optar por um controle de constitucionalidade ao invés de convencionalidade, não se pode concluir que este inexistente no Brasil.

Portanto, não é crível a indagação de inexistência de um controle de convencionalidade no Brasil, pelo contrário, ele existe e é transmutado em mais uma forma de efetivação e fiscalização do cumprimento dos direitos humanos no âmbito do direito interno. Apesar da sua importância, ele foi provocado poucas vezes junto ao Supremo Tribunal Federal, Piovesan (2012, p. 87) alude que até 2009, ele havia sido utilizado em apenas dois momentos¹³⁶, muito embora este mesmo tribunal tenha se valido da Convenção Americana como fundamento em 79 (setenta e nove) casos que julgara nos mais diversos ramos do direito. A partir desse dado, questiona-se: como os direitos humanos podem gozar de efetividade no plano interno quando o controle de convencionalidade não é, efetivamente, utilizado pelos Tribunais em todos os seus graus?

136 Embora a professora Flávia Piovesan tenha aludido apenas esses dois controles, vale ressaltar que sua pesquisa se deu no ano de 2012. Todavia, atualmente, esse número encontra-se em 6, conforme se percebe dos seguintes julgados: HC 141949/DF, ADI 4066/DF, ADI 5240/SP e ARE 860979 AgR/DF.

A utilização do controle de convencionalidade é um instrumento de suma importância para efetivação dos direitos humanos no plano interno de determinado Estado, pois a “efetivação” não se dá apenas no plano do resultado, mas também no plano da fiscalização, cuja efetivação se dá pelo controle de convencionalidade. Para ilustrar o raciocínio, imagine que o Brasil tenha ratificado determinado tratado de direitos humanos cujo conteúdo coincida com várias proteções que já estão no bojo da Constituição. Supondo que essa norma esteja em vigor no Brasil, porém não haja nenhum ato que o viole, esse tratado, portanto, está sendo efetivado. No entanto, para chegar à conclusão de que ele está sendo efetivado, necessariamente, houve a fiscalização.

Deste modo, fiscalizar é efetivar as normas de direitos humanos e o ato de fiscalizar é materializado dentre outras formas pelo controle de convencionalidade, logo, a utilização deste ganha um caráter ímpar no sistema jurídico. Nesta linha de raciocínio Piovesan (2012, p. 91) ratifica que “O controle de convencionalidade contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os standards, princípios, normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos.”.

Correto está este entendimento, pois tanto a Constituição, quanto a normatividade dos tratados de direitos humanos, têm o objetivo de proteger o ser humano (RAMOS, 2002, p. 59). Logo, vincular os tribunais e juízes à sua aplicação e observância é o mínimo necessário para consecução deste objetivo (MAZZUOLI, 2012, p. 768). A própria Corte Interamericana, neste ponto, já proferiu decisão semelhante no *leading case* “Almonacid Arellano and others vs. Chile” em 26 de setembro de 2006, onde, dentre outros fundamentos, trouxe a seguinte passagem:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, 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 aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, careçam de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário

deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.

Demonstrada a importância da vinculação dos juízes e tribunais à realização do controle e da própria adoção dos tratados de direitos humanos, resta o seguinte questionamento: como tornar realidade essa vinculação, uma vez que entre vinculação e utilização efetiva existe um grande abismo?

Piovesan (2012, p. 91) responde a esse questionamento afirmando que (i) a fomentação de programas de capacitação para os três poderes do Estado é uma maneira de transformação da cultura jurídica atual e adaptação aos novos modelos; (ii) a adoção de políticas públicas para formulação de decisões judiciais que observem esse controle e os próprios direitos humanos é outra maneira de incentivar a utilização do controle de convencionalidade.

De fato, a fomentação de capacitação e adoção de uma política pública que afete todos os órgãos da Justiça Nacional, com o fim de alterar a cultura jurídica, demonstrando a necessidade de observância dos tratados de direitos humanos que o Brasil tenha ratificado, é, sem dúvidas, um grande passo a ser dado, principalmente porque o controle de convencionalidade não tem competência restrita a um único órgão judiciário, mas a todos os juízes à semelhança do controle de constitucionalidade no seu caráter difuso (MAZZUOLI, 2012, p. 769).

Conquanto, o controle de convencionalidade, como já dito, é de suma importância para humanização do ordenamento jurídico e efetivação dos direitos humanos no Estado do Brasil, sendo, na verdade, mais um instrumento de proteção do ser humano, valor este perquirido por todos e pela própria Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação realizada possibilitou a discussão do controle de convencionalidade no que pertine aos aspectos da existência e a sua utilização

para efetivação dos tratados de direitos humanos junto à República Federativa do Brasil.

De um modo geral, há uma discussão doutrinária acerca da existência do controle de convencionalidade, por um lado há quem negue a sua existência afirmando ser apenas um enfeite terminológico sem efeitos práticos, por outro e de forma majoritária, estão aqueles que defendem a sua existência, discutindo apenas a forma como o controle ocorre.

Além disso, trouxe à discussão a relevância da utilização do controle de convencionalidade na efetivação dos direitos humanos no plano interno do Estado Brasileiro, onde expôs que a fiscalização, embora de maneira preventiva, guarda estreita relação para com a efetivação dos direitos humanos, uma vez que a utilização do controle ou não sempre partirá de um ato de origem fiscalizatório. Neste ponto, fez uma relação da fiscalização com a convencionalidade, percebendo que este é um dos instrumentos daquele.

Ademais, apurou também que o trabalho de fiscalização não surtirá tantos efeitos se não houver uma utilização efetiva do controle de convencionalidade que, embora seja obrigatório, nas hipóteses de violação dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil tenha ratificado, se não houver um processo de capacitação dos tribunais e juízes e a formulação de políticas públicas na formulação de decisões judiciais com a observância dos tratados.

Com base nessas premissas, pode-se dizer que o controle de convencionalidade além de existir é utilizado pelos juízes e pelos Tribunais, todavia de forma discreta, já que até o presente momento, apenas 8 casos chegaram ao Supremo Tribunal Federal. Sem embargos, restou confirmado que este controle auxilia, sem dúvidas, na efetivação dos direitos humanos, a título de exemplo, pode ser elencado o caso da impossibilidade da prisão do depositário infiel.

Esse *leading case* é uma das provas de que o controle de convencionalidade, ao ser aplicado, efetivou várias garantias do Pacto de San Jose da Costa Rica, privilegiando, portanto, o ser humano em detrimento da vantagem econômica. A conclusão não poderia ser outra, já que, se a própria Constituição parte de um valor axiológico que é a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos, por óbvio, jamais um valor econômico sobreporá o ser humano.

É com base nesses pontos que conclui que o controle de convencionalidade é um instrumento de fiscalização de cumprimento e efetivação das normas de direitos humanos no plano interno do Estado Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. **Revista de Processo**, v. 268, p. 569-584, jun., São Paulo, 2017.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do Poder Judiciário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 61, n. 1, p. 87-113, jan.-abr., 2016.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público: Uma perspectiva de língua portuguesa**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

HÄRBELE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

_____. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil. In: SOUSA, Marcelo Rebelo, et. all. (Coords.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. III (Direito constitucional e justiça constitucional)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 759-776.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan. -mar., 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 19, p. 67-93, jan. – jun., 2012.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. O impacto da convenção Americana de Direitos Humanos na relação do direito internacional e o direito interno. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, a. I, n. 14, p. 51-71, jul.-set., 2002.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Controle de convencionalidade dos tratados internacionais**. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-control-convencionalidade-tratados-internacionais#_ftnref. Acesso em: 11 jul. 2018.

COMENTÁRIOS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA FIFA COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL E SEU EVENTUAL DIREITO DE AÇÃO PERANTE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL.

José Vincenzo Procopio Filho

Notas Introdutórias

É sabido que o futebol, além de um vasto e lucrativo mercado, é uma das modalidades esportivas com mais adeptos e praticantes ao redor do mundo. Na condição de desporto de alto rendimento, desconsiderando-se – por agora – a receita e os dividendos que gera as suas entidades dirigentes, clubes e empresas privadas, respeita a uma função social bem delimitada e que tem sido fruto de sua positivação como direito social em diversas ordens jurídicas do mundo.

Este fator social que traveste o desporto dá-se, *prima facie*, pela sua estreita e histórica relação com as políticas de saúde física e mental, estando, por isso, muito presente nas preparações militares, o que, de certo modo, explica o crescimento de medalistas olímpicos com patentes militares. Além disso, sob o ponto de vista de sua vocação de ascender-se como direito nas ordens jurídicas constitucionais dos Estados, a autoafirmação do desporto tem sido objeto de respeitáveis documentos internacionais, oriundos, sobretudo, de importantes instituições como a Comunidade

Europeia que, valendo-se de seu caráter comunitário, entregou ao seus Estados-Membros, em 14 e 15 de Maio de 1992 (data em que os Ministros responsáveis pelo Desporto dos Estados Europeus reuniram-se na 7ª Conferência), a Carta Europeia do Desporto, atualizando assim a positivação do desporto no âmbito da Comunidade Europeia e, em simultâneo, servindo como aparato de complementação jurídica tanto para a Carta Europeia dos Desporto Para Todos de 1975 como, também, para a Convenção Europeia sobre a Violência e os Excessos de Espectadores por Ocasão de Manifestações Desportivas e Nomeadamente de Jogos de Futebol (1985) e para a Convenção Europeia Contra o Doping (1990). (CARTA EUROPEIA DO DESPORTO, 1992).

Outrossim, a Comissão Europeia e a União das Associações Europeias de Futebol (UEFA) assinaram, na cidade de Bruxelas (capital da Bélgica), em fevereiro de 2018, um Acordo de Cooperação que prevê a união de forças, em diversas áreas, visando o Campeonato Europeu de Seleções de 2020 (Eurocopa 2020) e a sua consagração como maior evento desportivo transnacional da história do desporto. O Acordo, lavrado pelos dignitários do Conselho Europeu e pelo Presidente da UEFA, prevê, dentre outras medidas, o exercício da “boa governança”, da solidariedade, da integridade, a leal concorrência e o desenvolvimento sustentável do desporto. *In verbis*, a subscrição do documento cooperativo atende a necessidade de promoção dos valores sociais do desporto e a proteção irrestrita da justiça e da solidariedade. (UEFA, 2018) (ACORDO DE COOPERAÇÃO, 2018).

A título ilustrativo, no que toca a “estadualização” do direito ao desporto, destaca-se a ordem constitucional brasileira que, além de disposição expressa da Carta Constitucional de 1988 (arts. 24 e 217), agasalha a regulamentação do desporto no país pela via infraconstitucional específica, notadamente por intermédio da Lei nº 9615/1998 (Lei Pelé). A realidade portuguesa, a seu turno, *ad referendum* a toda a tutela entregue pela Comissão Europeia, empenha ao desporto regulamentação específica no artigo 70, alínea d, dotando-o de envergadura constitucional, sem prejuízo, também, de sua materialização infraconstitucional pela Lei de Bases do Desporto de 2004. (RODRIGUES, 2015).

Ficando evidente o papel social do desporto, e consoante o aparato jurídico alhures aludido, faz-se imperioso considerar o relevância social do

desporto, em especial do futebol, evidenciando-se, portanto, a importância de conhecer os meandros de governança.

Do ponto de vista administrativo, o futebol é organizado, a nível mundial, pela *Fédération Internationale de Football Association* – FIFA, filiada ao Comitê Olímpico Internacional – COI, tendo como associadas as Confederações Continentais de Futebol (UEFA, em nível Europeu; a CONMEBOL na América do Sul; a CONCACAF, que abrange as Américas do Norte e Central, o Caribe e mais as Guianas e o Suriname; a AFC, que congrega a Ásia; a CAF, que incide sobre as federações da África; e, por fim, a OFC que representa a Oceania) e estas, por sua vez, alicerçadas sobre as Federações de Futebol Nacionais. (FIFA, 2018)

Inobstante a sua repisada faturação social, o futebol, como produto do meio e das relações interpessoais, assume uma faceta sentimental que transcende a sua mera condição de jogo. Desde a sua aceção na Inglaterra, o futebol – por intermédio, também, de suas rivalidades (critério eletivo da pesquisa) transcendentes as suas quatro linhas – tem materializado-se como importante escoadouro a liberdade de expressão, sintetizada na afeição a manifestações de cunho político, religioso, social e étnico, sendo, portanto, inevitável que seus *derbies* reflitam na inteireza a realidade de diversos Estados Nacionais no decorrer da história.

Um *derby* (ou, em bom “sulamericanismo”, clássico) que importa ser mencionado é o mais que centenário “*The Old Firm*”, que coloca em litígio eterno as duas maiores forças do futebol escocês: o Glasgow Celtic, detentor da maior conquista continental do futebol escocês (a edição de 1966/67 da Copa dos Campeões da UEFA) e da hegemonia na Copa da Escócia (38 conquistas); e o Glasgow Rangers, maior campeão da história do Campeonato Escocês (54 conquistas, cinco a mais que o rival). Mas, além dos gramados, da história e da tradição vencedora dos gigantes escoceses, o *derby* alimenta-se de uma rivalidade que se arvora, sobretudo, nas concepções políticas e religiosas de seus principais atores. Os adeptos do Celtic, clube fundado por imigrantes irlandeses (fato que explica as suas cores: verde e branco), além de católicos e progressistas, defendem a separação da Escócia do Reino Unido. Os torcedores do Rangers, por outro lado, são presbiterianos, conservadores e nacionalistas, característica que justifica a adoção de seu fardamento azul e branco, inclinando-se, claramente, à Cruz de Santo André (bandeira escocesa). Estas diferenças

essenciais, que apesar de serem alheias ao campo, incorporaram-se a identidade e a história do confronto, colocando o *The Old Firm* como um dos clássicos que despertam o ódio mais visceral entre torcidas no mundo. (NOGUEIRA, 2017).

Em contrapartida, a Espanha, e suas controversas relações internas com os variados grupamentos étnicos presentes em seu território, abriga uma rivalidade futebolística que se suplanta, também, ao “campo e bola”. O confronto entre FC Barcelona¹³⁷ e Real Madrid Club de Fútbol¹³⁸ guarda uma vertente política considerável que se confunde com a história do *derby*. O Barcelona, historicamente (embora hajam contraditas, advindas especialmente dos torcedores do Espanyol, seu rival local), representou, durante a Ditadura Franquista, o sentimento de resistência e orgulho catalão, transformando-se em baluarte dos ideais libertários de uma região autônoma que clamava por liberdade. O Madrid, por outro lado, sempre representou a dominação da capital e, em especial do Governo Espanhol (e da Monarquia), sobre as regiões autônomas, sendo atrelado ao sentimento anti-separatista e ao unionismo espanhol. (FORMIGA, 2017)

Deste modo, levando-se em consideração o papel que o futebol representa na vida das sociedades nacionais conhecidas, a posição de governança desempenhada por suas entidades dirigentes e, ainda, pela sua justa e legítima fatoraçoão social em ordens jurídicas nacionais e transnacionais, não há como desconsiderar, seja do ponto de vista moral ou jurídico, a FIFA como uma Organização Internacional de não-estatal e, conseqüentemente, pessoa jurídica legitimada a proposição de ação perante o Tribunal Constitucional Internacional, já em avançadas discussões.

137 Ironicamente, o Barcelona, representate catalão na La Liga (divisão de elite do futebol espanhol) é o maior campeão da história da Copa del Rey (Copa da Sua Majestade Real) com trinta conquistas, seguido do basco Athletic Bilbao com 24 troféus.

138 A alcunha “Real” é um título, até os dias atuais, outorgado a clubes pelo Palácio Real. Além disso, o ditador Francisco Franco era assumidamente torcedor do Real Madrid, tendo o seu governo coincidido com a época mais vitoriosa da história do clube (1955-1960), culminando com a conquista de cinco títulos europeus consecutivos pelo time de Madri.

1. Da natureza jurídica da FIFA e sua consagração como pessoa jurídica de direito internacional.

Ab initio, as organizações internacionais tem ganhado, frente a reinvenção da doutrina de Direito Internacional Público que – em evidente anacronismo histórico – entregava tão somente aos Estados a onipotente condição de sujeitos de direito internacional, clamoroso destaque. (CUNHA, 2017, p.127-128).

Além do ajuste na contextualização doutrinária, e inobstante as suas especificidades (que as tornam imprescindíveis a Sociedade Internacional), as organizações internacionais têm conseguido enveredar-se por terrenos inóspitos a buracracia e a reiterada assertividade clássica de soberania dos Estados, ao passo que, *in casu*, protagonizam verdadeira postura vanguardista de governança e tutela de bens jurídicos relevantes à humanidade, bens que, se relegados à responsabilidade exclusiva dos Estados, estariam agonizando na evidente complexidade de estruturas e no malsinado juízo valorativo estatal que os coloca, em certa medida (e com notável crueldade jurídica), na perferia axiológica frente à outros igualmente importantes. (ARAÚJO, 2014).

Sob esse prisma, portanto, iça-se o desporto e sobre ele a necessidade de cooperação internacional para o seu pleno desenvolvimento. Reconhecido por diversas e importantes ordens jurídicas nacionais como garantia constitucional (em algumas, inclusive, sob a roupagem de Direito Social), o desporto, em especial o futebol, dispõe de importante participação – seja em sentido *lato* através do Comitê Olímpico Internacional (COI) ou em *stricto sensu* pela FIFA – no sistema de cooperação internacional reinante na Sociedade Internacional sedimentado, sobretudo, pelos documentos internacionais à respeito da matéria, nascidos do interesse governamental pelo desporto ou pela relação política entre os Estados e as entidades do futebol. (vide Notas Intodutórias).

Isto posto, no que concerne à administração do futebol para além de seu regramento propriamente dito (competência normativa em matéria regulamentar do jogo), a FIFA, no exercício de sua governança, estende seu poder político para além dos limites de sua *expertise*, sobretudo, quando exerce administrativamente, por intermédio da frágil (e um tanto duvidosa) aquiescência das Federações Nacionais, a prerrogativa de definir

as sedes de suas competições oficiais (Mundial e Clubes e Copa do Mundo). Este poder político, que se coscuvilha até mesmo na reformulação da discussão acerca do conceito clássico de soberania estatal (razão de ser também do Tribunal Constitucional Internacional), (SOUZA e AQUINO, 2018) encarna-se em instrumentos jurídicos cíveis (formulados sob a égide da tutela dos contratos) tendentes à expressar – com aspirações leoninas, em reiteradas ocasiões – a obrigatoriedade de cumprimento das exigências protocolares impostas aos países-sede. A construção de arenas monumentais, oriundas de interações fraudulentas entre a iniciativa privada e o Estado (tal como aconteceu no Brasil na preparação para o Mundial de 2014, quando a construção da Arena das Dumas, em Natal, movimentou dinheiro ilegal proveniente da relação da Construtora Odebrecht com agentes políticos estatais com mandato eletivo); (PORTAL G1,2018), a inconsequente e duvidosa política de isenção fiscal que a FIFA propõe aos países-sede, quase que em regime contratual de adesão; a obrigatoriedade de aperfeiçoamento das estruturas nacionais de telecomunicações e de transportes; o reconhecimento de exclusividade da FIFA na comercialização do evento em todos âmbitos e vertentes; o custeio com a hospedagem dos representantes da instituições, árbitros e auxiliares, bem como a responsabilização do país-sede com os gastos relativos à infraestrutura indispensável à realização do Mundial, sem qualquer contrapartida financeira por parte da FIFA; a responsabilidade do país-sede no fornecimento de transporte terrestre para as Delegações Nacionais disputantes do Torneio, imprensa e representantes da FIFA; e, por fim, além de exigir subscrição de contrato de candidatura pelo país-sede, onde este se obriga, inclusive, a vender uma carga determinada de ingressos, com preços definidos por decisão unilateral da instituição. (ARANTES, 2012)

Diante de tanta influência política, capaz de subjugar silenciosamente a soberania de um Estado Nacional, ainda que em nome da promoção do desporto, não há como negar que a FIFA, além dos contornos jurídicos que lhe entrega a estatura que tem, não pode ser vista como um ator internacional não estatal qualquer, sendo pertinente integrá-la – embora alicerçado, por ora, somente sob o prisma do influxo político que exerce, sem considerar os inclementes critérios doutrinários (os quais são cabíveis)-, no rol das organizações internacionais não governamentais de alta compleição. (RODRIGUES, p.61, 2015)

Convém, ademais, pontuar que a FIFA surgiu, em 21 de maio de 1904, de uma reunião, sediada em Paris, de dirigentes de sete países (Bélgica, Dinamarca, Espanha, Holanda, França, Suécia e Suíça), eivada da premissa de se criar um torneio aberto de futebol entre os países. A ideia, a priori, não se concretizou de imediato, tendo a entidade que esperar até 1914, quando reconheceu os Jogos Olímpicos e os Campeonatos Amadores de Futebol, passando, a partir de então, a organizá-los, o primeiro subsidiando o COI. (VON GROLL, 2010).

Do ponto de vista estrutural, possui 211 associações nacionais filiadas, número, inclusive, maior que o número de países associados à Organização das Nações Unidas (ONU) e sede própria em Zurich, na Suíça. Estatutariamente, a entidade adota quatro idiomas oficiais, quais sejam: alemão; espanhol; inglês e francês e uma estrutura interna bastante complexa, sendo o seu Congresso (reunido uma vez por ano) o seu órgão mais importante e decisivo que traz para si a competência legislativa. Além dele, o poder executivo é exercido pelo Comitê Executivo, capitaneado pelo Presidente, eleito pelas entidades associadas, e o poder administrativo pelo Secretário-Geral, auxiliado por 25 (vinte e cinco) Comitês Permanentes. A função jurídica, a seu turno, é entregue a 3 (três) órgãos de diferentes, são eles: Comitê de Ética; Comitê Disciplinar e Comitê de Recurso (FIFA, 2018). Posto isto, sob o prisma de seu organograma estrutural, e no afã da pesquisa de afirmá-la como uma organização internacional, a FIFA comporta (por assim dizer) as exigências doutrinárias atinentes ao organograma. (CUNHA, p.130, 2017).

Destarte, no tocante ao regime de competência (princípio da especificidade), adotado como critério técnico-jurídico de personalidade das organizações internacionais, a FIFA detém, materialmente, consoante inferido alhures, *know how* e *expertise* nas atividades de governança e organização de toda a estrutura do futebol, sem prejuízo, ainda, da competência normativa exarada de seus órgãos legislativos, sob a qual estão subordinadas as suas Confederações e, em cadeia, as Federações Nacionais. (CUNHA, 2017, p.130)

Em paralelo, a personalidade funcional da FIFA tem guarida no reconhecimento internacional de sua prerrogativa – referendada pela sua filiação ao COI – de organizar e administrar o futebol, tendo sido instituída

para tal finalidade (especialidade), mediante ato constitutivo. (CUNHA, p.128, 2017)

Outrossim, vozes contrárias ao enquadramento da FIFA como organização internacional suscitam (embasados no olhar restritivo do Projeto Dupuy de 1973) a incapacidade desta de celebrar tratados internacionais, os quais, segundo parte da doutrina, correspondem a expressão formal de um acordo multilateral internacional de relevância política, nascido da convergência de vontades (*pacta sunt servanda*) entre Estados e Organizações Internacionais ou tão somente entre Estados. (MAZZUOLI, 2014, p.198) (ARAÚJO, 2014, p.11). Partindo-se desta premissa, portanto, ao contrário dos que advogam contra o enquadramento, a definição supra-transcrita, seja do excerto doutrinário ou do Projeto Dupuy, reitera o caráter de organização internacional da FIFA, notadamente pelo fato de que os protocolos contratuais celebrados entre ela e os países sede, sob a nomenclatura de acordos executivos, carecem de internalização jurídica ao direito estatal – não aos moldes, é evidente, da teoria da incorporação de Tratados Internacionais – à exemplo do que ocorreu, por exemplo, com o Brasil em 2014, quando da aprovação pelo Congresso Nacional da Lei Geral da Copa, diploma normativo tendente a efetivar o teor do acordo celebrado entre o Brasil, como país-sede do Mundial de 2014 e a FIFA.¹³⁹ (ARAÚJO, p.17, 2014). Claramente, partindo-se de um juízo análogo, também válido do ponto de vista hermenêutico, os Acordos Executivos, levando em conta os pontos convergentes e a vocação dessas espécies jurídica de gerar obrigações *inter partes*, fariam às vezes de um Tratado.

Ex positis, no elenco de critérios, a presente pesquisa assenta-se, mesmo diante da controvérsia que se debruça sobre a natureza jurídica internacional da FIFA, no campo (minoritário, ou não) favorável ao seu enquadramento como organização internacional de matiz não estatal das mais relevantes do mundo contemporâneo.

139 ARAÚJO, Luciano Martins. Convencionalidade. Supralegalidade: tratado FIFA e a internação de normas e tratados alienígenas. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul p.17. 2014.

2. Do exercício do direito de ação da FIFA, como organização internacional, perante o Tribunal Constitucional Internacional.

O Tribunal Constitucional Internacional, nascido das aspirações democráticas de Moncef Mazourki (primeiro presidente democraticamente eleito da Tunísia após a queda da ditadura de Zine Ben Ali, deposto pela Revolução de Jasmin), já avança em suas discussões no sentido de, cada vez mais, tornar-se uma grata realidade na ordem jurídica internacional. (RAMOS, 2014). O projeto de tratado contitutivo do Tribunal Constitucional Internacional - que tem como um de seus expoentes o insigne cátedra luso Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha - prevê a criação de uma Corte Constitucional voltada para uma atuação mais efetiva na tutela dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito no âmbito da Sociedade Internacional, exercendo, para tanto, uma dupla função jurisdicional sem precedentes na história da ordem jurídica internacional. (RAMOS, 2014).

Esta dupla função, com matiz consultiva e jurisdicional, aliás, empresta, no entendimento da pesquisa presente, a legitimidade e força jurídica que tanto fazem falta, sob o pretexto – mormente dos Estados – de deflagração do discutível conceito clássico de soberania nacional, ao Direito Internacional Público. Esta concepção ou reinvenção da soberania, em uma análise jurídico-política global, é, também, em tempo, medida necessária para evitar a utilização deste conceito como uma espécie de super salvo-conduto a ditas “democracias” mundiais, permitindo assim que mais abusos aos direitos humanos sejam colocados à prova e cobertos pelo manto da impunidade. (MENEZES, p.686, 2017) (AQUINO e SOUZA, 2018).

Feitas algumas considerações a respeito do Tribunal, embora fosse desejo tecê-las com mais afinco (o que será objeto de outro articulado), cumpre questionar: em que a FIFA se relaciona com o Tribunal Constitucional Internacional? Por qual motivo desejou-se trazer à baila discutir o seu direito de ação?

Expressamente, o projeto de Tratado do Tribunal Constitucional Internacional, nomeadamente em seu artigo 18, nº2, preconiza que a jurisdição da Corte poderá ser provocada, por meio de petição escrita (Re-

curso Individual, sendo facultada a representação por procurador), pelas organizações internacionais não estatais (não governamentais) com estatuto reconhecido. (CUNHA, 2013, p.520,).

Ora, concebendo-se a FIFA, à luz dos argumentos jurídicos já aventados, como organização internacional, faz-se pertinente entregar-lhe, com importante ressalva, o direito de ação propalado. Esta ressalva, advinda do juízo opinativo da pesquisa presente e sem qualquer menção no texto do Tratado do Tribunal, embora restritiva e um tanto relativizante, acena a um contributo essencial a harmonia plena entre a importância do desporto (neste cenário, do futebol) e a função precípua do Tribunal, sob pena de não desvirtuá-la. Assim, a FIFA, em obediência ao princípio da especificidade, só deve exercer tal direito precedida de constituída violação aos direitos humanos no âmbito do futebol, seu “lugar de fala”.

Desta maneira, a prerrogativa de acionar o Tribunal Constitucional Internacional, obedecendo, por evidente, a necessidade de esgotamento recursal à nível estatal, poderia ser utilizado pela FIFA no combate a condutas preconceituosas e anti-pluralistas no campo do futebol. À título exemplificativo, convém relatar o caso que envolveu a ex-presidente da República da Irlanda e ex-alta comissária da ONU para direitos humanos, Mary Robinson e o ex-representante especial da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, John Ruggie, que enviaram uma carta endereçada ao então presidente da FIFA, Josef Blatter, requerendo atenção da entidade futebolística para a violação de direitos humanos nos grandes eventos que realiza. O caso se deu, precipuamente, pela intenção de que a FIFA e seus patrocinadores integrem, de forma efetiva, a política de direito humanos em seus processos de decisão internos. A mensagem enviada pela ONG britânica *Institute for Human Rights and Business (IRHB)*, embasada, dentre outros episódios, na morte de sete operários que trabalhavam na construção das Arenas da Copa do Mundo de 2014, no Brasil, e dos 44 (quarenta e quatro) imigrantes nepaleses que foram ceifados em obras destinadas ao Mundial de 2022 no Catar, poderia servir de precedente para que a FIFA, voluntariamente, e diante da existência do TCI, provocasse, primeiro, em foro doméstico, a Justiça dos países em questão no sentido de acionar, solidariamente, o capital privado e as Fazendas responsáveis pelas obras. (AGÊNCIA BRASIL, 2018). Caso não lograsse êxito nas investidas judiciais e, sendo esgotadas as vias recursais possíveis do Direito

Interno, tanto do Brasil quanto do Catar, abria-se o precedente, caso já implementado estivesse o Tribunal Constitucional Internacional (e anuído o seu tratado constitutivo pelos países envolvidos), para que a FIFA manejasse as vias necessárias para cobrar dos Estados (e estes, por via regressiva internas, as empresas nacionais envolvidas), mediante jurisdição soberana, a tomar as medidas eficazes e necessárias, não apenas para arcar com os desdobramentos financeiros da questão, mas sim, também, para cobrar que, ambos, adotassem mecanismos jurídicos e logísticos capazes de evitar mais tragédias desta estirpe. Em uma análise antagônica, poderia o Brasil, também, na condição de Estado signatário do eventual Tratado, acionar a FIFA junto ao seu Direito Interno e, por conseguinte, seguindo a regra do esgotamento de instâncias, acioná-la perante o Tribunal Constitucional Internacional, eis que se tivesse a entidade futebolística capacitada de ativa, possuiria, outrossim, capacidade passiva. (AGÊNCIA BRASIL, 2018). O lamentável episódio envolvendo os operários no Catar, contudo, felizmente, tem sinalizado ao mundo uma certa sensibilização da FIFA e um iminente desejo da entidade de integrar-se, de fato, nas políticas de Direitos Humanos, personificado na criação do Conselho de Direitos Humanos da FIFA, cuja eficácia será colocada à prova nos próximos anos, oportunidade em que o mundo testemunhará se, de fato, a sua criação atingiu o fim que se espera (LEISTER FILHO, 2017) (FIFA, 2017).

Outro caso interessante, e que poderia notoriamente ser utilizado para exemplificar um cenário em que a FIFA poderia exercer seu direito de ação junto ao TCI, foi a carta escrita, desta vez, pela *Human Rights Watch*, endereçada a FIFA, alertando a entidade de que a integridade dos Direitos Humanos estava em perigo no Mundial da Rússia 2018. (SAPO, 2018). Neste Mundial, em específico, o governo russo utilizou-se do aparato estatal para calar as vozes que militavam em favor dos Direitos Humanos durante a competição, chegando, inclusive, a prender manifestantes, em evidente heresia ao direito de reunião, um dos alicerces do desporto, direito social (e fundamental) internacionalmente reconhecido. Neste caso, porém, na eventualidade de existir o Tribunal Constitucional Internacional, seria impossível que a entidade, mesmo querendo, acionasse o Tribunal contra o governo russo, visto que, por questões evidentes, o país não seria signatário do Tratado, não ficando, portanto, sujeito a sua jurisdição. Tampouco, em consecutivo, tal direito lhe seria viável, visto que a

FIFA ficaria impossibilitada de exercer plenamente a prerrogativa de ação à Corte, notadamente pela exigência do esgotamento das instâncias internas. Assim sendo, para que a FIFA tivesse, na integralidade, não apenas o direito por si só, mas a sua efetividade, a cláusula, lúcida e coerente – diga-se de passagem – que condiciona a interposição de Recurso Individual ao TCI ao esgotamento das vias recursais internas precisaria ser revista, que, claramente, não seria razoável, o que, em certa medida, seria plausível, visto que nenhum direito, por mais autêntico que seja, deve ser absoluto.

Em verdade, apesar de todos os esforços argumentativos em prol da viabilidade do direito de ação da FIFA no íntimo do TCI, tal prerrogativa, por mais real que fosse, não seria, no campo prático da vida, utilizado, afinal a entidade máxima do futebol, para desolação do desporto (e do futebol), move-se, mesmo diante da tímida sinalização em contrário, em favor do lucro e de seus próprios interesses políticos. Admitindo-se a existência do TCI, a litigação positiva da FIFA em suas barras seria utópica e perfeitamente relegada a esterióticos ideais, há muito, distantes da realidade.

Contudo, negar, sob o ponto de vista jurídico-processual, o eventual direito da FIFA de provocar o Tribunal Constitucional Internacional seria agir ao arrepio legal, mesmo sabendo-se que, dificilmente, a entidade faria jus a ele, visto que nem sequer toma as medidas administrativas que se espera. A pesquisa, pois, assentada na esperança de que as mentalidades alteram-se com o passar dos séculos, a ponto de tornar possíveis coisas impossíveis (como a União Europeia, o Euro, ou até mesma a discussão do TCI), ousa, mesmo contrariando todos os prognósticos possíveis, desbravar a questão. (CUNHA, 2016).

Conclusões

Inobstante aos utensílios argumentativos utilizados e os esforços no sentido de entregar a FIFA um direito de ação que lhe seria ínsito ao seu caráter jurídico, não se vislumbra no horizonte, pelo menos não de forma imediata, a perspectiva de exercício efetivo deste direito pela entidade, não pela impossibilidade processual, mas por vontade política de afrontar condutas autoritárias no campo do futebol, alheias aos seus interesses econômicos, aliado aos entraves envolvendo a criação do Tribunal Constitucional Internacional que, apesar de já estar a sua criação

em avançados debates, ainda não é terra concreta, muito embora já se a veja no horizonte.

Colimado a isto, as cláusulas processuais, previstas no texto original do Projeto de Tratado, que condicionam o regular exercício do direito de ação ao esgotamento das vias recursas estaduais, obsta uma atuação mais efetiva (não somente da FIFA, por evidente, mas na generalidade dos casos) em favor dos Direitos Humanos frente à regimes que exercem notório domínio político sobre a função jurídica de poder. A cláusula, apesar de apresentar-se como um entrave, merece, por atender a postulados sensíveis de Direito Internacional, subsistir, tornando-se, assim, *in casu*, um precedente, aliado a precedência de pertinência temática, de relativização do deste direito de ação imputado à FIFA, visto não ser absoluto (e assim deve continuar).

De igual modo, a interpretação da materialização da relação jurídica da FIFA com os Estados, pela via dos Acordos Executivos (que prescindem de uma certa transposição para a ordem interna dos Estados), deve ser vista, analogamente, como a faculdade originária ínsita as organizações internacionais e, portanto, como vertente apta a fomentar os debates em sentido favorável a consideração da FIFA como organismo internacional não estatal.

Ademais, faz-se pertinente analisar, sob a ótica global dos acontecimento, que a influência política da FIFA é fator determinante não somente para autoafirmá-la como organização internacional, mas para reiterar, à pretexto de defender o desporto, o seu poder na Sociedade Internacional.

Considerando-se, ainda, a singela sinalização da entidade (amoldada na criação do Conselho de Direito Humanos em seu âmbito administrativo) no sentido de, por vontade política, integrar-se em um sistema que por vocação deve pertencer, prenuncia um eventual exercício mais efetivo e positivo do direito de ação perante o Tribunal Constitucional Internacional por parte da FIFA.

Igualmente, obedecendo a tácita licença arumentativa das contendas científicas, o direito de ação, no tocante a atuação da FIFA, deve submeter-se a pertinência temática, visto que a natureza jurídica da entidade deve manifesta reverência a especificidade de sua atuação na administração do futebol. Neste ponto, em específico, e a título sugestivo, deveria o Projeto de Tratado adstringir o direito de ação das organização inter-

nacionais não governamentais, dentre elas a FIFA, a relação das violações com os seus espaços de ação e governança.

Noutro giro, coligado ao seu fator social, a importância efetiva do futebol na vida da sociedade contemporânea, capaz, até mesmo, de traduzir as realidades nacionais, não pode ser olvidada e serve de firmamento para o dimensionamento do direito adjetivo em apreço.

In fine, alicerçando-se na vetorização social do desporto – assentanda na posituação jurídica transnacional (também constitucional e infraconstitucional doméstica de algumas ordens jurídicas) – não há como refutar o direito adjetivo que se procura atribuir a FIFA, direito este que se vale do papel político que a entidade desempenha e a faz uma das maiores e mais relevantes do globo.

Referências bibliográficas

ACORDO EXECUTIVO DE COOPERAÇÃO, 2018. UEFA e Conselho Europeu, Bruxelas, 21 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/EuroExperience/uefaorg/EuropeanUnion/02/53/98/34/2539834_DOWNLOAD.pdf. Acesso em: 02 de fevereiro de 2019.

ARANTES, Andrea Benedetto. **A soberania nacional frente aos comandos da FIFA no país sede da Copa do Mundo de 2014: Brasil.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11157&revista_caderno=9. Acesso em: 03 de fevereiro de 2019.

ARAÚJO, Luciano Martins. **Convencionalidade. Supralegalidade: tratado FIFA e a internação de normas e tratados alienígenas.** Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul p.17. 2014.

CARTA EUROPEIA DO DESPORTO, 1992. 7ª Conferência europeia do Desporto, Rhodes. Disponível em: <http://www.idesporto.pt/DATA/DOCS/LEGISLACAO/Doc120.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2019.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Constitucional Geral**. Nova edição: aumentada, revista e atualizada. Lisboa, Quid Juris, 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Internacional: raízes & asas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Tribunal Constitucional Internacional**, 2016. (57m17s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ADLMoPyJ0K0&t=3069s>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2019.

Estatuto da Fédération Internationale de Football Association – FIFA. Disponível em: <https://es.fifa.com/about-fifa/who-we-are/the-statutes.html>

FIFA's Human Right Policy, 2017. Zurich, Suíça. Disponível em: https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/footballgovernance/02/89/33/12/fifashumanrightspolicy_neutral.pdf. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019

FORMIGA, Bruno. **Polêmicas Vazias: Real Madrid x Barcelona**. 2017. (14m49s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=woqVWhP-qs4&t=300s>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019.

Human Rights Watch deve aproveitar mundial de futebol para melhorar direitos humanos na Rússia. Sapo 24, Portugal, 15 de maio de 2018. Disponível em: <https://24.sapo.pt/atualidade/artigos/human-rights-watch-fifa-deve-aproveitar-mundial-de-futebol-para-melhorar-direitos-humanos-na-russia>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2019.

LAVA JATO: entenda a denúncia sobre a Arena das Dunas. Portal G1, Rio de Janeiro, 17 de abril de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/lava-jato-entenda-a-denuncia-sobre-a-arena-das-dunas.ghtml>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2019.

LEISTER FILHO, Adalberto. **Com patrocinadores, Conselho de Direitos Humanos da FIFA tem 1ª reunião**. Máquina do Esporte, UOL, 2017. Disponível em: https://maquinadoesporte.uol.com.br/artigo/com-patrocinadoras-conselho-de-direitos-humanos-da-fifa-tem-1-reuniao_32114.html. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENEZES, Quênída de Rezende. **Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos eos Direitos Humanos**. Revista de Direito Getúlio Vargas. Volume 13, nº 2º, 2017. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/tribunal-constitucional-internacional-para-garantir-direitos-democraticos>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

NOGUEIRA, Carlos. **Old Firm: o velho dérbi de raízes políticas, religiosas e étnicas**. Diário de Notícias, Portugal, 23 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.dn.pt/desporto/interior/old-firm-o-velho-derbi-de-raizes-politicas-religiosas-e-etnicas-8791009.html>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2019.

ONG aponta violação dos direitos humanos na Rússia e pede apoio à FIFA. Agência Brasil, EBC, Brasília, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-05/ong-aponta-violacao-direitos-humanos-na-russia-e-pede-apoio-fifa>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

RAMOS, Graça Andrade. **Nova Constituição da Tunísia permite ateísmo e consagra igualdades entre homens e mulheres**. Disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/mundo/nova-constituicao-da-tunisia-permite-ateismo-e-consagra-igualdade-entre-homens-e-mulheres_n712514. Acesso em: 04.11.2018

RODRIGUES, Maria Ramalho. **O poder institucional da FIFA como ator não estatal na política internacional**. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Portugal, 2015.

SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **Diretrizes para a consolidação de uma Corte Constitucional Internacional**, p.6. Convenit Internacional 28. Set-Dez 2018. CEMOROC-FEUSP/IJI – Univ. do Porto. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323994585_Diretrizes_para_a_consolidacao_de_uma_Corte_Constitucional_Internacional

UEFA e Comissão Europeia renovam acordo de cooperação em Bruxelas. UEFA, Portugal, 21 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://pt.uefa.com/insideuefa/mediaservices/newsid=2539292.html>

VINÍCIUS, Marcus. **Futebol, do sonho à realidade: acompanhamento e complementação educacional no contexto de atletas profissionais e alunos.** Universidade do Futebol, 2018, p. 1-2. Disponível em: <https://universidadedofutebol.com.br/wpcontent/uploads/2018/12/SUBMISS%C3%83O.pdf>. Acesso em: 30 de jan de 2019.

VON GROLL, Marcus. **Origem e História da FIFA.** Travinha Esportes, Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <http://travinha.com.br/2010/04/27/fifa-a-historia/>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2019.

O PAPEL FEMININO NAS GUERRAS DOS SÉCULOS XX E XXI – UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL

Larissa Machado Cruz

INTRODUÇÃO

Quando se analisa não apenas a literatura mundial, mas também as obras da sétima arte, percebe-se que o papel feminino é relegado, muitas vezes, ao de uma figura passiva, frágil, servil, por vezes até mesmo “domesticada” e que está sempre à espera do amor verdadeiro que a salve de seus conflitos emocionais. É evidente, entretanto, que isto nem sempre é verdade, pois existem inúmeros livros e filmes que retratam a mulher como ela realmente é: maternal e apaixonada pela vida, sim, porém também forte, viva, cheia de personalidade, culta, ativa em construir sua própria história. A exemplo dessas mulheres, podemos citar personagens icônicas como Mulan, Maggie Fitzgerald, Anna Karenina, Lara Croft, Sarah Connor e Elizabeth Bennet. Fora da ficção também se encontram mulheres expoentes, como as autoras de livros J.K. Rowling, Clarice Lispector, Rachel de Queiroz, Vera Brittain e Jane Austen. O mesmo pode se dizer na música, ou na ciência.

A lista de mulheres que revolucionaram o mundo, não apenas na fantasia, mas também na realidade, é imensa e poderia ser citada à exaustão. Todavia, há um aspecto que não se pode olvidar: ainda que a mulher, com o passar das décadas e séculos, tenha ocupado espaços onde, em gerações

antigas, ela jamais chegaria, ela ainda é muitas vezes discriminada, violentada, torturada e assassinada em virtude de seu gênero, motivo pelo qual ela é objeto de proteção específica em instrumentos internacionais, juntamente com crianças e idosos, por fazer parte de um grupo considerado mais suscetível às diversas intempéries, como por exemplo, a guerra. Desta forma, a hipótese central que se levanta é: ainda que existam instrumentos jurídicos que visem à proteção da mulher em tempos de conflitos armados, tais positivamente não são suficientes para que elas sejam, de fato, salvaguardadas.

Nesta esteira, apesar de a história das guerras ser contada majoritariamente pelo olhar de soldados, generais, capitães, e tantos outros de patentes militares, é certo que as mulheres tiveram um papel importantíssimo no desenrolar dos conflitos ao longo dos anos. A elas não foi imposto apenas o papel de afazeres domésticos ou o de esperar o retorno de maridos, filhos, irmãos e pais. Muito pelo contrário, se analisarmos os períodos que abarcaram a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, percebe-se que as mulheres trabalhavam em indústrias, especialmente bélicas, sendo que muitas vezes eram enviadas para os campos de batalha, fossem como médicas, enfermeiras, cozinheiras, lavadeiras, fossem como combatentes nos fronts.

Avançando um pouco mais na história, durante a década de 90, o mundo assistiu a conflitos como os da Bósnia, onde o estupro foi deliberadamente utilizado como arma de guerra. No século XXI, durante a guerra na Síria, iniciada em 2011, várias mulheres combateram, principalmente ao lado dos rebeldes curdos que pretendiam derrubar o ditador Bashar Al-Assad. Assim, é exatamente neste sentido que se apresenta o objetivo do presente trabalho: analisar quais foram os papéis desempenhados pelas mulheres e como eram as condições de sobrevivência durante estas quatro guerras selecionadas para o presente estudo, quais sejam, a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, a Guerra da Bósnia e a Guerra da Síria.

Para responder à hipótese soerguida e para atingir o propósito destes estudos teóricos, que se baseiam tanto na pesquisa documental, quanto na pesquisa bibliográfica, será analisado através do método explorativo, por meio de filmes, jornais, documentários e livros, como era a realidade das mulheres durante as guerras do século XX e como elas vivem atualmente, durante os conflitos armados do século XXI. Após esta introdução histórica e sociológica, através do método hermenêutico, será feita uma breve

linha do tempo com os principais instrumentos jurídicos no âmbito do direito internacional que demonstram como a mulher é protegida, especialmente em tempos beligerantes.

A conclusão destes escritos é a de que mesmo que atualmente a mulher já tenha alcançado patamares sociais muito mais relevantes do que durante o século XX, tanto no âmbito pessoal, quanto no âmbito profissional, é certo que ainda há um longo caminho a se percorrer. A legislação internacional, apesar de bem intencionada, ainda não conseguiu alcançar plenamente os seus objetivos. A mulher continua a sofrer com condutas discriminatórias, com a violência doméstica, física ou psicológica, a sofrer com as jornadas duplas, triplas, quádruplas de trabalho, e mais: a mulher continua morrendo em guerras, seja ocupando o lugar de civil, seja engrossando as filas de combatentes.

A participação da mulher nos conflitos armados dos séculos XX e XXI

A guerra, considerada por Carl von Clausewitz (1979) como um duelo, sempre esteve presente na história da humanidade. É possível dizer, portanto, que inúmeros conflitos surgiram, sendo que todos foram importantes para a história mundial, seja no campo dos avanços tecnológicos, médicos, ou ainda legislativos. Todavia, para os fins pretendidos neste estudo foram selecionadas quatro guerras que, nos mais diferentes aspectos, marcaram profundamente os séculos XX e XXI: a Primeira Guerra Mundial, a Segunda Guerra Mundial, a Guerra da Bósnia e a Guerra da Síria.

A Primeira Guerra Mundial teve origem após um “pequeno conflito entre a Áustria e a Sérvia” (BLAINEY, 2011) e, durante os anos em que a guerra se estendeu (1914-1918), com o aumento de mortes da população masculina, as mulheres começaram a ocupar vários postos de trabalho: laboravam em fábricas de munições, bem como em enfermarias e às vezes até como espãs. Na Grã Bretanha, elas trabalhavam também como mecânicas de aviões. Segundo o pequeno documentário produzido pelo “The Great War” (2015), naquele período, poucas mulheres efetivamente entraram em combate, exceto por alguns exemplos de organizações menores, como o “Russian Women’s Battalion of Death”, um reduzido exército feminino que foi formado com o suporte do governo russo, ou ainda,

pelo “Women’s Royal Air Force” na Grã Bretanha. É importante que se diga que neste período as mulheres lutavam pelo sufrágio e a participação na guerra se transformou em um aliado para a consecução deste objetivo.

Durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) o cenário foi parecido, à exceção do fato de que mais mulheres participaram ativamente dos combates. Na reportagem de O Globo, Sarah Betancourt (2018) informa que nos Estados Unidos poucas mulheres foram convocadas para o exército, sendo que muitas delas continuaram no país e trabalharam em atividades anteriormente consideradas “masculinas”, como carteiras. Na França, algumas faziam parte da resistência, ao passo que na Alemanha as mulheres eram vistas como “mães e donas de casa”, encarregadas de não apenas multiplicar a raça ariana, mas também de auxiliar outras mulheres a fazer o mesmo, especialmente no campo da saúde. Na Grã-Bretanha mulheres trabalhavam em serviços auxiliares da guerra. Na antiga União Soviética, muitas foram recrutadas para serem médicas ou franco-atiradoras.

Neste sentido, Svetlana Aleksíevitch lançou uma obra impressionante: “A guerra não tem rosto de mulher”. O livro conta com a narrativa de várias histórias vividas pelas soldadas soviéticas que lutaram entre 1939 e 1945, atuando como franco-atiradoras, pilotas de tanques ou enfermeiras de hospitais de campanha. A autora diz que o intuito deste livro era dar voz às mulheres, uma vez que “tudo o que sabemos da guerra, conhecemos por uma ‘voz masculina’ (...) já as mulheres estão caladas” (ALEKSIÉVITCH, 2016, p.12). Para ela, “a guerra ‘feminina’ tem suas próprias cores, cheiros, sua iluminação e seu espaço sentimental” (ALEKSIÉVITCH, 2016, p.12) e, ao ouvir o relato dessas soldadas, percebe-se o lado humano dos conflitos, longe das táticas militares. As mulheres contam todas as suas experiências, desde as mais ternas, como pedidos de casamento em meio aos destroços em Berlim, como a maternidade ou o simples fato de ter sobrevivido à guerra, até as vivências mais obscuras, como a morte de pessoas próximas, abortos, assassinatos de crianças e ferimentos nos campos de batalha.

Apesar de a Segunda Guerra Mundial ter sido de enormes proporções, ela não foi a última a que o mundo assistiu. Desde 1945, existiram vários outros conflitos que merecem atenção no presente estudo, sendo que o primeiro deles é a guerra da Bósnia (1992-1995), onde os maiores relatos da população feminina são tão brutais quanto aqueles narrados an-

teriormente. Na Bósnia, as mulheres sofreram um tipo de violência tanto político, quanto de extrema covardia: o estupro. É evidente que nas outras guerras este tipo de ato ocorria, porém a guerra da Bósnia ficou conhecida não apenas pela atroz “limpeza étnica” pretendida, mas também pelo fato de que o estupro era cometido de forma deliberada e sob o conivente conhecimento de todos: participantes da guerra e membros da comunidade internacional. Tais fatos podem ser vistos nos filmes “A Informante” (KONDRACKI, 2010) e “Prova de Redenção” (CASTELLITTO, 2012). Estima-se que durante o período dos conflitos, de 20 mil a 50 mil mulheres tenham sofrido violência sexual, sendo que, até 2014, aproximadamente apenas 70 casos de estupro durante a guerra haviam sido julgados (HUGHES, 2014). No artigo “Campos de estupro: as mulheres e a guerra na Bósnia”, tem-se que:

Nos campos de estupro, geralmente escolas, armazéns, ginásios, hotéis, as mulheres – principalmente as bosniaquinhas (muçulmanas bósnias) – eram obrigadas a ter relações sexuais com mais de um soldado e várias vezes. Algumas ficavam presas durante meses até engravidarem e não poderem mais abortar (...) (PERES, 2016).

Anos após a Guerra da Bósnia, outro conflito surgiu e, devido às suas proporções, também foi escolhido para análise nestes escritos: a guerra da Síria. Iniciada em 2011 e, aparentemente tendo seu fim delineado no corrente ano, a guerra da Síria gerou uma crise humanitária que desde a Segunda Guerra Mundial não se via. Todas as mulheres no país foram afetadas de alguma forma: “deslocadas, refugiadas, viúvas, separadas da família, esforçando-se para sustentar a família após ter perdido o marido, de luto pela morte de um filho (...)” (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2017). Há relatos também de prisões, torturas e estupros. Segundo Fadel Abdul Ghani, chefe de uma ONG que documenta violações de direitos humanos na Síria, “as mulheres são deliberadamente visadas porque sempre tiveram um papel importante na oposição contra Assad. O regime vê a tortura e o abuso sexual de mulheres como uma estratégia de guerra” (O GLOBO, 2018).

Ademais, desde o início da guerra, munidas de lenços coloridos nos uniformes e armamentos pesados, as mulheres na Síria também têm desempenhado o papel de combatentes. Em 2017, elas eram cerca de 7500 voluntárias e lutavam contra o Estado Islâmico, sendo que,

segundo a Veja, “elas pertencem ao YPJ, uma facção feminina formada para lutar pela independência do Curdistão e que faz parte do YPG, a versão síria do Partido dos Trabalhadores do Curdistão (PKK)” (QUEIROZ, 2017).

Percebe-se, portanto, que as mulheres desempenharam papéis muito distintos durante as guerras. Elas foram desde instrumentos para reprodução, como aconteceu com algumas na Alemanha, como também ajudaram de forma decisiva a delinear o curso das guerras, conforme bem explícito por Svetlana Aleksievitch, já que não só a força laboral feminina foi utilizada nas indústrias bélicas, como também a força militar em campos de combate. Assim sendo, uma vez estudado como viviam estas mulheres nos períodos de conflitos, cabe, por conseguinte, uma análise dos instrumentos jurídicos que tratam sobre o assunto.

A legislação internacional de proteção à mulher

Da mesma forma que as guerras sempre estiveram presentes no cotidiano do ser humano ao longo das civilizações, é certo que também sempre houve a intenção de limita-las. Na obra “Direito Internacional da Guerra”, Luciano Vaz Ferreira (2014) menciona que houve vários escritos e escritores que tratavam sobre a contenção do uso da força ou a condução apenas das chamadas “guerras justas”, sendo eles: Sun Tzu, o Velho Testamento, o direito romano, o pensador Cícero, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, e muitos outros, sendo que, uma das primeiras contribuições para o surgimento do direito internacional da guerra foi o livro “Memórias de Solferino” de Henri Dunant (1859).

Após, foram surgindo inúmeros instrumentos jurídicos nesta mesma direção, valendo citar alguns que foram considerados mais expoentes, como a Convenção de Genebra para a Melhoria das Condições dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha (1864), a Declaração de São Petersburgo (1868) e a Convenção de Genebra para a Melhoria da Condição de Feridos, Enfermos e Náufragos Membros de Forças Armadas no Mar (1906). Neste sentido, diz-se que:

As iniciativas podem não ter sido suficientes para impedir o conflito mundial, mas gozam da posição irrefutável de serem as primeiras experiências na produção de normas positivadas e multilaterais aplicá-

veis à guerra, situação que até metade do século XIX era inimaginável (FERREIRA, 2014).

Era evidente que a legislação estava avançando, todavia, com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, o processo foi desacelerado, pelo menos enquanto duraram os conflitos. Surge então, em 1919, a Liga das Nações, de modo que o Pacto da Sociedade das Nações estabelece, logo em seu início, a obrigação dos Estados em não recorrer à guerra. No que se refere ao direito das mulheres, o artigo 7º diz que tanto mulheres como homens têm direito de acessar os órgãos instituídos pela Liga. No artigo 23, tem-se que é obrigação dos países se esforçarem para “assegurar e manter condições de trabalho equitativas e humanas para o homem, a mulher” (PACTO DA SOCIEDADE DAS NAÇÕES, 1919), bem como encarregar-se contra o tráfico de mulheres.

Em 1945, após o término da Segunda Guerra Mundial, na Conferência de São Francisco, foi criada a Organização das Nações Unidas – ONU. No preâmbulo, bem como nos artigos 1º, 8º, 13, 55 e 76 da Carta das Nações Unidas, já se falava no direito de igualdade de gênero (NAÇÕES UNIDAS, 1945). A Carta da Organização dos Estados Americanos (1945) não se diferencia muito da Carta das Nações Unidas e também menciona sobre a não discriminação em razão da condição de mulher.

Em 1948 surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que também inicia seus escritos prezando pela igualdade entre homens e mulheres. O artigo III é importante ao dizer que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, o artigo V também diz que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Apesar de estas não serem disposições específicas sobre mulheres em situação de conflitos armados, é certo que são aplicáveis para o caso em estudo, uma vez que, obviamente, a população feminina que se encontra em zonas de guerra não apenas sofre várias privações, como de alimentos ou de tratamento médico, mas também muitas vezes são presas e torturadas, sejam elas civis ou militares/paramilitares.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) estabelecem à mulher o direito de gozar de suas prerrogativas civis, bem como de não ser discriminada no âmbito laboral e de não ser condenada à pena de morte por quaisquer crimes quando estiverem grávidas. A Con-

venção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (1969), menciona sobre o direito à igualdade e sobre a pena capital. No artigo 27 dispõe que, ainda em situação de guerra, não se poderá produzir nenhum tipo de discriminação:

Artigo 27. Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

Em 1974 surge um dos documentos jurídicos mais importantes para este estudo: a Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Estados de Emergência e de Conflito Armado. Já no primeiro e no segundo artigo, a Declaração menciona que as mulheres e as crianças constituem o grupo mais vulnerável durante os conflitos armados, motivo pelo qual, é proibido o bombardeio e os ataques à população civil, bem como o uso de armas químicas e bacteriológicas. Os artigos, 4º, 5º e 6º também merecem ser citados:

4. Os estados que participem em conflitos armados, operações militares em territórios estrangeiros ou operações militares em territórios submetidos a uma dominação colonial empregarão todos os esforços necessários para evitar às mulheres e às crianças os estragos da guerra. Serão tomadas todas as medidas necessárias para garantir a proibição de atos de perseguição, a tortura, as medidas punitivas, os tratos degradantes e a violência especialmente contra a parte da população civil formada por mulheres e crianças.

5. São considerados atos criminosos todas as formas de repressão e os tratos cruéis e desumanos contra as mulheres e as crianças, incluídos a repressão, a tortura, as execuções, as detenções em massa,

os castigos coletivos, a destruição de moradias e o desalojamento forçado, que cometam os beligerantes no curso das operações militares ou em territórios ocupados.

6. As mulheres e as crianças que façam parte da população civil e que se encontrem em situações de emergência e em conflitos armados a luta pela paz, a livre determinação, a liberação nacional e a independência, ou que vivam em territórios ocupados, não serão privados de alojamento, alimentos, assistência médica nem de outros direitos inalienáveis, em conforme com as disposições da Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração dos Direitos da Criança e outros instrumentos de Direito Internacional.

A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), em seu preâmbulo, relembra que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, ao passo que, no artigo 1º, explica que a discriminação é todo ato que tente excluir ou restringir a pessoa baseada em seu gênero. Nos artigos 2º e 3º, têm-se disposições importantes a este estudo:

Artigo 2º

Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

- a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados a realização prática desse princípio;
- b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;

- c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;
- d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;
- e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;
- f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;
- g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.

Artigo 3º

Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.

Apesar de a Convenção não mencionar sobre a situação de guerra, tal documento não poderia ser olvidado, uma vez que é importante ao definir de forma quase completa o tratamento que se deve dispensar à mulher para que ela possa ser inserida na sociedade de forma igualitária, “no campo político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro” (BRASIL, 1979). Uma crítica que se deve fazer, no entanto, é o fato de a Convenção não tratar sobre a proibição do uso da violência contra a mulher.

Por outro lado, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) trata especificamente sobre a violência, não mencionando em seu texto, contudo, a

situação da mulher. Em seu artigo 2º, §2º, o instrumento jurídico garante que nem a guerra, nem a instabilidade política, revelam-se justificáveis para a utilização de tratamentos desta monta. Em 1994, temos a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, onde se estabelece que o conceito de violência seria “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. O artigo 4º estabelece os direitos das mulheres, ao passo que o artigo 7º estabelece os deveres dos Estados, que inclui, dentre eles, adotar políticas legislativas e jurídicas que auxiliem no combate às agressões femininas.

A Declaração de Pequim Adotada pela Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz, de 1995, em seu documento de apresentação, diz que, em tempos de conflitos, vários países realizam vultosos gastos com armamentos e outras despesas militares, de modo que não sobram recursos para se investir no desenvolvimento humano. Diz-se ainda que “(...) as mulheres vivendo em situações de conflito armado, ocupação estrangeira, guerras de agressão, guerras civis, terrorismo, inclusive tomada de reféns, são também particularmente vulneráveis à violência”. Neste sentido:

(...) as guerras de agressão, os conflitos armados, a dominação colonial ou outras formas de dominação externa e de ocupação estrangeira, as guerras civis e o terrorismo seguem assolando muitas partes do mundo. Violações graves são cometidas contra os direitos humanos das mulheres, principalmente em épocas de conflito armado, e incluem o assassinato, a tortura, as violações sistemáticas, a gravidez forçada e os abortos forçados, em particular nos lugares onde são praticadas políticas de depuração étnica.

A manutenção da paz e da segurança em nível mundial, regional e local, junto com a prevenção das políticas de agressão e de depuração étnica e a solução dos conflitos armados, tem importância decisiva na proteção dos direitos humanos das mulheres e das meninas, assim como na eliminação de todas as formas de violência contra elas e de seu uso como arma de guerra.

Nesta esteira, a Declaração de Pequim Adotada pela Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres propôs algumas medidas para ao menos tentar melhorar as condições das mulheres em situação de conflitos armados, dentre elas, podem-se citar o dever dos Estados de assinarem e ratificarem instrumentos jurídicos que tratem sobre a salvaguarda da população feminina, o respeito às normas do direito internacional humanitário e a adoção das medidas necessárias para proteger as mulheres e as crianças, em particular contra a violência, o estupro, a prostituição forçada e qualquer outra forma de agressão ao pudor, além de fornecer a estas vítimas o auxílio para tratamento físico e psicológico.

Com o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1998), tem-se, no artigo 7º e 8º, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, estando compreendidos neles a agressão ou a escravatura sexual, a prostituição forçada, a gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual, além de ataques deliberados à população civil. Todavia, a dificuldade em se punir estes crimes reside no fato de que existem alguns critérios para que isso aconteça, conforme explicitam os artigos 11, 12 e 13 do Estatuto, pois,

O Tribunal não possui jurisdição universal. Ele só pode exercer sua jurisdição se:

- O acusado é um nacional de um Estado Parte ou de qualquer Estado que aceite a jurisdição do Tribunal;
- O crime tiver ocorrido no território de um Estado Parte ou de qualquer Estado que aceite a jurisdição do Tribunal;
- O Conselho de Segurança das Nações Unidas tenha apresentado a situação ao Procurador, não importando a nacionalidade do acusado ou o local do crime;
- O crime tiver ocorrido após 1º de julho de 2002;
- Caso o país tenha aderido ao Tribunal após 1º de julho, o crime tiver ocorrido depois de sua adesão, exceto no caso de um país que já tivesse aceito a jurisdição do Tribunal antes da sua entrada em vigor (USP, 2019).

O que se percebe, portanto, é que ainda hoje há uma dificuldade grande em se punir os responsáveis pelas violações contra as mulheres, especialmente nos campos de batalha, e isto ocorre pelo fato de que, na

maioria das vezes, não se sabe quem foram as pessoas que cometeram os crimes de guerra ou os crimes contra a humanidade, conforme citados acima, mas não apenas isso, ressalta-se que o limite temporal imposto pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional também constitui um óbice para tanto o julgamento destes atos. A sensação que se tem no ambiente internacional é de que o descaso continuará a ser um empecilho na busca destas mulheres pela justiça que lhes cabe.

Conclusão

Em um dos últimos depoimentos que existem no livro “A guerra não tem rosto de mulher”, uma soldada chamada Elena Boríssovna Zviáguin-tseva menciona que “(...) sem ser mulher não dá pra sobreviver na guerra. Nunca tive inveja dos homens. Nem na infância. Nem na juventude. Nem na guerra. Sempre fui feliz por ser mulher” (ALEKSIÉVITCH, 2016, p.377). Elena foi uma sobrevivente da Segunda Guerra Mundial. Muitas mulheres, entretanto, não puderam viver para narrar seus feitos ou simplesmente calaram-se, em um gesto de autocensura.

Assim, diante de tudo o que foi escrito, chega-se à conclusão de que as mulheres tiveram um papel importantíssimo na história mundial durante as guerras, não apenas trabalhando em funções indiretas que ajudavam nos conflitos, como também combatendo. Todavia, nem só de heroísmo foram feitas estas histórias, pois, como foi estudado, as mulheres durante a guerra foram vistas, muitas vezes, como instrumentos de “purificação das raças”, motivo pelo qual sofriam e sofrem com estupros e maternidades indesejadas, além de abortos, sendo que, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, muitas também eram discriminadas por terem servido como soldadas ao exército, sendo consideradas “menos femininas” pela sociedade machista e intolerante que as cercava.

Neste sentido, a legislação internacional não foi capaz de erradicar as adversidades sofridas pela população feminina. Explica-se: durante as duas Grandes Guerras não havia instrumentos jurídicos capazes de salvaguardar a vida e a dignidade destas mulheres. Após o ano de 1945 é que novas iniciativas foram formuladas no que diz respeito aos direitos humanos, no entanto, não apenas nos conflitos dos anos 90, em especial na guerra da Bósnia, como também nos dos anos 2000, a mulher civil ainda é objeto

de sequestros, de estupros, de torturas e de assassinatos, ao passo que a mulher militar/paramilitar também sofre com as mazelas da guerra, como as soldadas da Síria.

Há, portanto, uma verdade inegável: o mundo ainda padece com as guerras e com elas, as mulheres também. A realidade da mulher em ambientes de conflitos raramente se dá da forma como foi mostrada no filme “A Hora Mais Escura”, onde a personagem principal passeia pelo Afeganistão com óculos escuros e roupas limpas. A realidade é muito mais dura para as mulheres que estão em Estados conflituosos, sejam elas civis ou militares/paramilitares. Neste sentido, Declaração de Pequim Adotada pela Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres (1995) é enfática ao dizer que é necessária a

(...) elaboração de programas de formação para todo o pessoal que trata de questões de direito internacional humanitário e de direitos humanos e recomendar que se dê esse tipo de formação àqueles que participam nas operações de assistência humanitária de manutenção da paz nas Nações Unidas, com o objetivo, especialmente, de prevenir a violência contra a mulher;

É preciso que a legislação internacional não apenas reforce o seu arcabouço de instrumentos que coíbam o abuso de mulheres, como também se esforce para fornecer meios que sejam capazes de punir crimes de guerra ocorridos, como as violências sexuais perpetradas na Bósnia nos anos 90 e na Síria, atualmente. A impunidade apenas serve como reforço para que estas práticas temerárias, que são vistas politicamente como armas de guerra, continuem a ocorrer. Neste sentido, é preciso, ainda, que órgãos como a Organização das Nações Unidas se esforcem para fornecer atendimento a essas vítimas da guerra, não apenas no aspecto físico, mas também psicológico.

Referências

ALEKSIÉVITCH, Svetlana. **A guerra não tem rosto de mulher**. Tradução Cecília Rosas – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

BETANCOURT, Sarah. Exposição mostra papel das mulheres na Segunda Guerra Mundial. 2018. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/boa-viagem/exposicao-mostra-papel-das-mulheres-na-segunda-guerra-mundial-22718102>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

BIGELOW, Kathryn. A hora mais escura. Direção de Kathryn Bigelow. Estados Unidos da América: Annapurna Pictures, 2012. (157 min.), son., color.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do século XX** – 2. ed. – São Paulo, SP: Editora Fundamento Educacional, 2011.

DECLARAÇÃO DE PEQUIM ADOTADA PELA QUARTA CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE AS MULHERES: Ação Para Igualdade, Desenvolvimento e Paz. Pequim, China, 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 40, de 1991. **Convenção Contra A Tortura e Outros Tratamentos Ou Penas Cruéis, Desumanos Ou Degradantes.** Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 4377, de 2002. **Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Eliminação Contra a Mulher.** Brasília, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos.** Brasília, 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 4377, de 13 de setembro de 2002. **Convenção Sobre A Eliminação de Todas As Formas de Discriminação Contra A Mulher**. Brasília, 14, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 05 fev. 2019.

BRASIL. Decreto nº 4388, de 1998. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Brasília, 25 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 09 mar. 2019.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, de 26 de junho de 1945. São Francisco, Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, de 30 de abril de 1948. Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 30 jan. 2019.

CASTELLITTO, Sergio. **Prova de Redenção**. Itália/Espanha: Picomedia Alien Produzioni, 2012. (127 min.), son., color.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: Pacto de São José da Costa Rica. São José, Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 30 jan. 2019.

CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES. Nova Iorque, 1984. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ”. Belém do Pará, Brasil, 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. UNICEF. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

DECLARAÇÃO DE PEQUIM ADOTADA PELA QUARTA CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE AS MULHERES. Pequim, China, 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019.

DECLARAÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO DA MULHER E DA CRIANÇA EM ESTADOS DE EMERGÊNCIA E DE CONFLITO ARMADO. Resolução nº XXIX, de 1974. Nova Iorque, 14, Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecProtMulCriEstEmerConfArm.html>>. Acesso em: 05 fev. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **O sofrimento das mulheres sírias.** 2017. Disponível em: <<https://www.icrc.org/pt/o-sofrimento-das-mulheres-sirias>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

FERREIRA, Luciano Vaz. **Direito Internacional da Guerra.** Jundiaí: Paco Editorial, 2014. 103 p.

HUGHES, Stuart. **Vinte anos depois, vítimas de estupros na Guerra da Bósnia perdem esperanças.** 2014. BBC. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/04/140331_bosnia_estupros_1k>. Acesso em: 03 fev. 2019.

KONDRACKI, Larysa. **A INFORMANTE.** Direção de Larysa Kondracki. Canadá: Barry Films, 2010. (112 min.), son., color.

O GLOBO. **O drama de mulheres em prisões do regime sírio.** 2018.

Deutsche Welle. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/o-drama-de-mulheres-em-prisoos-do-regime-sirio.ghtml>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

PACTO DA SOCIEDADE DAS NAÇÕES. França, 1919. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/pacto-da-sociedade-das-nacoes-1919.html>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

PERES, Andréa Carolina Schvartz. Campos de estupro: as mulheres e a guerra na Bósnia. **Cadernos Pagu**, Campinas, SP, n. 37, p. 117-162, abr. 2016. ISSN 1809-4449. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8645009>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

QUEIROZ, Luiza. **Quem são as mulheres curdas que combatem o Estado Islâmico?** 2017. Veja. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/quem-sao-as-mulheres-curdas-que-combatem-o-estado-islamico/>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

THE GREAT WAR. **Sustaining Total War - Women in World War One.** Grã Bretanha: David Voss, 2015. Son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?time_continue=14&v=7cVSjzu-vThE>. Acesso em: 01 mar. 2019.

USP. **Tribunal Penal Internacional: O que é?** 2019. Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Tribunal-Penal-Internacional/o-que-e.html>>. Acesso em: 09 mar. 2019.

VON CLAUSEWITZ, Carl. **Da Guerra.** São Paulo: Martins Fontes Editora, 1979. 787 p.

A PROTEÇÃO LEGAL DOS “MIGRANTES AMBIENTAIS” COMO DESAFIO DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO

Leonardo Silva Alves

“Uma vez fora dos limites de seus países nativos, os fugitivos são privados do apoio de uma autoridade estatal reconhecida que poderia tomá-los sob sua proteção, reivindicar seus direitos e interceder por eles perante as potências estrangeiras. Os refugiados são destituídos de Estado, mas num novo sentido; sua condição sem Estado é alçada a um nível totalmente inédito graças à inexistência de uma autoridade estatal à qual sua cidadania pode referir-se. São (...) *fora* da lei. Não desta ou daquela lei, deste ou daquele país, mas da *lei como tal*. São proscritos e *fora-da-lei* de um novo tipo, produtos da globalização e principal síntese e encarnação do seu espírito de terra de fronteira. (...) Mesmo que fiquem parados num lugar por algum tempo, estão numa jornada que nunca chega ao fim, que seu destino (de chegada ou de retorno) permanece eternamente incerto, enquanto um lugar que pudessem chamar de ‘terminal’ permanece eternamente inacessível”. (BAUMAN, 2005, p. 96)

INTRODUÇÃO

A proposta do presente ensaio busca identificar um determinado tipo de migração forçada, conceituar os “migrantes ambientais”, indivíduos

que são obrigados a se deslocar de seu local de origem em decorrência de condições ambientais desfavoráveis, bem como analisar a proteção jurídica dada, atualmente, pela comunidade internacional.

Dúvidas não existem de que as alterações climáticas tem consequências desastrosas, tais consequências, dentre outras inúmeras, incluem não apenas a elevação do nível das águas do mar, o alagamento de áreas costeiras, a erosão, desflorestação e desertificação do solo e os desastres naturais, mas igualmente, e, principalmente, a migração forçada da população das áreas vulneráveis.

Não bastassem os esforços e necessidade de mitigar as causas e consequências das alterações climáticas, devemos buscar meios e instrumentos para proteger o que há de mais raro: a vida humana. É precisamente neste particular que devemos utilizar os instrumentos legais já existentes e desenvolver novos, com base na realidade que nos deparamos mas também com projeções e previsões, tudo com o objetivo de proteger e tornar efetiva a defesa daqueles indivíduos que recorrem à migração como último instrumento de sobrevivência.

Tal necessidade torna-se ainda mais urgente e necessária quando se observa a falta de coragem e acanhamento político da comunidade internacional para identificar, conceituar e determinar uma proteção específica para os “migrantes ambientais” ou ainda, reconhecer a identidade dos “refugiados ambientais”.

Afinal, existe a necessidade de um estatuto jurídico próprio para os “migrantes ambientais”?

DOS EVENTOS CLIMÁTICOS

Desde a segunda metade do século XX que a humanidade vem sofrendo as terríveis consequências das alterações climáticas. Naturalmente, essas alterações têm relação direta com a revolução industrial, aquele período histórico pelo qual se adotou novos métodos e processos de manufatura, especificamente, a substituição de produção artesanal pela industrial.

Como consequências dessas alterações, surgem novas dinâmicas na sociedade, com a fabricação escalada de produtos químicos, o desenvolvimento de novos processos de produção de ferro, maior eficiência e utilização da água, o surgimento da energia a vapor, além da substituição

de determinados combustíveis pelos combustíveis fósseis, como o carvão mineral, o gás natural e o petróleo.

Não há dúvidas de que referido período trouxe enorme progresso e desenvolvimento para as sociedades, todavia, veio acompanhado pela destruição sistemática dos recursos naturais do planeta. Infelizmente, concorrendo com a “Era das Revoluções” vieram destruições e devastações de todo o tipo, violando o solo, as águas, a atmosfera.

O elevado aumento da população, a criação de centros urbanos e o modo de vida do homem da cidade acabaram por incrementar a poluição, com todos os seus efeitos nocivos. A destruição das áreas verdes, a contaminação dos mares e rios, a degradação da atmosfera, trouxeram consequências terríveis, como o aquecimento do clima, a redução da camada de ozônio, a precipitação de chuvas ácidas, entre outras, colocando em perigo não apenas o meio-ambiente, mas, igualmente, os próprios seres vivos.

Apenas para exemplificar com alguns dados, dentro de poucos anos mais da metade da população mundial será confrontada com a falta de água potável; em contrapartida, a cobertura florestal diminuiu mais de 40% (quarenta por cento) em relação aos últimos 10 (dez) anos em todo o Mundo; projeções indicam que no ano de 2025, a população mundial poderá alcançar mais de 8 (oito) milhões de indivíduos. Dentro de 20 (vinte) anos o acúmulo dos gases de efeito estufa poderá provocar um aquecimento de até 2°C da temperatura média do planeta e um aumento de até 1,5 m do nível das águas dos oceanos.

Como se vê, estamos diante de um quadro sombrio, com consequências graves, muitas delas irreversíveis, que nos envolve a todos e que necessitam de uma resposta rápida e efetiva de toda a comunidade, do particular ao público, do local ao global, a fim de que todos concentrem forças e criem as condições necessárias para a mudança.

Esse é, inclusive, um dos objetivos determinados pela Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas: tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos.

O “MIGRANTE AMBIENTAL”

Antes de tudo, é fundamental para a compreensão do presente ensaio nos posicionar sobre o conceito de “migrantes ambientais”, e, embora

diversos autores ofereçam definições próprias e muitas vezes aproximadas sobre o tema, o conceito da Organização Internacional para as Migrações – OIM é bastante esclarecedor, ao estabelecer que:

“migrantes ambientais são pessoas ou grupos de pessoas que, por razões prementes de mudanças repentinas ou progressivas no meio ambiente que afetam adversamente suas vidas ou condições de vidas, são obrigados a deixar suas moradias habituais, ou escolhem fazê-lo, seja temporariamente ou permanentemente, e que se movem seja dentro de seu país ou para o exterior” (ACNUR, 2011).

Apesar da referida conceituação, ainda não é possível determinar um entendimento universalmente aceito da expressão “migrantes ambientais”. A dificuldade apresenta-se principalmente nos casos de degradação ambiental lenta, pelos quais se considera que fatores sócio-econômicos – acima de quaisquer outros – influenciam de forma determinante o deslocamento forçado de indivíduos.

Apesar das dificuldades em conceituar o deslocamento involuntário de milhões de indivíduos – repita-se, causados por desastres naturais ou alterações climáticas – ele é considerado um dos principais desafios da humanidade.

Segundo dados recentes do *Internal Displacement Monitoring Centre – IDMC*, as alterações climáticas são um dos maiores responsáveis pelos fluxos migratórios na atualidade, no ano de 2017 registraram-se 30,6 milhões de deslocamentos internos associados a conflitos e desastres, atingindo um total de 143 países e territórios.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR já reconheceu que “*a influência das mudanças ambientais sobre a mobilidade humana é ostensiva e crescente*” e que, neste contexto, o “*aquecimento global e mudanças climáticas são provavelmente as circunstâncias mais importantes dos novos fatores [de deslocamento]*”¹⁴⁰.

140 ACNUR. In *Search of Shelter: Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement*, May 2009. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/4ddb65eb2.html>> Acesso em: 20 mar. 2019;

Somente no último ano, o deslocamento de indivíduos causado por eventos climáticos extremos alcançou cerca de 18,8 milhões de pessoas, atingidos, em sua maioria, por inundações (8,6 milhões) e tempestades (7,5 milhões). Particularmente devastadores foram os furacões “Irma” e “Katrina” que assolaram o Oceano Atlântico e o Caribe, além dos também conhecidos furacão “Florence” na Ásia e furacão “Rosa” no Pacífico (IDMC, 2018).

Em termos de regiões do Globo, a América do Norte, parte da América Central, Ásia e o Oceano Pacífico foram, sem dúvidas, as regiões mais afetadas. Em particular, os Estados Unidos da América, Cuba, China, Índia e Bangladesh, além de Indonésia, Vietnã e Japão registraram os maiores números de indivíduos deslocados por alterações climáticas.

Não bastasse isso, há Estados com determinadas características que precisam de mais atenção, pois tendem a sofrer mais violentamente com as alterações climáticas e os desastres naturais, são os chamados Pequenos Estados Insulares (PEIs), como Kiribati, Tuvalu, Maldivas e Ilhas Marshall, que podem perder parcialmente ou integralmente seus territórios em razão da elevação do nível do mar.

Os números de pessoas e países atingidos são ainda mais alarmantes quando considerarmos que milhões de indivíduos já foram obrigados a se deslocar em desastres anteriores, sendo certo que entre 2008 e 2016, estima-se que 227,6 milhões de pessoas foram deslocadas por desastres em todo o Mundo (IDMC, 2017).

O “REFUGIADO AMBIENTAL”, UMA NOVA CATEGORIA?

Já há alguns anos que pesquisadores e comunidade internacional se debruçam sobre a terminologia que deve ser adotada em favor desses indivíduos e, apesar desse problema estar longe de ser resolvido, esse não parece ser o maior desafio daqueles que poderiam – e deveriam – receber essa alcunha.

Referida expressão foi cunhada por Essan El-Hinnawi na apresentação de relatório junto a *United Nations Environment Programme – UNEP* no ano de 1985, no qual alertou para o crescimento de migrantes motivados por catástrofes ambientais, intitulando-os de *environmental refugees*, ou seja, “refugiados ambientais”¹⁴¹.

141 Disponível em <<http://digitallibrary.un.org/record/121267?ln=en>> Acesso em: 20 mar. 2019;

Para El-Hinnawi, consideram-se “refugiados ambientais” aqueles indivíduos que “*foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente o lugar onde tradicionalmente viviam, devido a visível declínio do meio ambiente (por razões naturais ou humanas) que colocou em perigo sua existência ou afetou seriamente suas condições de vida*”¹⁴².

Ocorre que desde a criação da *United Nations Environment Programme* – UNEP, Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente que foi introduzida a expressão de *environmental refugees*, justamente para designar aquelas “*pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência desses indivíduos torna-se perigosa*”.

Todavia, como já se disse alhures, a utilização do termo “refugiados ambientais” é objeto de muitas críticas e não é mesmo considerada a melhor terminologia a ser utilizada, tudo isso porque os indivíduos que se deslocam para outros Estados com base em uma motivação estritamente ambiental não se enquadram na definição de refugiados prevista na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

Pela simples leitura do artigo 1º do referido diploma, verifica-se que as categorias enumeradas e seus *numerus clausus*, tem por objetivo limitar, restringir a caracterização de uma nova categoria de refugiados, seja qual for sua natureza. Dentro desse escopo, o deslocamento motivado por fatores ambientais não fundamenta ou justifica o enquadramento em nenhum dos cinco motivos ali determinados.

Precisamente por este motivo, encontram-se variadas denominações que se furtam em utilizar o referido termo, podendo-se citar, dentre outras, as expressões de “migrantes induzidos pelo meio ambiente”, “migrantes ambientais de emergência”, “migrantes ambientalmente forçados”, “migrantes ambientalmente motivados” e “ecomigrantes”.

Seja como for, para os fins daquela convenção, o termo “refugiado” se aplica somente aos indivíduos que tenham um fundado temor de serem perseguidos por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, não se incluindo, portanto, a migração motivada por fatores ambientais.

142 EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. Nairobi, Kenya: United Nations Environment Programme, 1985, p. 4;

Não há junto a comunidade internacional dos dias atuais um instrumento jurídico definitivo que possibilite a classificação das migrações induzidas por causas naturais como motivo para a concessão do *status* de refugiado e, apesar disso, o termo “refugiado ambiental” continua sendo amplamente utilizado e de certa forma aceito pela comunidade internacional.

Ou seja, não há qualquer diploma legal, no arcabouço regional ou internacional, que classifique ou categorize as migrações movidas por questões ambientais como fundamento suficiente para a concessão do *status* de “refugiado ambiental” a qualquer indivíduo, seja qual for a situação que tenha enfrentado.

Naturalmente, a presença de uma lacuna internacional tão importante não justifica a falta de reconhecimento àqueles indivíduos que se deslocam de seu *habitat* natural para outro local por motivações estritamente ambientais e a obtenção de um *status* jurídico próprio, diferenciado, a fim de utilizarem instrumentos jurídicos específicos, que os resguardem, protejam e defendam.

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS “MIGRANTES AMBIENTAIS”

Seja como for e, tendo em vista a natureza restritiva da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, o fato de não haver uma nova categoria, não induz tampouco a falta de proteção e, por mais críticas que possa haver – ainda que não seja o ideal, existe em favor de tais “migrantes ambientais” uma proteção residual, atribuída pelos Estados àqueles indivíduos que não se enquadram na clássica definição de refugiados.

Embora haja um número cada vez maior de migrantes que se vêem forçados a se deslocar por questões ambientais ou climáticas, sua proteção virá, principalmente, das normas gerais de Direitos Humanos e do Direito Ambiental (MCADAM, 2005), com a observância de suas fontes consuetudinárias e convencionais.

Em outras palavras, embora se possa afirmar que tais indivíduos não detenham um *status* diferenciado que os possa proteger no âmbito do Direito Internacional dos Refugiados, sua proteção terá de ser obtida por meio da aplicação da Teoria dos Direitos Humanos e dos princípios do

Direito Internacional do Meio Ambiente, como via alternativa de proteção a sua condição de “migrante ambiental”.

Nesse mesmo sentido, a fim de reforçar o entendimento de que os indivíduos que se encontram em situação de risco de deslocamento por questões ambientais gozam e devem ter a plena realização de seus Direitos, “*é possível afirmar que a proteção geral prevista nos instrumentos gerais, centrada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, é o fundamento primeiro e a razão última para a proteção dos refugiados ambientais. Nesse sentido, os refugiados ambientais encontram-se abrangidos pelos instrumentos universais. Não há dúvida de que se está diante de flagrante violação de direitos humanos a ser combatida*” (RAMOS, 2011, p. 103).

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DE NON-REFOLUMENT

Fato é que na ausência de uma *lex specialis* para a proteção desses indivíduos, as normas genéricas do direito internacional aplicam-se de maneira plena à defesa e proteção dos “migrantes ambientais”.

Dentro dessas possibilidades, podemos mencionar o direito à vida, o direito à saúde, a vedação ao tratamento cruel, desumano ou degradante e, em alguns casos mais isolados, a aplicação do princípio de *non-refolument*, consistente na proibição de retorno de um indivíduo com *status* de refugiado ao local onde sua vida ou liberdade estejam ameaçadas.

Quanto a esse particular, em que pese tais migrantes não estarem enquadrados no conceito de refugiados, o Comitê de Direitos Humanos da ONU (comentários gerais n^{os} 20, da 44^a sessão de 1992 e 31, da 2187^a sessão de 2004, constantes no pacto internacional sobre os direitos civis e políticos) entendeu que, embora essa nomenclatura não seja utilizada, é implícita a obrigação do Estado em não retornar o indivíduo ao território onde ele possa sofrer violações de direitos humanos.

Apesar de não haver obrigatoriedade ou mesmo vinculação quanto aos comentários do Comitê, a aplicação do princípio de *non-refolument* já foi enfrentada junto a Corte Européia de Direitos Humanos, conforme se verifica do caso *Hirsi Jamaa et al v. Itália*, em que a Corte reconheceu a violação ao artigo 3^o da Convenção Européia de Direitos Humanos – CEDH.

Na ocasião, os autores da ação alegaram que, em consequência de sua devolução ao País de origem, foram expostos ao perigo de serem torturados ou submetidos a tratamento desumano ou degradante de seus Estados de origens, alegando a aplicação do princípio segundo o qual “*Ninguém pode ser submetido à tortura, penas ou tratamentos desumanos ou degradantes*”.

O *decisum* confirmou a aplicação do referido princípio, afirmando que o Governo Italiano não poderia ter retornado os migrantes ao local onde eles poderiam sofrer tratamento cruel, degradante ou desumano, em franca aplicação extraterritorial da não-devolução, *verbis*:

“69. Neste sentido, a Corte observa que nenhuma das disposições da legislação internacional mencionadas pela Itália, legitima a devolução dos demandantes à Líbia. O princípio da “não-devolução” está consagrado no art. 19 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia.

70. A Corte considera que há argumentos substanciais para concluir que existia um autêntico perigo de que os demandantes sofressem tratamentos contrários ao art. 3 da Convenção aos serem encaminhados à Líbia. Assim, a Corte observa que houve violação ao art. 3 da Convenção”.

Ocorre, entretanto, que o enfrentamento de questões envolvendo os “migrantes ambientais” deve ser tratado com muito cuidado e atenção, avaliando casuisticamente as questões colocadas, de modo que a situação de alteração climática enfrentada seja tão grave a ponto de que seus efeitos sejam considerados cruéis, desumanos e degradantes a ponto de constituir uma violação do Estado contra a pessoa do migrante.

Essa condição – desfavorável e extrema – se apresentou quando um sismo, seguido por um tsunami, atingiu regiões da Índia, Indonésia, Tailândia e Sri Lanka no ano de 2004, causando a morte de mais de 230 mil pessoas de 14 diferentes Estados. Nesse caso, os Estados receptores evitaram o retorno e devolução dos indivíduos provenientes das áreas atingidas, em evidente aplicação do princípio de *non-refolument*.

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E IDENTIFICAÇÃO DE MECANISMOS LOCAIS DE PROTEÇÃO

Além dessa proteção geral, baseada que está em princípios de direitos humanos e direito ambiental internacional, portanto, de possível aplicação geral, há ainda alguns mecanismos locais, leis específicas de aplicação local, como aquelas existentes na Finlândia, na Suécia, na União Européia, através das diretivas de proteção subsidiária, nos Estados Unidos da América, com os Temporary Protected Status e até no Brasil, com a concessão de vistos humanitários aos naturais do Haiti, que foram vítimas de um cismo no ano de 2010, afetando cerca de três milhões de pessoas e levando a óbito entre 100.000 e 200.000 indivíduos.

Na Suécia, por exemplo, encontram-se instrumentos específicos para proteção de indivíduos vítimas de desastres ambientais, especialmente o estrangeiro que é incapaz de retornar ao país de origem por causa de um desastre ambiental.

Diz o referido texto da Lei¹⁴³:

“Section 2. In this Act a ‘person otherwise in need of protection’ is an alien who in cases other than those referred to in Section 1 is outside the country of the alien’s nationality, because he or she

1. feels a well-founded fear of suffering the death penalty or being subjected to corporal punishment, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment,

2. needs protection because of external or internal armed conflict or, because of other severe conflicts in the country of origin, feels a well-founded fear of being subjected to serious abuses or

3. is unable to return to the country of origin because of an environmental disaster.

The corresponding applies to a stateless alien who is outside the country in which he or she has previously had his or her usual place of residence”.

143 Aliens Act (2005:716). Issued: 29 September 2005;

Destaque-se que o texto se aplica igualmente a estrangeiros apátridas que estão fora do país em que tiveram seu local habitual de residência, todavia, limita sua aplicação no que diz respeito a degradações ambientais de longo prazo, que não se qualificam como acidentes ou desastres ambientais, concedendo proteção apenas as vítimas de eventos naturais repentinos de grande escala.

Já no que se refere aos países da União Européia, há a Diretiva do Conselho 2001/55/CE (Diretiva de Proteção Temporária), que visa estabelecer normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as conseqüências decorrentes desse acolhimento.

Para efeitos da referida diretiva, vinculante a todos os Estados-membros da União Européia, é possível a aplicação em determinados casos de migração ambiental, visto que conceitua e estabelece proteção a “pessoas deslocadas”, aquelas entendidas como:

“cidadãos de países terceiros ou apátridas que tiveram de deixar o seu país ou região de origem, ou tenham sido evacuadas, nomeadamente em resposta a um apelo de organizações internacionais, e cujo regresso seguro e duradouro seja impossível devido à situação nesse país, e que possam eventualmente estar abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 1ºA da Convenção de Genebra ou outros instrumentos internacionais ou nacionais de protecção internacional (...)”¹⁴⁴.

Referida lei acabou por reconhecer o princípio de *non-refoulement*, com o objetivo de manter o indivíduo em seu território ou enviá-lo são e salvo a um país que o aceite, respeite e proteja, sem que haja risco de violação a seus direitos:

“Os Estados-Membros dão execução à protecção temporária no respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e das suas obrigações em matéria de não-repulsão”¹⁴⁵.

144 Artigo 2º (c), da Directiva 2001/55/CE do Conselho de 20 de Julho de 2001;

145 Artigo 3º, parágrafo 2º, da Directiva 2001/55/CE do Conselho de 20 de Julho de 2001;

Já no que se refere ao sistema norte-americano, o *status* do indivíduo temporariamente protegido, estabelecido pelo *Immigration Act*, concede a permanência temporária no país a todos os nacionais ou residentes habituais de um determinado país ou região.

O instituto do *Temporary Protected Status* delimita qualquer país ou região em situação de vulnerabilidade por conflitos armados, terremotos, enchentes, secas, epidemias ou qualquer outro desastre ambiental que perturbe as condições de vida ou impeça o retorno seguro dos indivíduos da área afetada.

Todavia, há de se notar que o referido instituto limita a proteção aqueles indivíduos que se encontrem no território americano quando da ocorrência de vulnerabilidade, isso implica dizer que não estarão qualificados à proteção os indivíduos que estiverem fora do território americano quando da ocorrência do sinistro, não terão, portanto, autorização para migrarem para dentro do território ou lhes será concedida qualquer proteção.

Além disso, a proteção é concedida de forma precária e temporária, inicialmente, em um período correspondente entre 6 e 18 meses, podendo ser estendido desde que as condições previstas em lei sejam observadas.

O referido instituto já fora aplicado, reconhecendo o *status* de proteção aos habitantes de Montserrat¹⁴⁶, quando o território e sua capital, Plymouth, foram devastados por seguidas erupções vulcânicas, forçando dois terços da população a fugir. Os naturais daquela região receberam a proteção legal entre os anos de 1997 e 2004.

Igualmente, os habitantes da Nicarágua e Honduras, por consequência da passagem do Furação “Mitch”, no ano de 1998; a El Salvador, por ocasião de dois cismos, no ano de 2001; ao Haiti, também pelo forte terremoto que destruiu boa parte do país, no ano de 2010; e, mais recentemente aos habitantes do Nepal, que foram vítimas de um terremoto, em abril do ano de 2015.

Por ocasião do terremoto ocorrido no Haiti, que atingiu cerca de três milhões de pessoas e matou entre 100.000 (cem mil) e 200.000 (duzentas mil) pessoas, cerca de 6.000 haitianos procuraram abrigo no Brasil, todavia, tendo em vista que o Brasil não possuía qualquer instrumento jurídico

146 Montserrat é uma ilha do Caribe, que se constitui como um território ultramarino do Reino Unido. Situa-se nas ilhas de Barlavento, parte da cadeia insular das Pequenas Antilhas, nas Índias Ocidentais;

específico para “migrantes ambientais”, os naturais daquele país, localizado na América Central, solicitaram pedidos com o *status* de refugiados, com base na lei local (Lei do Refúgio¹⁴⁷).

No ano seguinte e diante do impasse, o Brasil optou por conceder vistos de residência permanente aos haitianos, concedidos a todos aqueles chegassem à fronteira e solicitassem refúgio.

Além disso, houve a observância do princípio do *non-refoulement*, na medida em que os indivíduos não foram impedidos de ingressar no território brasileiro e tampouco foram obrigados a retornar à sua pátria, independente se a forma de entrada no território era considerada legal ou ilegal.

CONCLUSÃO

Embora haja diversas discussões acerca da proteção adotada aos migrantes vítimas de alterações climáticas, muito pouco tem sido feito, visto que sua solução passa, obrigatoriamente, pela resposta que deve ser dada pela comunidade internacional no sentido de identificar e conceituar, antes de tudo, os “migrantes ambientais” ou ainda, reconhecer os “refugiados ambientais” como uma nova categoria a ser protegida.

O que se vê é a possibilidade de adoção de instrumentos de proteção residual, advindas das normas gerais dos Direitos Humanos e Direito Humanitário, bem como, regras de Direito Ambiental Internacional.

Por outro lado, há – ainda que timidamente – a formulação de soluções pontuais e locais, como a edição de leis por parte de alguns poucos Estados, que não são suficientes ou acolhem todos os espectros e necessidades desses indivíduos, todavia, resolvem parcialmente muitos dos problemas encontrados.

Ainda assim, tais instrumentos se baseiam em migrações induzidas por catástrofes ou desastres naturais, pouco contribuindo para aqueles indivíduos afetados por alterações ambientais lentas e graduais, como é o caso da elevação do nível do mar ou desertificação do solo, restringindo, consideravelmente seu impacto positivo.

147 Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997.

Naturalmente que se poderá recorrer sempre à proteção complementar, encontrada na defesa dos direitos humanos e humanitário, todavia, haverá sempre incertezas quanto a sua aplicação, extensão e mesmo certa relutância por parte dos Estados em aplicá-la.

Caberá, até lá, alguma coordenação por parte da Assembléia Geral das Nações Unidas e seus órgãos especializados, a fim de que dissipem as inseguranças envolvendo os “migrantes ambientais” e diminuam a discriminação dos Estados envolvidos.

Referências Bibliográficas

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). Handbook of procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 convention and the 1967 protocol relating to the status of refugees. Genebra: ACNUR, 1992.

BAUMAN, Zygmunt – Estranhos a nossa porta. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Diário Oficial da União, 23 jul. 1997.

FERGUSON, Niall - O naufrágio da globalização - In: Política Externa - Instituto de Estudos Avançados da Univ. São Paulo. - São Paulo. - Vol. 14, nº 1 (Junho-Julho-Agosto 2005) p. 35-44.

GIL, Ana Rita – Imigração e Direitos Humanos. Lisboa: Petrony Editora, 2017.

MCADAM, Jane. Complementary protection and beyond: how states deal with human rights protection. New Issues in Refugee Research, n. 118, 2005.

RAMOS, Érika Pires - Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito da USP, 2011. São Paulo: 2011.

SALIBA, A. T., & VALLE, M. F. V. do (2017). A proteção internacional dos migrantes ambientais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 13-37. Recuperado de [http:// www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p13](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p13).

SUÉCIA. Aliens Act n.º. 2005:716. 29 set. 2005. Disponível em: Acesso em: 16 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2001/55/CE do Conselho de 20 de julho de 2001. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n. 212, p. 12-23, 7 ago. 2001. Disponível em: . Acesso em: 17 mar. 2019.

VALADARES, Helena Isabel Matos Pinheiro e - Migrações - implicações para a segurança - In: *Estratégia - Instituto Português da Con-juntura Estratégica*. Lisboa. - Vol. XV (2005) p.299-354.

ZÚQUETE, José Pedro - *Populismo e migrações - Lisboa: Instituto Português de Relações Internacionais*, 2004.

O DIREITO INTERNACIONAL E AS CRIANÇAS-SOLDADO

Letícia Silveira da Silva

Direito Internacional e as crianças-soldado

O uso de criança-soldado não diz respeito a apenas uma violação dos direitos na guerra, mas também engloba outras grandes preocupações relacionadas com os direitos da criança, como o trabalho infantil, rapto, prostituição forçada e escravidão (SINGER, 2004, p.568). A própria prática desses confrontos nos últimos quatro milênios acabou resultando em um direito internacional costumeiro, que faz uma forte oposição à utilização de crianças em batalha (SINGER, 2004, p.568). Essa combinação de prática e obrigação legal, além de, criar um consenso global sobre qual é o comportamento mais aceitável na comunidade internacional, também preenche algumas falhas deixadas pelos tratados (MCNKIGHT, 2010, p.115).

Tais leis, no entanto, são apenas uma norma mínima básica. Os tratados multilaterais e demais medidas coercitivas (como as cortes criminais internacionais) é que tem a responsabilidade de, de fato, estabelecer uma proteção maior às crianças, sendo mais coerente com as necessidades atuais dos menores de idade nos conflitos armados (MCKNIGHT, 2010, pp. 116). Como resultado disso, o século XX é caracterizado pela assinatura de inúmeros tratados que versaram sobre os direitos das crianças e sua proteção em situações de conflitos armados (SINGER, 2004, p.568).

Apesar da extensa lista de fontes visando à proteção das crianças e seus direitos em tempos de guerra, autores como Breen (2007, p.71) pontuam que nem a história recente ou a comunidade internacional conseguiram

fornecer um consenso a respeito da proibição ou limitação do uso das crianças em combate. Tal aspecto resultou em definições flutuantes sobre infância e vida adulta em ambas as áreas legais (DIH e DIDH) que, conseqüentemente, acaba findando em normas inconsistentes, especialmente, quando o problema é crianças-soldados (BREEN, 2007, p.71).

Parte da dificuldade de se definir uma lei universal é, em grande medida, porque o conceito de infância em tal instância legal é definido por “políticas de idade”¹⁴⁸ transnacionais e emergentes (ROSEN, 2007, p.296). Essas políticas são centrais para as agendas conflitantes dos Estados, da ONU e dos grupos humanitários, pois os coloca em complexas lutas, a respeito do recrutamento e do uso dessas crianças como combatentes, bem como para definir quem pode ser considerado ou não uma criança-soldado (ROSEN, 2007, p.296). De fato, percebeu-se de que não havia sequer uma definição aceita por todos a respeito do termo criança, onde a idade da puberdade variava dependendo do clima, raça e das características individuais dos menores de idade (BREEN, 2007, p.77). No entanto, essas diferentes representações de infância, por cada ator, são construções políticas formuladas a partir da manipulação política e ideológica do conceito (ROSEN, 2007, p.296). Tais construções são usadas para dar suporte a agendas legais e políticas, que não incluem, necessariamente, os entendimentos locais e complexos encontrados nas pesquisas antropológicas sobre o conceito de criança e infância (ROSEN, 2007, p.296). Tal fato em diferentes visões sobre o conceito e em diferentes legislações nacionais, dificultando o consenso quanto à idade mínima para recrutamento. Sendo que, em muitos casos, os Estados davam/dão precedência para a legislação nacional (BREEN, 2007, p.79).

Outro ponto que dificulta o consenso são os interesses ocultos em alguns discursos humanitários contemporâneos. Rosen (2007, p.298), destaca que algumas narrativas dão centralidade a imagens transgressivas de crianças, gerando dúvidas quanto à moralidade de muitas ações militares, em especial, a dos grupos rebeldes e insurgentes, que, segundo as notícias veiculadas na mídia internacional, são os principais recrutadores de crianças-soldados. Ainda, para atingir esse objetivo, baseiam seus discursos em

148Uso de categorias de idade por diferentes atores internacionais, regionais e locais, que visam que uma determinada posição ideológica e política avance (ROSEN, 2007, p.296).

duas questões interdependentes: (a) criou-se uma distinção moral entre as guerras antigas e as modernas, sugerindo que as atuais configuram um fenômeno mais terrível e imoral e (b) os adultos utilizam os conflitos para explorar as crianças (ROSEN, 2007, p.298).

Com relação à questão da imoralidade das guerras atuais, Peter Singer (2004, p.567) cita que é possível notar essa falência dos códigos morais, que antes conseguiam impedir que menores participassem das guerras, nos conflitos atuais e que, tal quebra, foi fomentada pelos atores rebeldes não estatais. Graça Machel (1996, p. 5) corroborando com tal ideia, destacou em seu relatório de 1996, que é possível extrairmos uma grande conclusão das guerras atuais: cada vez mais o mundo está caindo em um vácuo moral (espaço desprovido dos valores mais elementares). Segundo ela, é devido a esse *gap* moral que as crianças são, hoje, expostas a extrema brutalidade. Ela conclui dizendo que existem poucas situações mais profundas e degradantes nas quais a humanidade pode vir a cair (MACHEL, 1996, p.5). Contudo, alguns autores afirmam que, mesmo com essas “regras” que limitavam as guerras passadas, um Estado moderno, como a Alemanha nazista, utilizou crianças-soldados em suas forças armadas e foi responsável pelo Holocausto (ROSEN, 2007, p.298).

A segunda base de alguns discursos humanitários afirma que as guerras modernas são uma “empresa” dos adultos para explorar as crianças vulneráveis, fracas e irracionais (ROSEN, 2007, p.298). De fato, essa é uma concepção que serve de embasamento para as discussões sobre a capacidade da criança de decidir e, conseqüentemente, se voluntariar, uma vez que, geralmente, é aceito que a maior parte dos jovens não teria a capacidade de decidir o que é melhor para eles¹⁴⁹ (MCKNIGHT, 2010, p.115). Para a própria autora, o recrutamento, alistamento e/ou uso de crianças como soldados constitui uma das maiores violações devido à incapacidade da vítima de se defender (MCKNIGHT, 2010, p.115). Assim, para alguns autores, as crianças só se alistam por motivos econômicos, políticos e sociais, ao invés de exercer a “livre-escolha” que os adultos têm (ROSEN, 2007, p.299). No entanto, um ponto importante, de certo consenso, que deve ser considerado é que quando uma criança afirma que foi voluntária é necessário levar sua visão em conta ao planejar um

149 Campo esse tão controverso quanto às discussões sobre a quais situações se aplicariam o princípio do melhor interesse da criança.

processo de desmobilização e reintegração, mesmo que o observador externo discorde sobre isso (BRETT, 2003, p.863). Observando a questão do ponto de vista psicológico, depois de alguém assumir a responsabilidade por aqueles atos, dizer à criança que ela não tinha a capacidade de decidir o que era melhor para ela ou que ela não tinha idade para tomar aquela decisão não é útil para o andamento dos devidos processos, uma vez que ela pode se sentir culpada e/ou pode não querer voltar para a vida civil (BRETT, 2003, p.863).

Ainda, tal ideia da incapacidade da criança também está associada a uma questão mais profunda: será que podemos julgar as crianças, que voluntariamente se alistaram, como culpadas? Para estudiosos como Mc-night (2010, p.113), essa é uma pergunta central, pois a forma como as crianças serão vistas, vítimas ou como perpetradoras, definir-se-á se irão para os centros de reabilitação ou se enfrentarão processos criminais, respectivamente.

Essa categorização da lei relacionada com a idade das crianças e a ideia de sua vulnerabilidade se repete no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) (ROSEN, 2007). Tanto o corpo legal internacional como o nacional de proteção dos direitos da criança reconhecem o fato de que elas precisam de proteção e cuidado especial (BREEN, 2007, p.73). Contudo essa concepção vai variar dependendo da idade do menor, com as diferenças psicológicas, emocionais e físicas, entre crianças e adultos refletidas na categorização da idade pela lei (BREEN, 2007, p.73). Tais diferenças teriam a função de evitar que as crianças sejam abusadas e manipuladas pelos adultos, separando os dois mundos (BREEN, 2007, p.73). No entanto, isso acabou por gerar um grande, pois muitos países têm dificuldade de definir, de forma precisa, a idade da criança. Por exemplo, grande parte dos países africanos apoiam a idade mínima de 18 anos, contudo algumas regiões rurais do continente sofrem com a falta de registros de nascimento ou com as suas falsificações (MCKNIGHT, 2010, p.115). Tal situação faz com que muitas crianças acabem sendo incorporadas na vida adulta, inclusive resultando no seu recrutamento para forças armadas (MCKNIGHT, 2010, p.115). Uma vez recrutadas, elas são tratadas da mesma forma que os adultos, ou seja, o nível de proteção, que era concedido pela diferenciação, se extingue (BREEN, 2007, p.73). Com isso, as crianças perdem as oportunidades que são inerentes dessa

fase da vida, além de, estarem em grande risco de trauma psicológico e físico (BREEN, 2007, p.73).

Outro grande desafio com relação à problemática das crianças-soldado é conseguir fazer com que os atores não estatais reconheçam e apoiem o Direito Internacional, visto que ambas áreas do Direito Internacional (DIH E DIDH) privilegiaram os atores estatais sobre os não estatais (MCKNIGHT, 2010, p.118). É possível ver isso em um relatório de Serviço de Aconselhamento sobre o DIH do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. O documento é bem enfático ao dizer que os Estados têm a responsabilidade de acabar com a situação das crianças-soldados (ICRC 2003, 2003 p. 2). Ainda, renova-se a cobrança de que os países devem ratificar os tratados existentes e devem adotar medidas internas para implementar e respeitar as regras desses instrumentos (ICRC 2003, 2003 p. 2).

O problema com os atores não-estatais ganha ainda mais destaque quando é necessário dar início ao processo de monitoramento. De acordo com Machel (1996, p.4), isso se deve a natureza de alguns grupos insurgentes e as limitações de acesso aos territórios. Para que os planos de ação com os grupos rebeldes sejam eficientes, é necessário um apoio estatal (MACHEL 1996, 1996, p.4). Neste caso, a Lei Costumeira Internacional continua exercendo um papel importante, uma vez que, em situações em que tais grupos não tenham assinado tratados de Direitos Humanos, eles ainda devem seguir algumas normas internacionais (MCKNIGHT 2010, p.118).

Assim, entende-se que existe certo consenso (entre os governantes e os formuladores) de que para estabelecer uma norma eficaz sobre a idade para a participação em conflitos armados é necessário encontrar um denominador comum entre as várias definições do termo “criança” (MCKNIGHT, 2010, p.113). Apesar disso, a delimitação da idade é um assunto que gera grande discordância, pois ainda não existe uma aceitação global de que 18 anos é a idade de transição da vida infantil para a vida adulta (MCKNIGHT, 2010, p.113). Nem mesmo os registros etnográficos conseguem fornecer uma base para alguma definição, uma vez que, eles sugerem que não há uma idade cronológica específica em que as crianças foram inseridas nos campos de batalhas ao longo dos anos (ROSEN, 2007, p.297). Assim, para Mcknight (2010, p.113), a questão legal mais

proeminente a respeito das crianças envolvidas com os conflitos é a idade mínima para recrutamento e o seu uso nas batalhas.

Direito Internacional Humanitário

Os debates se originaram do reconhecimento de que crianças são indivíduos que não devem participar de conflitos (BREEN, 2007, p.76); e, na existência de um litígio internacional ou interno, as crianças devem ser beneficiadas com uma proteção geral prevista para os civis (ICRC 2003 2003, 2003, p.1). Além disso, devido à sua vulnerabilidade, foram previstas proteções especiais (ICRC 2003 2003, 2003. P.1).

Alguns instrumentos desse âmbito são a Convenção de Genebra IV de 1949, o Protocolo Adicional à Convenção de Genebra relativo à Proteção das Vítimas de Conflito Armado Internacional (Protocolo I) e o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Não-Internacionais (Protocolo II), ambos de 1977 (BREEN, 2007).

A Convenção de Genebra IV, adotada no dia 12 de agosto de 1949 e que entrou em vigor no dia 21 de outubro de 1950, não menciona, especificamente, o problema das crianças-soldado (ONU 1949, 1949; BREEN, 2007, p.77). Mas, para autores como Breen (2007, p.77), proibir o trabalho compulsório para menores de 18 anos pode significar, por exemplo, uma expansão da proibição para o recrutamento compulsório de crianças. Outro artigo que também pode ser aplicado nesses casos é o artigo 68º, que prevê a proibição da sentença de morte para pessoas protegidas com menos de 18 anos na época da infração (ONU 1949, 1949). Além disso, existem 17 artigos que conferem proteção geral para elas como civis e sua proteção especial em territórios ocupados (BUERE, 1994, p. 811).

Porém, apesar das diferentes abordagens protetivas para cada idade, o DIH não ignora as crianças com mais de 15 anos. Entende-se que, adotar uma noção geral de criança como apenas àquelas com menos de 15 anos seria prejudicial para o interesse da criança e, portanto seria inconsistente com o espírito fundamental do Direito Internacional Humanitário (HELLE, 2000).

Contudo, como vimos, a Convenção IV não fala especificamente sobre o problema, pois antes de 1949, um período marcado pelo pós-II Guerra Mundial, o uso de criança-soldado era um assunto interno de cada Estado, onde a proteção às crianças era sempre focada nelas como civis,

por isso, não se debatia a questão das crianças como soldados (MCKNIGHT, 2010, p.116). Assim, a fim de complementar o documento neste âmbito, em 1977, foi elaborado o Protocolo Adicional à Convenção de Genebra Relativo à Proteção das Vítimas de Conflito Armado Internacional (Protocolo I) (BREEN, 2007, p.77). O Protocolo I foi o primeiro documento prevendo normatização para crianças como combatentes (MCKNIGHT, 2010, p.116). Nesse sentido, apesar de a Convenção IV criar uma proteção especial, é o Protocolo I que vai estabelecer o princípio da proteção especial, afirmando que elas devem ser objeto de respeito, ser protegidas de qualquer agressão e as partes beligerantes devem fornecer ajuda e cuidado que elas exigem (ICRC 2003, 2003, p.1). No que se refere às crianças-soldado, especificamente, o documento prevê, em seu artigo 77º (2) que:

2 - As Partes no conflito tomarão todas as medidas possíveis para que as crianças que não tenham atingido 15 anos não participem diretamente nas hostilidades e, em particular, recusando-se recrutá-los para as suas forças armadas. Ao recrutarem, entre pessoas que tenham atingido 15 anos de idade, mas não tenham atingido 18 anos de idade, as Partes no conflito procurarão dar a prioridade aos mais velhos ¹⁵⁰ (ICRC 1977, 1977, p.56, tradução minha).

Contudo a versão final do documento ficou bem mais fraca do que a apresentada originalmente. Na versão original, os Estados-parte deveriam adotar todas as medidas necessárias para que menores de 15 anos não participassem das hostilidades e, em particular, absterem-se de recrutá-los ou aceitar seu alistamento voluntário (ROSEN, 2007, p.300). No entanto, na versão final, a expressão “todas as medidas necessárias” foi trocada por “todas as medidas possíveis” (ROSEN, 2007, p.300). Também foi alterada a parte que versava sobre as restrições contra a participação nos con-

150 The Parties to the conflict shall take all feasible measures in order that children who have not attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities and, in particular, they shall refrain from recruiting them into their armed forces. In recruiting among those persons who have attained the age of fifteen years but who have not attained the age of eighteen years, the Parties to the conflict shall endeavour to give priority to those who are oldest (ICRC 1977, 1977, p.56).

flitos, limitada apenas para as participações diretas nas hostilidades e não mais englobando os treinamentos (ROSEN, 2007, p.300). De fato, sobre esta época, Mcknight (2010, p.117), afirma que as interpretações sobre esses termos e sobre, também, quem são as partes no conflito já estavam sendo alvo de grande discussão e contestação.

Outro grande problema do Protocolo I é que ele não fornece uma definição específica de criança (BREEN, 2007, p.77). Em seu artigo 77º (1), ele apenas diz que os menores de idade devem ser protegidos e respeitados e as partes em conflitos devem lhe fornecer cuidado e ajuda, em virtude de sua idade ou por qualquer outra razão (ICRC 1977, 1977, p.56). Breen (2007, p.77) atenta para o fato de que o texto se refere aos indivíduos de 15 a 18 anos como pessoas e não como crianças, como quando se refere aos de até 15 anos. Contudo, apesar de alguns autores entenderem que as considerações a respeito do uso das crianças-soldados acabaram se tornando fracas e a idade mínima para recrutamento permanecer em 15 anos, ainda sim se conseguiu fornecer alguma proteção, devido à previsão da dar preferência aos mais velhos (BREEN, 2007, pp.77- 78).

No entanto, como o próprio nome já indica, as provisões do Protocolo I se aplicam apenas aos conflitos internacionais. Assim, no dia 8 de junho do mesmo ano é adotado o Protocolo Adicional às Convenções De Genebra Relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Não-Internacionais (Protocolo II) (MCKNIGHT, 2010, p.117). Neste documento é reconhecida a necessidade de proteger a criança não só dos recrutamentos por parte das forças estatais, mas também os por parte das forças dissidentes (HARVEY, 2001, p. 11).

Um grande problema é que, assim como o Protocolo I, o Protocolo II também não oferece uma definição precisa do termo “criança”, pois, durante a sua construção se alegou que a idade da maturidade pode variar de 15 à 18 anos, dependendo da cultura (BREEN, 2007, p.77). A idade de 15 anos foi definida seguindo por base os documentos anteriores. Contudo, ao utilizar a expressão “crianças que não atingiram a idade de 15 anos”, o Comitê defende que isso não impediu que maiores de 15 anos fossem, de alguma forma, consideradas crianças e beneficiadas de certos direitos e garantias (ICRC 1987, 1987).

Breen (2007, p.79), por sua vez, avalia que o comentário do Comitê poderia nos indicar que, talvez, muitas das discussões a respeito da defini-

ção da idade mínima levam, de fato, em conta a necessidade de variação regional e cultural. Entretanto, o grande perigo que resulta em diminuir a proteção concedida às crianças não consegue ser justificada, adequadamente, por meio dos argumentos baseados nas variações culturais e regionais (BREEN, 2007, p.79).

Como é possível concluir, assim como no Protocolo I, a idade mínima para recrutamento foi definida em 15 anos (HARVEY, 2001, p.11). No entanto, o Protocolo II representa um avanço quanto ao primeiro, pois cria uma proibição total (para ambos os atores) do recrutamento de menores de 15 anos¹⁵¹ (BREEN, 2007, p.79; ROSEN, 2007, p.301). Além disso, proíbe tanto o recrutamento quanto a participação das crianças nas hostilidades, item este que havia sido retirado do texto inicial do Protocolo I (ICRC 2003, 2003, p.1).

O que é importante ressaltar é que as crianças que participam diretamente do conflito serão reconhecidas como combatentes e, caso sejam capturadas, passarão a condição de prisioneiras de guerra (ICRC 2003, 2003, p.1). Assim, seja com as provisões do Protocolo I ou com as do Protocolo II, o que se buscou foi conferir às crianças-soldado com menos de 15 anos tratamento diferenciado e a permanência da proteção especial concedida à criança pelas normas do DIH (ICRC 2003, 2003, p.1).

Direito Internacional dos Direitos Humanos

A proteção da criança em casos de conflito armado foi uma das primeiras preocupações no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos (BUEREN, 1994, p.810). Nesta área temos documentos como a Convenção sobre os Direitos da Criança, Protocolo Opcional para a Convenção o sobre os Direitos da Criança e Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar das Crianças (MCKNIGHT, 2010).

O documento mais importante nesse âmbito é a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada no dia 20 de novembro de 1989, com início de vigência no dia 2 de setembro de 1990 (UNICEF 2005, 2005). A partir de então, 192 países já ratificaram o documento, sendo este tratado o mais ratificado internacionalmente¹⁵² (UNICEF 2005, 2005). Esta enor-

151c) As crianças de menos de 15 anos não deverão ser recrutadas para as forças ou grupos armados, nem autorizadas a tomar parte nas hostilidades (PORTUGAL, 1977b).

152 Apenas os EUA ainda não ratificaram esse documento. (UNICEF 2005, 2005)

me quantidade de ratificações é uma demonstração de que existe certo consenso de que determinados direitos e proteções devem ser garantidos para as crianças (MCKNIGHT, 2010, p.117). No entanto, esse aparente consenso não se repetiu na definição do termo criança e resultou em um intenso debate sobre o texto do artigo 38º e em um conceito flexível de criança (BREEN, 2007, p.81).

O primeiro tema de debate foi entorno da idade mínima. Os países da América Latina e da Escandinávia queriam elevar a idade mínima para o recrutamento para 18 anos, mas sofreram uma forte oposição dos Estados Unidos da América e do Reino Unido (BUEREN, 1994, p.810). A Holanda sugeriu, como meio termo, que fosse adotado 16 anos, porém também não foi aceito (BUEREN, 1994, p.810).

Outro ponto de discussões foi sobre a diferença entre recrutamento voluntário e compulsório e sobre os recrutamentos que teriam apenas propósitos educacionais (treinamentos) (BREEN, 2007, p.83). Com isso, apesar das intensas discussões, o artigo 38º somente reiterou os estandartes existentes (BUEREN, 1994, p.810), versando que:

2. Os Estados Partes devem tomar todas as medidas possíveis na prática para garantir que nenhuma criança com menos de 15 anos participe diretamente nas hostilidades.
3. Os Estados Partes devem abster-se de incorporar nas forças armadas as pessoas que não tenham a idade de 15 anos. No caso de incorporação de pessoas de idade superior a 15 anos e inferior a 18 anos, os Estados Partes devem incorporar prioritariamente os mais velhos. (UNICEF 2004, 2004, p.24).

Por outro lado, reconheceu-se a necessidade de flexibilizar a definição da palavra (BREEN, 2007, p.81). O texto do artigo 1º diz: “Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo” (UNICEF 2004, 2004, p.6). Assim, a idade limite de 18 anos foi aberta a qualificação para prevenir que, nos Estados em que a maioridade é atingida antes, não se tenha incompatibilidade com a lei internacional (MCKNIGHT, 2010, p.117).

Contudo, outro grande problema da Convenção é que, apesar de não ser derogável em tempos de guerra, ela não está adequada as realidades do conflito (HARVEY, 2001, pp. 12-13). Seu mecanismo de monitoramento, o Comitê dos Direitos da Criança, não está apto a responder em situações de emergência, uma vez que, não pode fazer recomendações *ad hoc*, ouvir queixas individuais e impor sanções ou pedir compensações (HARVEY, 2001, pp. 12-13). Apensar de ser o documento mais ratificado, é o mais violado em tempos de guerra (HARVEY, 2001, pp. 12-13). Assim, apesar do espírito geral da Convenção¹⁵³, para Breen (2007, p.87) essas variações podem significar a diferença entre a vida ou a morte para uma criança, pois um menino morto aos 17 anos, ainda é uma criança que perdeu a vida, independentemente de ter sido soldado ou não.

Com vista à crescente insatisfação com a Convenção, em resposta ao Relatório de Graça Machel e ao endossamento das ONGS, no dia 25 de maio de 2000, a Assembléia Geral adotou o Protocolo Opcional para a Convenção sobre os Direitos da Criança (ROSEN, 2007, p.302; MCKNIGHT, 2010, p.118). A adoção deste documento significou uma renovação do esforço em direção ao “*Straight 18*”¹⁵⁴, o que, obviamente, resultou na reabertura do debate entorno do artigo 38º da Convenção ((ROSEN, 2007, p.302; BREEN, 2007, p.88). Finalmente, após 6 sessões de discussões, propostas e contrapropostas, no dia 12 de fevereiro de 2002, o documento foi ratificado e segundo seu texto final (artigo 1º): “Os Estados Partes devem adotar todas as medidas possíveis para assegurar que os membros das suas forças armadas que não atingiram a idade de 18 anos não participem diretamente nas hostilidades” (UNICEF 2004, 2004, p.51).

Apesar de aumentar a idade limite para 18 anos, para Harvey (2001, p.29) a expressão “todas as medidas possíveis” abre espaço para que os Estados interpretem a palavra “possível” da sua maneira, enfraquecendo, assim, a sua obrigação de impedir que as crianças participem dos litígios. Outro problema central do Protocolo Opcional é que, durante as negociações do documento, alguns Estados-parte, reivindicaram o direito de permanecer recrutando os voluntários com menos de 18 anos (BREET,

153 Proteger toda e qualquer criança.

154 Aumentar a idade para 18 anos.

2003, p.1). Devido a essas pressões, o artigo 3º não obriga que os países também definam que 18 anos seja a idade mínima para o voluntário (MCKNIGHT, 2007, p.118; HARVEY, 2001, p. 28). O texto apenas proíbe que seja inferior a 15 anos e estabelece quais são permitido (HARVEY, 2001, p. 28)¹⁵⁵.

Por outro lado, um grande avanço do Protocolo Opcional foi incluir a proibição para os atores não-estatais, utilizando uma linguagem mais forte em seu texto (HARVEY, 2001, p. 28; ROSEN, 2007, p.302). O artigo 4º (1) e (2) versa que:

1. Os grupos armados distintos das forças armadas de um Estado não devem, em circunstância alguma, recrutar ou usar pessoas com idades abaixo dos 18 anos em hostilidades.
2. Os Estados Partes adotam todas as medidas possíveis para evitar esse recrutamento e uso, incluindo através da adoção de medidas de natureza jurídica necessárias para proibir e penalizar essas práticas (UNICEF 2004, 2004, pp.51-52).

Para fins de conclusão, após analisar o documento, Breen (2007, p.94) afirma que a mesma discussão que permeou a construção da Convenção IV de Genebra, há cinquenta anos, definiu as do Protocolo. Alguns Estados, ao defenderem a utilização de tais soldados, continuam a adotar interpretações e visões limitadas da lei internacional, ligadas a pontos de vista históricos que não se havia grande consideração a respeito do direito e o bem-estar da criança (BREEN, 2007, p.94). Outro ponto que permaneceu foram as limitações do Comitê dos Direitos da Criança. O órgão, ao ser responsável por controlar a implementação do Protocolo, só pode fazer isso mediante os relatórios dos Estados-parte, não havendo ainda espaço para que as queixas individuais sejam ouvidas ou levadas em consideração (HARVEY, 2001, p. 29). Harvey (2001, p.29), inclusive, afirma, em um tom mais crítico, que, visto a experiência que já possuímos com esses mecanismos de comunicação, para ela é possível concluir que estas

155 1ª: deve ser genuinamente voluntário; 2ª: os responsáveis devem estar conscientes do recrutamento; 3ª: o possível recruta deve estar devidamente informado dos deveres que envolvem o serviço militar; e 4ª: seja entregue uma prova confiável que confirme a idade da criança (UNICEF, 2004, p.51).

obrigações não vão garantir a plena implementação dos direitos da criança à nível internacional.

O último documento analisado, mas não menos importante é a Carta Africana dos Direitos e do Bem-estar das Crianças. Este é o único tratado regional com foco nos direitos da criança e é considerado uma grande conquista africana (MCKNIGHT, 2010, p.119). Segundo o documento, criança é todo indivíduo com menos de 18 anos, e seu artigo 22º versa que:

1. Estados Partes na presente Carta comprometem-se a respeitar e a garantir o respeito pelas regras do direito humanitário internacional aplicável em conflitos armados que afetam a criança.
2. Estados Partes do presente Carta devem tomar todas as medidas necessárias para garantir que nenhuma criança deve tomar uma parte directa nas hostilidades e se abstenham, em especial, a partir de contratação de qualquer criança (UNIÃO AFRICANA, 1990).

Mesmo como alguns problemas¹⁵⁶, autores como Mcknight (2010, p.119) ressaltam que o documento está de acordo com o objetivo “*Straight 18*” e, em 2010, 45 dos 53 países já haviam o ratificado. Por fim, como o autor muito bem conclui:

A ratificação de tal tratado regional demonstra que a ênfase em banir o uso e recrutamento de crianças com menos de 18 anos de idade não será vista com desdém, mas sim em acordo¹⁵⁷ (MCKNIGHT, 2010, p.119, tradução minha).

Conclusão

A definição do alcance da palavra “criança”, em um sentido geral, e do termo “criança-soldado” não é um trabalho fácil e tampouco de consenso. Inclusive, é uma tarefa que foi, e ainda está, em constante construção, variando, ao longo dos anos, dependendo dos aspectos sociais, mo-

156 Ausência da responsabilidade dos atores não-estatais. MCKNIGHT, 2010, p.119)

157 “The ratification of such a regional treaty shows that an emphasis on banning the use and recruitment of children below 18 years of age will not be viewed in disdain but rather in agreement.” (MCKNIGHT, 2010, p.119).

rais, econômicos e políticos da vida cotidiana de cada nação e da sociedade internacional. No entanto, é necessário ressaltar que a utilização de crianças-soldado não é fato atual, mas sim um fenômeno que foi intensificado pelas precárias condições de vida verificada em alguns países, bem como pelos avanços tecnológicos bélicos.

Ademais, todas essas análises e considerações sobre os principais documentos internacionais sobre a problemática das crianças-soldado deixam espaço para uma série de constatações. Breen (2007, p.72), afirma que tanto o DIDH quanto o DHI não conseguem fornecer a proteção adequada às crianças pelas seguintes razões: excluindo a limitação dada pelo Protocolo, a idade mínima para a participação das crianças, nos conflitos, é muito baixa; e, no que diz respeito às considerações sobre o recrutamento voluntário e o treinamento militar, as normas são muito fracas, permitindo que os Estados recrutem os menores para suas forças armadas.

Vários países, muitas vezes, levantaram discussões que enfraqueceram o texto de alguns documentos, privilegiando a sua norma interna, baseada em valores e crenças nacionais. O texto fraco, por sua vez, contribui para interpretações dúbias, levando, por diversas vezes, ao inevitável descumprimento da norma internacional. Outro aspecto enfraquecedor, é a sua dificuldade em obrigar os atores não estatais, na medida em que, por exemplo, o monitoramento do cumprimento das obrigações depende de apoio estatal. Sendo que, por vezes, nos deparamos com situações de desrespeito tanto das forças estatais quanto das forças não estatais.

É importante, contudo, ressaltar que esses documentos tem relevante poder de ação em razão da expressiva ratificação, fato que permitiu liberar dezenas de crianças dos postos militares e o seu retorno para o aconchego familiar. Embora relevante, ainda é insatisfatório, considerando o elevado contingente de crianças que permanecem nessa condição.

Assim, é necessário que todos os atores envolvidos participem ativamente das discussões sobre a problemática, delimitando as devidas obrigações. O desafio, dessa forma, é ultrapassar as barreiras físicas, políticas, sociais e culturais e trabalhar em conjunto para definir ações que sejam efetivas e eficientes, possibilitando que essa prática seja erradicada.

Referências

- BREEN, Claire. When is a /Child not a Child? Child Soldiers in International Law. **Human Rights Review**, Oxford, v. 8, n. 2, p. 71-103, jan/mar. 2007.
- BRETT, Rachel. Adolescents volunteering for armed forces or armed groups. **International Review of the Red Cross**, v.85 ,n. 852, pp.857-866, dez.2003.
- BUERE, Geraldine Van. **The International Legal Protection of Children in Armed Conflicts**. The International and Comparative Law Quarterly, Cambridge, v. 43, n. 4, pp. 809-826, oct. 1994.
- HARVEY, Rachel. **Children and Armed Conflict – A Guide to international humanitarian and human rights law**. International Bureau for Children’s Rights: Canadá, 2001.
- HELLE, Daniel. **Optional Protocol on the involvement of children in armed conflict to the Convention on the Rights of the Child**. International Review of the Red Cross. n. 839, 2000. Disponível em: <<https://www.ICRC.org/eng/resources/documents/misc/57jqje.htm>>. Acesso em: 01.abr.2019.
- HENCKARTS, Jean-Marie; Doswald-Beck, Louise. **Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Disponível em:<<https://www.ICRC.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-ICRC-2003-eng.pdf>>. Acesso em: 20.mar.2019.
- ICRC 1977. **Protocols Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949**. 1977. Disponível em:< https://www.ICRC.org/eng/assets/files/other/ICRC_2003_002_0321.pdf>. Acesso em: 01.abr.2019.
- _____ 1987. **Treaties, States and Commentaries. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)**, 8 June 1977. 1987. Disponível em:< ht-

[tps://ihl-databases.ICRC 2003.org/ihl/COM/475-760008?Open-Document](https://ihl-databases.icrc.org/ihl/COM/475-760008?OpenDocument) >. Acesso em:13.abr.2017.

_____. 2003. **Legal Protection of Children in Armed Conflict**. Advisory Service on International Humanitarian Law. pp-1-2. 2003.

MACHEL, Graça 1996. **Impact of Armed Conflict on Children**. 1996. Disponível em:< https://www.unicef.org/graca/a51-306_en.pdf>. Acesso em: 21.mar.2019.

MCKNIGHT, Janet. Child Soldiers in Africa: a Global Approach to Human Rights Protection, Enforcement and Post-Conflict Reintegration. **African Journal of International & Comparative Law**, Edinburg, v. 18, n 2, pp. 113-142, aug. 2010.

ONU 1949. **IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War**. 1949 Disponível em:< http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.33_GC-IV-EN.pdf>. Acesso em: 01.abr.2019.

ROSEN, David. Child Soldiers, International Humanitarian Law, and the Globalization of Childhood. **American Antropologist**, v. 109, n. 2, p. 296-306, jun.2007.

SINGER, Peter. Talk Is Cheap: Getting Serious about Preventing Child Soldiers. **Cornell International Law Journal**, Nova Iorque, v.32, issue 3, pp. 561-586, 2004.

UNIÃO Africana. **Comissão Africana de Direitos Humanos e dos povos. Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança**. 1990. Disponível em:<<http://www.achpr.org/pt/instruments/child/>>. Acesso em: 01.abr.2019.

UNICEF 2004. **A Convenção sobre os Direitos da Criança**. 2004. Disponível em:<https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 12.abr.2017.

_____. 2005. **Frequently asked questions**. 2005. Disponível em:<http://www.unicef.org/crc/index_30229.html>. Acesso em: 01.abr.2019.

A INFLUÊNCIA DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E OS REFLEXOS JURÍDICOS NO CASO BRASILEIRO

Maria Laura Silva de Figueiredo

INTRODUÇÃO

Em diferentes períodos da história, as nações viveram sob a égide de governos autoritários. No Brasil não foi diferente, em 31 de março de 1964 tropas do Exército ocuparam as ruas das principais cidades do país, destituindo João Goulart e implantando um longo e lamentável regime militar, que foi marcado pela ruptura com a democracia, pela cassação de direitos políticos dos opositores e pela violação das liberdades individuais. Durante esse tempo, os cidadãos foram privados de diversos direitos devido a uma forte repressão e ferrenha censura, que produz efeitos até hoje.

A redemocratização não conseguiu, no entanto, apagar boa parte desse lamentável e doloroso legado, pois em 1979, o último presidente militar, João Batista Figueiredo, promulgou a Lei n° 6.683, conhecida como Lei de Anistia, que perdoou os crimes praticados durante a ditadura militar. A referida lei foi, inclusive, objeto de contestação na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Supremo Tribunal Federal.

Para se reconciliar com o passado, preparar o futuro e consolidar sua democracia, o país deu início a implementação da chamada justiça de transição, seguindo o exemplo de nações que também foram governadas

por ditaduras. É por meio dela que se busca a responsabilização dos agentes que cometeram crimes, a reparação das vítimas e a garantia do direito à memória e à verdade, iniciativas necessárias para assegurar a não repetição das graves violações ocorridas no passado. Para isso, a consolidação do sistema internacional de proteção aos direitos humanos foi um fator fundamental, uma vez que expandiu a consciência axiológica da dignidade da pessoa humana.

No decorrer deste artigo será analisada a origem do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a relação entre o sistema internacional de proteção a eles e sua influência no instituto da justiça de transição, bem como os reflexos jurídicos no caso Brasileiro.

Este trabalho também pretende discorrer sobre as consequências da falta de uma justiça de transição efetiva e seus desdobramentos na sociedade brasileira.

1 PRECEDENTES HISTÓRICOS INTERNACIONAIS

A origem e a natureza dos direitos humanos revelam-se tema de intensa polêmica doutrinária, com diversas correntes e visões que explicam seu surgimento.

A corrente jusnaturalista acredita na existência de um direito natural, composto de regras eternas e imutáveis. A corrente positivista, por sua vez, afirma que os direitos humanos são criados racionalmente pelas sociedades. Ambas as visões, contudo, demonstram um compromisso leviano com os direitos humanos.

Nesse sentido, defende o presente estudo a historicidade dos direitos humanos, por considerar que estes são frutos das lutas sociais e estão em constante processo de construção e reconstrução.

Todavia, o debate acerca da gênese dos direitos humanos torna-se subsidiário em face da preocupação com sua efetiva proteção. Como destaca Norberto Bobbio, o maior desafio dos direitos humanos hoje “não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los” (1992, p. 25).

Assim, a genuína compreensão do processo de internacionalização e universalização da proteção aos direitos humanos exige inicialmente uma análise histórica da trajetória moderna e contemporânea percorrida pelas nações, uma vez que os organismos e instituições precedentes ao sistema

atual são verdadeiros embriões que delinearão os primeiros contornos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Em um primeiro momento, é fundamental recorrer ao início do século XX, período em que o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) inauguraram a noção contemporânea de preocupação com a dignidade da pessoa humana, posto que foram os primeiros institutos a enxergar o indivíduo como um verdadeiro sujeito de direito internacional.

Ademais, o tema justiça de transição carrega na sua essência a questão histórica. Assim, para que se compreenda integralmente seus conceitos, mecanismos, pilares e fundamentos, é preciso fazer um resgate à memória.

Após o fim da Primeira Guerra Mundial ocorreu a ascensão de regimes totalitários, tanto de direita, quanto de esquerda. Na Europa ocidental, o nazifascismo e, na Europa oriental, o comunismo. Desse confronto eclode, no ano de 1939, a Segunda Guerra Mundial, um conflito que envolveu nações de todos os continentes. Dois eram os grupos de combate: os países do Eixo, integrado por Alemanha, Itália e Japão, e os países Aliados, compostos por França, Reino Unido, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Estados Unidos da América.

Em 1945, as tropas Aliadas venceram o confronto, colocando fim à guerra e iniciando a fase inaugural da história moderna da justiça de transição.

O período pós-guerra é um verdadeiro marco na trajetória do direito internacional. A barbárie e o totalitarismo dos regimes fascistas causaram monstruosas violações de direitos humanos, abolindo completamente o valor do ser humano (PIOVESAN, 2006, p. 115).

Dessa forma, com o fim do conflito, o tópico justiça de transição passou a receber cada vez mais atenção nas discussões sobre redemocratização, além de ter havido uma verdadeira consolidação do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, que foi instrumentalizado com a criação de uma sistemática normativa de proteção internacional. Nesse sentido, é válido afirmar que esses dois institutos estão umbilicalmente ligados entre si.

Em 1945, na Conferência de São Francisco, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), que instaurou um novo modelo de conduta nas relações internacionais, solidificando a preocupação com os direitos individuais de cada cidadão. Três anos após sua criação, em 1948, a ONU adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que delineou uma

ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade da humana. Com isso, o princípio da soberania estatal passou a não mais ser interpretado de modo absoluto, devendo estar sujeito a certas limitações em prol da proteção dos direitos humanos.

Posteriormente, criou-se um sistema global de proteção aos direitos humanos, com pactos que passaram a incorporar os direitos constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além de diversos tratados multilaterais que se originaram posteriormente.

Deve-se considerar, ainda, o surgimento de diversos tribunais internacionais, que se dividem em duas espécies: os tribunais permanentes e os tribunais *ad hoc*.

Merece atenção especial neste artigo os tribunais *ad hoc*, que são aqueles criados temporariamente para apurar os fatos acontecidos durante a guerra, sendo os mais célebres o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio que julgaram, respectivamente, oficiais alemães e japoneses pelos crimes praticados durante o conflito, mediante o estabelecimento de três categorias de crimes: crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade. Dessa forma, esses tribunais implementaram mecanismos que se tornaram verdadeiros marcos para a justiça transicional.

Diversas foram as nações que passaram, em diferentes períodos, por um processo de justiça de transição.

Alemanha, Japão e Itália realizaram o acerto de contas do Estado com a sociedade logo após o fim da guerra. Portugal, Grécia e Espanha, na década de 70, com a queda das suas ditaduras internas. Já nos anos seguintes, esse fenômeno se expande para os demais países do mundo, passando pela América Latina, região em que se destacam as transições ocorridas na Argentina, Brasil, Chile, Uruguai, Haiti, El Salvador e Guatemala; Leste Europeu, localidade em que se ressaltam as transições ocorridas na Polônia, Hungria, Romênia, Bulgária e República Tcheca; estendendo-se, ainda, para África e Ásia.

2 A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Feita essa retrospectiva sobre o contexto histórico internacional, têm-se as bases para dar início ao processo de conceituação da justiça de transição.

O estudo do significado dos vocábulos e análise da origem etimológica dos mesmos revelam-se grandes aliados na árdua tarefa de conceituar o termo que intitula o presente capítulo e é, também, principal objeto de estudo da pesquisa.

O grande jurista André Franco Montoro, em sua obra “Introdução à Ciência do Direito”, explora diferentes significações do vocábulo *direito*, sendo que, em uma das suas dimensões, relacionada ao estudo da axiologia jurídica, o termo é entendido como justiça.

Nesse sentido, respaldando-se nos estudos de Montoro, é possível conhecer diferentes acepções do referido verbete. Segundo o autor, “justiça, no sentido subjetivo, é a virtude pela qual damos a cada um o que lhe é devido. No sentido objetivo, justiça aplica-se à ordem social que garante a cada um o que lhe é devido” (1999, p. 128). Logo, é nítido a existência de um intenso debate histórico-jurídico sobre o conceito de justiça.

A segunda palavra que compõe a expressão intituladora do objeto da presente pesquisa tem, por sua vez, raízes etimologicamente latinas, oriundas da palavra *transitio*. Conforme o dicionário Michaelis, transição é o “estágio intermediário entre uma situação e outra” (MICHAELIS DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA, 2018). Ou seja, refere-se a um momento que se situa entre um estado e outro, como na mudança de um sistema político para outro.

Desse modo, justiça de transição é a denominação dada para um conjunto de mecanismos adotados por países egressos de regimes ditatoriais ou conflitos internos, para lidar com a herança de graves violações de direitos humanos.

É por meio dela que se busca a responsabilização dos agentes que cometeram crimes, a reparação das vítimas e a garantia do direito à memória e à verdade, iniciativas necessárias para assegurar a não repetição das graves violações ocorridas no passado. Isso será feito através de vários instrumentos, gerando consequências jurídicas, políticas e sociais, com impactos que dependem de algumas variáveis, como as características do regime autoritário, o tipo de transição escolhida e a dinâmica internacional na qual o país está inserido.

Conforme afirma Ruti Teitel, professora norte-americana e cofundadora da Sociedade Americana de Direito Internacional em 1991, é possí-

vel dividir a existência da justiça de transição em três fases distintas, ligadas a momentos históricos diferentes (2005, p. 838).

A primeira fase, que corresponde à fase inaugural da justiça de transição, tendo como marco inicial o fim da Segunda Guerra Mundial, marcada por um forte internacionalismo e cooperação entre os Estados, decorrente da conjuntura política da época. Ainda, é o momento de consolidação do sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

O principal símbolo desta fase é Tribunal de Nuremberg, que puniu oficiais da Alemanha nazista pelo cometimento de crimes durante o regime autoritário, deixando o legado de criminalização dos agentes perpetradores de condutas violadoras de direitos humanos.

Cabe destacar, nesse ponto, que existe uma intensa e profunda discussão jurídico-filosófica a respeito da competência do referido tribunal, envolvendo principalmente o princípio da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina e, sendo assim, em nome da segurança jurídica, uma conduta que não era considerada criminosa a época de seu cometimento não pode ser punida posteriormente, não importando o quão hedionda ela seja. Dessa forma, positivistas e não positivistas apresentam argumentos para defender cada uma das vertentes. Essa questão filosófica, porém, não será objeto de aprofundamento desta modesta pesquisa.

A segunda fase da justiça de transição está vinculada aos processos de democratização de Estados ocorridos após a Guerra Fria, com a queda do mundo de Berlim em 1989. Esta fase, por sua vez, é marcada pela ideia de redemocratização e reconstrução nacional.

Ao contrario do fenômeno ocorrido na primeira fase, esta fase foi marcada pela aplicação de mecanismos alternativos à punição, como criação de comissões da verdade e edição de leis de anistia, visando a pacificação da sociedade.

A terceira fase da justiça de transição está associada ao fenômeno da globalização, e se situa cronologicamente no final do século XX, é caracterizada a partir daquilo que Teitel chama de “tribunalização” da lei e das políticas.

É nesta fase que ocorre a criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia e a criação do Tribunal Penal Internacional, sediado em Haia, estabelecido em 2002, cujo Estatuto foi aprovado em 1998 na Conferência de Roma.

Sua criação já era prevista na Convenção Para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. É o primeiro tribunal penal internacional permanente. Este tribunal tem competência para julgar indivíduos por crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. Trata-se de um dos instrumentos mais importantes para a realização da justiça de transição contemporânea.

3 OS REFLEXOS JURÍDICOS NO CASO BRASILEIRO

A genuína compreensão da transição política brasileira requer inicialmente uma análise cuidadosa dos fatos que ocorreram no passado, especialmente durante o regime militar, período compreendido entre os anos de 1964 e 1985, uma vez que não se pode permitir que fases excepcionais como essa sejam entregues ao esquecimento de uma nação.

Ancorando-se nos dizeres de Pablo Dominguez Martinez, é possível perceber a importância da preservação dessa memória:

[...] A superação do passado, o alheamento das abusividades, a intenção de “impunidade” constituem uma forte tendência, principalmente por aqueles que já foram participantes de governos ditatoriais e pretendem que a sociedade como um todo não inicie uma busca por punição e revide [...] (2014, p. 70).

Nesse sentido, examinar as raízes desse intervalo de tempo é fundamental para entender como a infiltração da ditadura em diversos setores da sociedade, tais como político, econômico, legislativo, educacional e social, contribuiu para torná-la um óbice à concretização do processo de transição.

Os acontecimentos internos que ocorreram no Brasil durante esse período são, em grande parte, um reflexo da questão geopolítica internacional, marcada pela tensão da Guerra Fria.

Nas eleições de 1960, Jânio Quadros, candidato do Partido Trabalhista Nacional (PTN), apoiado pela União Democrática Nacional (UDN), venceu o pleito. Era a primeira vez, desde 1946, que a coligação PTB-PSD não elegia o presidente, conseguindo eleger apenas o vice, João Goulart. Pela Constituição de 1946, a escolha do presidente e do vice-presidente não estava vinculada.

Pressionado com denúncias, segundo as quais ele apoiaria o comunismo, Jânio decidiu dar um passo arriscado: renunciou em agosto de 1961.

Então, seguindo a ordem de sucessão presidencial, João Goulart deveria assumir o cargo. Porém, não foi o que aconteceu, pois sua posse só foi aceita após uma manobra no Congresso, que instituiu o parlamentarismo no país. A Constituição de 1946 foi, então, reformada, reduzindo os poderes do presidente e criando a figura do primeiro-ministro. Mesmo com poderes limitados, Jango – apelido pelo qual o presidente era afetivamente chamado desde a infância – aceitou a proposta.

Nas palavras de Elio Gaspari, João Goulart:

[...] Só assumira porque aceitara, depois de uma crise em que o país esteve perto da guerra civil, uma fórmula pela qual se fabricou um humilhante regime parlamentarista cuja existência residia em permitir que ocupasse a Presidência desde que não lhe fosse entregue o poder [...] (2002, p. 48).

Numa tentativa de reverter a situação, Jango mobilizou forças políticas para, em 1963, realizar um plebiscito para que a população pudesse decidir qual sistema de governo deveria ser adotado no país: presidencialismo ou parlamentarismo. Com o reestabelecimento do presidencialismo, Jango recuperou os poderes presidenciais em janeiro de 1963 e retomou, por pouco tempo, as rédeas da nação.

A desconfiança e instabilidade política, porém, cresciam cada vez mais. A tensão chegou ao ápice em 13 de março de 1964, quando o presidente promoveu um grande comício popular na praça em frente a Central do Brasil, no Rio de Janeiro. Seus opositores de pronto reagiram, realizando, na cidade de São Paulo, a famosa Marcha da Família com Deus pela Liberdade. Era o conservadorismo paulista se manifestando de forma incisiva, demonstrando a rejeição da classe média ao governo de Goulart.

Sob a perspectiva de Élio Gaspari, em sua extensa obra sobre a ditadura militar brasileira, a essa altura, “a árvore do regime democrático estava caindo, tratava-se de empurrá-la para a esquerda ou para a direita” (2002, p. 54).

A tensão permaneceu até que, no dia 31 de março, tropas do Exército ocuparam as principais ruas do país, destituindo Jango e instaurando um longo e doloroso regime militar, que iria transformar para sempre o país.

No campo econômico, foi criado o Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG), que deveria eliminar a inflação e estimular o crescimento econômico, criando as bases para o fenômeno que viria a ser conhecido como “milagre econômico”.

No campo legislativo, os militares passaram a decretar Atos Institucionais (AI), utilizados para dar força de lei às suas ações, na tentativa de encaixar o golpe dentro de parâmetros legais. Assim, os atos institucionais, a Constituição de 1967, a Lei nº 7.170/1983, conhecida como Lei de Segurança Nacional e a Emenda Constitucional nº 1/69 (EC Nº1/69), que promoveu profundas alterações no texto constitucional de 67, foram os principais mecanismos legais para legitimar e legalizar o regime.

O fim da década de 60 marcou uma fase de contestação do regime, especialmente o ano de 1968, conhecido como “o ano que não terminou”, devido à ocorrência de inúmeros acontecimentos marcantes, como o assassinato de Martin Luther King, a Guerra do Vietnã e diversas manifestações, sobretudo estudantis, contrárias aos regimes ditatoriais. A juventude, inspirada pelo movimento *hippie*, que ganhava a cena no mundo todo, acenava com ideias libertárias, negando os valores ditados pela Guerra Fria.

Diante disso, o regime endureceu suas bases, dando início a sua fase mais severa. É o auge da repressão. O auge da tortura e do desaparecimento. O auge das atrocidades. O auge das violações de direitos, que, infelizmente, jamais chegaram ao conhecimento da maioria da população, em função da feroz censura imposta aos meios de comunicação.

A ditadura civil militar brasileira durou mais de duas décadas e contou com um rodízio de cinco presidentes. A violência arbitrária passou a fazer parte do cotidiano dos brasileiros. De um lado, o Estado, exorbitando o monopólio do uso da força e do outro, a resposta dos grupos de esquerda, com assaltos, sequestros de representantes de governos estrangeiros, expropriações e outros métodos. Durante esse período a tortura se consolidou como a essência do aparato repressivo.

Segundo o artigo 5º da DUDH, adotada pela ONU em 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, “ninguém será submetido à tortura, nem

a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Cabe conceituar, agora, o que caracteriza um ato de tortura. Para isso, é preciso recorrer à Convenção Contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, promulgada no Brasil pelo decreto nº 40 em 1991:

[...] o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

Durante vinte e um anos da ditadura militar, esse princípio foi severamente ignorado pelas autoridades brasileiras.

Em 1979, João Batista Figueiredo, o quinto e último militar, assume a presidência do país, sendo o responsável por finalizar a abertura política.

No plano político, sua gestão aprovou em a Lei nº 6.683, conhecida como Lei de Anistia, que se tornou um verdadeiro óbice ao processo de justiça de transição.

O modelo de transição utilizado por cada nação geralmente conta com influências das demais, como é o caso do modelo brasileiro, que foi inspirado na transição espanhola. Trata-se de uma transição pactuada, com forte tendência à política do esquecimento, por não promover o chamado *accountability*, que pode ser entendido como um “acerto de contas” do Estado com a sociedade civil. Trata-se de um vocábulo comumente utilizado na literatura sobre justiça de transição, que diz respeito à responsabilização do Estado e seus agentes em relação às violações de direitos cometidas.

Assim, demonstra-se que o modelo de transição adotado pelo país é responsável pela manutenção de diversas feridas sociais abertas até hoje.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do panorama exposto sobre o surgimento e consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da justiça de transição, é possível compreender a ligação e complexidade desses processos, que se articulam em diferentes dinâmicas nos âmbitos internacional, regional e local.

O fim da Segunda Guerra Mundial é um verdadeiro marco inaugural da proteção aos direitos humanos e da justiça transicional, tendo como principais referências o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio.

A América Latina sofreu grande influência do processo europeu. No caso brasileiro, em especial, verifica-se que a Lei de Anistia de 1979 não apenas marca o início da justiça de transição no país, como também se transforma na questão principal da problemática, travando um verdadeiro embate entre punição exemplar e esquecimento total.

A luta contra o legado autoritário vem sendo bandeira das vítimas do regime militar, que trazem para o bojo da sociedade os perigos das consequências da falta de uma justiça de transição verdadeiramente efetiva, que produzem reflexos nos dias atuais, com diversos grupos sociais ansiando pela volta da ditadura militar.

Uma verdadeira consolidação democrática passa, portanto, por estratégias de resgate da memória e busca pela verdade, assegurando os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. Coleção As Ilusões Armadas.

_____. **A ditadura escancarada**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. Coleção As Ilusões Armadas.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao Esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2014.

MICHAELIS DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Transição**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/transicao>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEITEL, Ruti. **The law and justice of contemporary transitional justice**. In: Cornell International Law Journal. vol. 38. Buffalo: Willian S. Hein, 2005

A PROBLEMÁTICA DAS AÇÕES HUMANITÁRIAS OSTENSIVAS EM TERRITÓRIO DE CONFLITOS INTERESTATAIS.

Olívia Ricarte

Sendo a ONU o principal organismo internacional responsável por promover e estimular os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a manutenção da paz (art. 1 da Carta de São Francisco), há indubitavelmente uma tensão entre a efetivação destas intenções e a suposta barreira da soberania, que emerge justamente quando da tentativa de se aplicar institutos jurídicos novos baseados em fundamentos principiológicos tradicionais, importante à sua época de exurgência, mas que já não conferem à contemporaneidade.

Tal premissa é comprovada pela história recente, mesmo no período pós-guerra fria; a ação não ostensiva das forças de paz da ONU nos conflitos de Ruanda (1994) resultaram na morte de mais 750 mil pessoas, num período de 3 meses, e no território protegido de Srebrenica, Ex-Iugoslávia, em julho de 1995 mais de 7.500 civis morreram, sob os olhares de um grupo treinado para manter a paz e o respeito aos direitos humanos à luz do artigo 78 da Carta de São Francisco, que estabelece como limite de ação a soberania estatal. Tais episódios macularam a confiança nas premissas da organização, o que obrigou a releitura de velhos dogmas, desatualizados diante dos novos cenários políticos. No mesmo sentido:

A própria credibilidade da ONU foi posta em xeque ao menos em duas situações-chave, Ruanda e Bósnia (destaque para o funesto episódio

de Srebrenica). Essas tragédias suscitaram extensa – e necessária – atividade de auto-crítica.

(...) Na ex-Iugoslávia, entretanto, “forças de paz inadequadas em número, recursos e mandato” (UNPROFOR, revisada para cobrir o território da Bósnia e Herzegovina 213) veriam o inovador conceito de “área protegida”²¹⁴ se transformar em instrumento de facilitação da limpeza étnica das milícias sérvias na região – tal foi a lição amarga de Srebrenica²¹⁵. Vale ressaltar que, nos casos citados, antes dos civis tombarem vítimas da violência, as próprias OMPs já haviam constituído alvo preferencial, desprovidas de proteção adequada para seus integrantes (esse item será analisado a seguir, “Segurança do pessoal das OMPs”); além das OMPs citadas, esse foi o caso da UNTAC e da UNCRO. (GAMA, 2005)

Não obstante, mesmo após a carta intencional intitulada “Agenda para a paz”, de 1992, e com a previsão de relativização deste conceito, no intento de sobressair-se o princípio da dignidade da pessoa humana do sujeito internacional de direitos à soberania, e ainda com o Relatório de Brahimi, que parece ter sedimentado o entendimento de que se justificaria inclusive o uso da força pelas forças de paz, numa exceção à disposição preambular da Carta de São Francisco, sob o argumento de o bem comum prescindir à soberania de um estado que não cumpre os tratados internacionais, ainda é pungente a necessidade de ponderação entre o *direito* e *responsabilidade* de intervir nos conflitos intraestatais, a tríade tradicional desta intervenção (consentimento, imparcialidade e mínimo de força) e o respeito à soberania, sob o seu aspecto ainda novel, de menos de um século ainda, umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana e à solidariedade. Neste prisma, válida é a observação crítica de Carlos Frederico Gama, em dissertação de mestrado sobre o tema:

Os pilares da manutenção da paz (consenso das partes, imparcialidade, restrição do uso da força) permanecem os mesmos. No entanto, estes passam a ser contextualizados. No pós-Guerra Fria, conflitos intra-estatais dão a tônica. O consenso das partes torna-se mais difícil de se atingir. A imparcialidade não pode impedir que as tropas de paz diferenciem vítimas de agressores. Ataques, de onde provenham, não podem ser tolerados, sob pena do fracasso ou descrédito das OMPs. A capacidade de defesa das OMPs – e a capacidade de defesa de seus mandatos – é um ponto-chave. Projeções acerca da criação e estabelecimento de uma operação devem

levar em conta esses complicadores. Mandatos devem ser claros e específicos quanto ao uso da força. Os recursos destinados à operação devem ser suficientes para que esta tenha poder de dissuasão. A violência contra civis não deve ser tolerada, sem que princípios da ONU sejam violados pela ação das OMPs. (GAMA, 2005)

Ademais, corroborando, acrescenta Gilda Neves:

As características essenciais de uma operação de manutenção da paz tradicional são neutralidade, consentimento e mínimo uso da força (uso da força apenas em legítima defesa. Normalmente, também pressupõem equipamento militar leve e acordo de cessar-fogo. Essas características e o fato de que as operações dependem de contribuição de contingentes em base voluntária determinarão o tamanho, composição e regras de engajamento da missão, sob o signo do Capítulo VI da Carta (“Solução Pacífica de Controvérsias”), ou do Capítulo VII (“Ação relativa a Ameaças à Paz, Ruptura da Paz e Atos de Agressão”). Cabe notar que o pressuposto de consentimento das partes beligerantes e da autoridade soberana está sofrendo revisão não só à luz da evolução recente do conceito da “responsabilidade de proteger”. (...)

É importante notar que o próprio conceito de peacekeeping não era – como até hoje não o é – ponto pacífico nos meios acadêmico, diplomático ou político. A Carta das Nações Unidas não inclui referência explícita a essa que é hoje, de longe, a atividade mais desafiadora, onerosa e polêmica das Nações Unidas e a Assembléia Geral (AGNU) tampouco legislou diretamente a respeito. De qualquer modo, peacekeeping operations passou a dominar o jargão das Nações Unidas, em que pouco se utiliza atualmente o termo peacemaking. (Ob. Cit, 2009)

Esta ponderação é de crucial importância para a legitimidade das ações focadas, uma vez que tanto há exemplos trágicos resultantes da omissão, quanto da ação impositiva, desta vez a exemplo de Congo (1964), Bósnia-Herzegovina (1995) e Somália (1995); senão, vejamos:

Na Somália (UNOSOM II), a autorização para emprego de “todos os meios necessários” 209 contra os parálimitares da região

não pôs fim ao caos político naquele país – e a própria operação acabaria findada em pouco tempo (...) Seria, pois, necessário não apenas intervir mais prontamente e efetivamente para responder a violações aos Direitos Humanos dessa monta, mas especialmente para prevenir tais ocorrências. (GAMA, 2005)

O conceito de imposição da paz foi testado com grande alarde e resultados funestos na Somália (UNOSOM II20) e nunca deixou de ser considerado ofensivo à soberania dos países. Peace-enforcement ou imposição da paz define hoje a intervenção de um país ou coalizão de países, diretamente entre as partes em conflito – sem sua autorização ou do país em que ocorre o conflito e, algumas vezes, sem autorização do Conselho de Segurança. (NEVES, 2009)

A ação de restabelecimento da paz e reconciliação em Serra Leoa, por sua vez pode ser citado como exemplo de como a implementação dos instrumentos (financiamento adequado, tática de intervenção especial atentando para as particularidades de cada caso, respeito, na medida do possível, à tríade consenso, mínimo de força e neutralidade), *quando devidamente direcionados*, pode culminar em resultados positivos. Neste sentido, segue ponderação pertinente a respeito de um episódio no qual se pôde vislumbrar as etapas da missão de restauração da paz, desde ações de sanções econômicas e recomendações, a militares de caráter puramente observador e, por fim, ostensivas:

Nem sempre é possível determinar o início de um conflito e é comum que vários fatores concorram para causar instabilidade e produzir o ambiente gerador de guerras – o que é especialmente verdadeiro no caso de conflitos internos. Em Serra Leoa, um presidente fraco à frente de um governo corrupto e autocrático, a economia paralisada, a pobreza, o descontrole sobre a exploração dos diamantes, o altíssimo nível de desemprego, a proliferação de armas e o conflito na Libéria estariam na origem do surgimento da Frente Revolucionária Unida (RUF), grupo guerrilheiro liderado por Foday Sankoh para derrubar o governo, e da guerra civil que duraria onze anos, mataria cerca de 75 mil pessoas, feriria ou mutilaria mais de 200 mil e levaria outras 500 mil a fugir do país. (...) decidiu-se a estabelecer a Missão de Observação em Serra Leoa (UNOMSIL), em julho de 1998, e com apenas 70 observadores militares.

Seu mandato limitava-se a monitorar a situação de segurança, assistir no programa de desarmamento executado pelo governo e informar a sede. As atrocidades cometidas, incluindo o corte a machadadas de mãos, braços, pés ou pernas de cerca de 100 mil pessoas e o recrutamento forçado de crianças-soldados, além da exploração das minas de diamantes com mão de obra escravizada, para financiamento de sua infra-estrutura, armas e drogas¹⁰⁴ constituíram marcas da estratégia violenta da RUF. (...)o Conselho de Segurança afinal autorizou a criação da UNAMSIL¹⁰⁷, com os 6.000 homens que o Secretário-Geral solicitara, embora o Departamento de Operações de Paz (DPKO) continuasse a apontar a insuficiência de recursos e precariedade dos equipamentos militares disponíveis para a operação – o que comprometeria sua eficácia e contribuiria para o lamentável incidente de maio de 2000, quando centenas de peacekeepers foram apreendidos pelos rebeldes. (...)O mandato tornou-se mais robusto, agora sob o Capítulo VII da Carta, mas a transição não ocorreu como esperado e o vácuo de poder de dissuasão militar levou os rebeldes, que seguiam violando sistematicamente os acordos de paz, a deter 500 capacetes-azuis e rejeitar o cessar fogo. Poucos dias depois, cerca de 20 civis que participavam de protesto em frente à casa de Sankoh, foram assassinados pela RUF, o que finalmente resultou em sua prisão e a de outros rebeldes e na completa retirada do grupo do governo de transição. Os acordos de Lomé tornaram-se letra morta. É interessante notar que, embora o Conselho tivesse insistido em que os países contribuintes de tropas oferecessem pessoal qualificado e de alto padrão para enfrentar o grande desafio representado por Serra Leoa, nenhum membro do próprio Conselho ofereceu tropas, que seriam mais uma vez compostas por países em desenvolvimento, pouco aparelhadas e precariamente treinadas – outro dos dilemas que assombram as operações de paz. Durante o caos que se seguiu, o Conselho ampliou a lista de indivíduos sujeitos a sanções pessoais, decretou embargo ao comércio de diamantes brutos¹¹⁰ e intensificou os esforços de mediação. Em maio, novo mandato permitiu que os contingentes alcançassem 13 mil homens¹¹¹, mas foi o emprego rápido de tropas britânicas que permitiu a restauração da segurança e prisão de Foday Sankoh e vários ministros. A assinatura do acordo de paz de Abuja em novembro de 2000, acompanhada finalmente do desdobramento das tropas da ONU em todo o país permitiu o gradual retorno à normalidade e restabelecimento da

soberania sobre todo o território. A guerra civil foi declarada encerrada em fevereiro de 2002. (NEVES, 2009)

Por outro lado, mesmo em missões ostensivas tidas como bem sucedidas, como no Haiti (1994) e na descolonização da Namíbia (1996), verificou-se um sucesso pontual, restando ineficaz a reconciliação política duradoura e estável, a reconstrução econômica com cooperação e o reestabelecimento da qualidade de vida da sociedade afetada.

A relativização da soberania como instrumento de implementação dos princípios maiores da dignidade da pessoa humana e solidariedade se mostra insuficiente quando da concentração em esforços militares, seja de imposição ou manutenção de paz ou para apoio à ações humanitárias; para não se tornar um esforço meramente retórico, é preciso que a ponderação na intervenção se dê para além de ameaças institucionais ou militares, mas que sejam voltadas também à pobreza, à fome e à opressão, tanto num cenário de conflito iminente, como no seu epicentro crítico e no pós conflito. Oportuna é a explanação que segue:

Quando se desintegra o Estado, normalmente já existe conflito interno em fase adiantada de luta pelo poder e/ou por recursos naturais que deveriam estar sob a guarda do Estado. Questões sócio-econômicas antigas e novas, como fome, pobreza, intolerâncias étnicas e religiosas, epidemias, exploração ilegal e contrabando de recursos naturais, proliferação de armas, narcotráfico e toda a gama de correlações possíveis entre essas e aquelas ameaças – contribuem para o esfacelamento do Estado.

(...)

Da relação cada vez mais intensa entre segurança interna e segurança internacional, decorre a noção de segurança humana, relevante também para a evolução do conceito de consolidação da paz como elemento de composição da segurança coletiva internacional. A utilização do termo “segurança humana” enseja, entretanto, complexo debate. De forma restrita, significa proteção contra ameaças violentas como guerra civil, genocídio ou deslocamentos forçados. A visão “ampla” de segurança humana inclui proteção também contra ameaças não violentas, como fome, miséria, doenças, iniquidades sociais e incapacidade do Estado de prover padrões

mínimos de qualidade de vida. O conceito está fortemente associado à idéia de desenvolvimento humano e de vulnerabilidade, em razão de conflito armado ou de marginalização social e econômica, e decorre da constatação de que fome e doenças tratáveis matam muito mais que guerras civis ou genocídios.

(...)

O componente de direitos humanos vem ganhando grande relevância nas operações de paz em função não só da maior conscientização mundial sobre o assunto, mas também em razão das grandes catástrofes humanitárias e processos deliberados de limpeza étnica associados aos violentos conflitos intraestatais que caracterizaram o fim do século XX. Trata-se de pilar essencial da consolidação da paz, que perpassa atividades como reforma do sistema legal, treinamento policial, combate à impunidade e conscientização social. Cabe ressaltar que a agenda de direitos humanos defendida por países ocidentais para países em situação de colapso e em reconstrução pós-conflito deixa, muitas vezes, de levar em consideração peculiaridades culturais importantes. No contexto de consolidação da paz pós-conflito em países em estado de colapso, prevalecem situações de extrema pobreza e exclusão social em que se deveria dar prioridade ao investimento em desenvolvimento social e econômico, inclusive educação, antes que se possa ampliar, por exemplo, a participação política dos indivíduos. Trata-se de questão de ênfase que muitos governos envolvidos em assistência bilateral e ONGs têm dificuldade em admitir. (NEVES, 2009)

“Líderes têm que lidar com uma soberania colocada entre as necessidades de boa governança interna e os requerimentos de um mundo cada vez mais interdependente”; a premissa de Boutros Boutros-Ghali (1922 – 2016), quando da feitura da carta intencional “agenda para a paz”, acreditamos ser a máxima norteadora de nossos estudos, reflexões e esforços com relação ao tema trazido à baila no presente artigo.

Assim, uma vez ultrapassados óbices de cunhos dogmáticos sobre a relativização da soberania, que ganha nova interpretação a partir da supervalorização dos direitos humanos e da busca pela manutenção da paz, é tempo de os atores políticos que detém os instrumentos para tanto vence-

rem outros desafios, próprios da contemporaneidade pós guerra fria e pós “falecimento do Estado” que marcou os anos 90.

Mesmo após as reflexões acerca da possibilidade de se relativizar a soberania em prol da defesa da paz e segurança interna e mundial, bem como da vida e da dignidade humana, reflexões estas documentadas pela “agenda pela paz” e “relatório de Brahimi”, parece-nos que a comunidade internacional ainda não obteve o sucesso esperado em suas intervenções impositivas.

Seja pela dificuldade de agir impositivamente guiados pela tríade *mínimo de força – neutralidade – consenso das partes*, seja pelos fundamentos alicerces da própria ONU, ou ainda pela carência de instrumentos práticos que possam viabilizar as ações (e isto seria mais uma questão diplomática entre os Estados que compõem o Conselho de Segurança), em verdade as Nações Unidas tem pecado tanto pela omissão quanto pela ação, ilustrados respectivamente pelos episódios trágicos ocorridos em Ruanda em 1994 e na Somália em 1995.

Não obstante, mesmo quando as ações impositivas restaram bem sucedidas, observa-se o sucesso como pontual, não se estendendo ao pós-conflito. Neste prisma, é mister frisar que os direitos humanos não se referem apenas a integridade física, mas também a qualidade de vida.

Ou seja, além de limpezas étnicas, atos genocidas, atentados terroristas, conflitos armados provocados por extremismos religiosos, *as gentes* também podem enfrentar a fome, a sede, as epidemias, e os seus governos também podem estar ferindo a intenção de paz e segurança internacional ao deixar de assistir o seu povo, ou negar a ajuda de outros Estados.

Assim, acreditamos ser a *ponderação* o caminho a levar os esforços expositados nas cartas intencionais e documentos ratificados até a implementação dos mesmos, tanto para a prevenção de novos conflitos, quanto no epicentro deles, também no restabelecimento da paz, e no período pós conflito, para a manutenção da mesma e reestruturação da população local.

Noutro giro, acreditamos estar o princípio da *solidariedade*, utilizado para justificar a relativização da soberania, paritariamente colocado no âmbito de ações e missões, para o restabelecimento da soberania e da retomada da dignidade humana, após a intervenção impositiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CARTA DE SÃO FRANCISCO. Legislação internacional. São Francisco, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 09/05/2016.

GAMA, Carlos Frederico Pereira da Silva. *Mudanças institucionais nas atividades relativas às Operações de Manutenção da Paz do “sistema ONU” do pós-Guerra Fria: “Adaptação” versus “Aprendizado”*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Instituto de Relações Internacionais. Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/7681/7681_1.PDF acesso em 05/05/2016.

NEVES, Gilda Motta Santos. *Comissão das Nações Unidas para Consolidação da Paz: perspectiva brasileira*. – Brasília : FUNAG, 2009.

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Saulo de Medeiros Torres

De origem francesa, o controle de convencionalidade ganhou amplo desenvolvimento na jurisprudência interamericana, a partir do julgamento do caso *Almonacid Arellano*, no ano de 2006, o dever do Poder Judiciário nacionais em realizar o controle de convencionalidade, verificando a adequação das normas domésticas com o Pacto de San José e que ao desempenhar tal atividade o juiz deve levar em consideração não apenas as previsões contidas no tratado, mas também deve observar a jurisprudência da Corte IDH (MAZZUOLI, 2011).

O controle de convencionalidade pode ser entendido, portanto, como a análise da compatibilidade vertical das normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos devidamente incorporados pelo Estado (MAZZUOLI, 2011). Portanto, a finalidade desse controle é verificar se as leis domésticas de determinado País são compatíveis e estão de acordo com a normatividade oriunda do DIDH (CHAVES; SOUZA, 2016).

Como consequência do controle de convencionalidade, há o surgimento da denominada teoria do duplo controle. A validade da norma jurídica fica condicionada ao preenchimento de dois critérios: Deve obedecer simultaneamente o controle de constitucionalidade (compatibilidade com a CF) e de convencionalidade (RAMOS, 2012).

Apesar do mencionado julgamento ser considerado o precedente que inaugurou explicitamente o exercício do controle de convencionalidade

na jurisprudência interamericana, alguns julgamentos anteriores foram importantes na sua consolidação. No âmbito da jurisdição consultiva merecem destaque as Opiniões (OC) 05/1985, 13/1993 e 14/1994 e no plano da jurisdição contenciosa, podem ser exemplificados os Casos Castillo Paez, Castillo Petruzzi, Olmedo Bustos, Suarez Rosero, Trujillo Oroza, Hilaire, Barrios Altos, Myrna Mack Chang, Tibi e López Álvarez (MOREIRA, 2017).

Será feita uma análise suscinta da contribuição de cada uma dessas decisões para a construção do controle de convencionalidade. Na OC 05/1985 foi discutida a questão da exigência de registro profissional obrigatório por parte dos jornalistas, sendo solicitado por parte da Costa Rica que a Corte Interamericana emitisse um parecer sobre a compatibilidade da Lei 4.420 de 1969 com as disposições dos Arts. 13 e 29 da CADH (BRASIL, 2014).

O pronunciamento do tribunal foi no sentido de que qualquer lei que só admita o exercício da profissão de jornalista com o prévio registro em entidade de classe está em desacordo com a CADH, desse modo, mesmo que não tenha sido utilizado explicitamente da expressão controle de convencionalidade, foi realizado um exame da adequação do direito interno com o direito internacional, se subsumindo no significado anteriormente apresentado do instituto em análise (MOREIRA, 2017).

Na OC 13/1993, o entendimento da jurisprudência foi que mesmo que uma norma interna esteja compatível com o ordenamento interno, ela pode estar em desacordo com as normas da CADH. Esse precedente teve a relevância em afirmar a possibilidade da verificação da adequação normativa doméstica por parte da Comissão Interamericana (MOREIRA, 2017).

Na OC 14/1995 se deu um passo mais significativo, haja vista que objeto da consulta versava justamente sobre a responsabilidade internacional pela elaboração e aplicação de leis que violem a CADH. O pedido de parecer foi encaminhado pela Comissão Interamericana e solicitava a opinião acerca dos efeitos jurídicos de uma lei que ofenda claramente as obrigações que o Estado contraiu ao ratificar a CADH (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1994).

O tribunal sustentou que o dever de elaborar todas as medidas necessárias para efetivar os direitos e liberdades consagrados no Pacto de San

José também abrange o de não editar atos que acarretem na inobservância dessas obrigações. O parecer também entendeu que a Comissão Interamericana pode sugerir a derrogação ou alteração da norma interna, mesmo que ainda não esteja sendo aplicada, caso viole normas oriundas do Sistema Interamericano. Contudo, não havendo a aplicação concreta da lei, não haveria a possibilidade de submeter o caso para a jurisdição contenciosa do tribunal, pois, de acordo com entendimento já modificado, só seria possível tal manifestação se a lei produzisse efeitos concretos e imediatos (MOREIRA, 2017).

Passando para os precedentes da jurisdição contenciosa, no Caso Castillo Paez (em 1997) o entendimento da Corte IDH foi que a lei de anistia do Perú representava um empecilho para a apuração dos fatos e para a garantia do acesso à justiça, impossibilitando que os familiares das vítimas saibam da verdade. De forma acanhada, o tribunal interamericano se pronunciou sobre a incompatibilidade das leis de anistia com o Pacto de San José (MOREIRA, 2017).

No Caso Suarez Rosero (em 1997), analisou-se a adequação do Código Penal Equatoriano (especialmente o § único do Art. 114) que trazia uma proibição da concessão de liberdade aos acusados de cometerem os crimes previstos na Lei sobre Substâncias Entorpecentes e Psicotrópicas. A resolução dada nesse julgamento foi pela violação ao Art. 2º da CADH, em razão do Equador não ter adequado o seu ordenamento interno para conferir efetividade ao direito previsto no Art. 7.5 da CADH (MOREIRA, 2017).

No Caso Castillo Petruzzi (em 1999), em virtude da redação vaga de alguns dispositivos penais previstos nos Decretos-Lei 25.475 e 25.659, esse precedente interamericano considerou que o Perú descumpriu o Art. 9 da CADH e também seu Art. 2º, destacando-se a viabilidade da realização do controle abstrato de convencionalidade, sendo irrelevante o fato da norma ter sido aplicada ou não concretamente (MOREIRA, 2017).

Um precedente significativo nessa explanação sobre a evolução jurisprudencial do Sistema Interamericano sobre o controle de convencionalidade se deu com o Caso Olmedo Bustos (em 2001). Nessa sentença foi analisada a possibilidade da incidência do controle de convencionalidade sobre normas constitucionais (no caso a Constituição do Chile) permissivas da censura prévia (MOREIRA, 2017). Para a Corte IDH, ao vetar a

exibição do filme *A Última Tentação de Cristo*, ocorreu a inobservância do Art. 13 do Pacto de San José (BRASIL, 2014).

O Caso *Barrios Altos* será abordado no tópico 5.2. No presente momento cabe apontar qual foi a importância desse precedente na construção do controle de convencionalidade no âmbito regional interamericano. Distintamente de outros julgamentos onde os pronunciamentos da Corte se restringiam a reconhecer a incompatibilidade das normas domésticas com a CADH, nesse julgado a Corte estabeleceu um desdobramento peculiar: os diplomas inconventionais não produzem efeitos jurídicos (MOREIRA, 2017).

No Caso *Trujillo Oroza* (em 2002), entendeu-se que a Bolívia ao ratificar a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas assumiu o dever de tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas. A Corte IDH considerou que o Estado infringiu a sua obrigação de elaborar as medidas legais necessárias para normatizar o crime mencionado, contribuindo para apontar que também as omissões estatais podem sofrer a incidência do controle de convencionalidade (MOREIRA, 2017).

No Caso *Hilaire, Constantine e Benjamin* (em 2002), considerou-se que a Lei de Delitos contra a Pessoa de Trinidad e Tobago, ao prever a aplicação da pena de morte automática e abrangentemente ao crime de homicídio doloso, desconsiderando a gravidade da conduta cometida. O entendimento do tribunal interamericano foi que houve a inobservância dos Arts. 2 e 4.1 da CADH, determinando também a obrigação do Estado em não aplicar a citada legislação nacional e adequá-la aos tratados internacionais de direitos humanos. Esse precedente além de reconhecer a violação das normas internacionais, condenou também o Estado a realizar alterações em seu ordenamento jurídico (MOREIRA, 2017).

Mesmo sem utilizar em nenhum desses julgadas da expressão controle de convencionalidade, percebe-se que já estava consolidada na jurisprudência regional interamericana a prática de verificar a conformidade das normas internas com o Pacto de San Jose. A primeira vez que se registra a menção explícita ao termo controle de convencionalidade nos julgamentos da Corte, foi no voto do juiz Sérgio Garcia Ramirez, no julgamento do Caso *Myrna Mack Chang* (MOREIRA, 2017).

A premissa apresentada no Caso *Myrna Mack Chang* consiste em

que um tratado obriga o Estado em seu conjunto aos deveres internacionais e não apenas alguns dos seus órgãos e agentes. Dessa forma, nenhum segmento do Estado pode deixar de realizar suas obrigações internacionais, conseqüentemente também os tribunais nacionais devem averiguar o cumprimento dos compromissos assumidos internacionalmente (RAMIREZ; SÁNCHEZ, 2014). No seu voto, Garcia Ramirez realça a proibição do Estado agir de forma fragmentada perante o Direito das Gentes, alegando a divisão interna entre os poderes um obstáculo para implementação dos compromissos internacionais (TORRES; SABOYA, 2017).

Começa a ser formada, desse modo, a construção que posteriormente será sedimentada no Caso Almonacid Arellano, do exercício do controle de convencionalidade é uma tarefa não somente da Corte IDH, mas também cabe aos juízes nacionais. No Caso Tibi contra o Equador (em 2004), novamente num voto de Sergio Garcia Ramirez, ele efetua uma análise comparativa entre os controles de convencionalidade e constitucionalidade, pois o trabalho da Corte IDH seria análogo àquele desempenhado pelos tribunais constitucionais, em razão de que os tribunais constitucionais avaliam a compatibilidades dos atos estatutais com as normas do ordenamento interno (em especial a Constituição), já a o tribunal interamericano efetua a mesma tarefa usando um parâmetro distinto: os tratados internacionais, verificando a convencionalidade da produção normativa interna (MOREIRA, 2017).

Encerrando essa fase que antecede o Caso Almonacid Arellano, o voto individual de Garcia Ramirez proferido no Caso López Álvarez merece destaque, haja vista o posicionamento persistente do citado juiz em considerar que a análise da compatibilidade entre a produção normativa doméstica e os tratados internacionais de direitos humanos, deve receber o nome de controle de convencionalidade (MOREIRA, 2017).

Sintetizando esse período que vai de 1985 até 2006 pode-se apontar como suas características mais relevantes: 01) Inicialmente a averiguação da adequação normativa foi efetiva na jurisdição interamericana consultiva; 02) Uma norma doméstica, mesmo que esteja de acordo com a Constituição, pode infringir o Pacto de San José; 03) Num primeiro momento a Corte IDH não permitia o controle abstrato de convencionalidade, posição que se modificou ao longo de sua jurisprudência; 04) Qualquer norma interna (inclusive as constitucionais) poderão sofrer a

incidência do controle de convencionalidade; 05) Possibilidade do controle de convencionalidade das omissões estatais, devendo adequar seu ordenamento interno; 06) Uma norma inconvençãoal não é dotada de efeitos jurídicos; 07) Os votos individuais do juiz Sérgio Garcia Ramirez (MOREIRA, 2017).

O desenvolvimento jurisprudencial a partir de 2006, tendo como parâmetro, o Caso Almonacid Arellano, recebeu uma certa variação, sobretudo nas autoridades internas que estão aptas a realizar o controle de convencionalidade. Num primeiro momento, reconhecia-se essa tarefa apenas ao Poder Judiciário e posteriormente houve uma progressiva ampliação para permitir a fiscalização por parte dos órgãos ligados a administração justiça, bem como aos Poderes Executivo e Legislativo (HITTERS, 2015).

Quanto a sua tipologia, uma classificação importante do controle de convencionalidade para o presente trabalho é aquela que o divide em interno (também chamado de nacional ou doméstico) e internacional (também chamado de externo). O primeiro é efetivado pelos órgãos nacionais (ex: STF), já o segundo é realizado por instâncias internacionais (ex: Corte IDH), cabendo relembrar, conforme já foi anteriormente explanado na presente dissertação, que a atuação do SIDH se dá de forma subsidiária (SARLET, 2017).

No presente trabalho será abordado o mecanismo do controle jurisdicional de convencionalidade interno, pois se entende que é através dele que o cumprimento das sentenças da Corte IDH ganhará maior visibilidade, não se descartando que o citado controle possa ser exercido por outros órgãos (ex: Poder Executivo, Legislativo, Ministério Público etc). Tal controle pode ser efetivado, no modelo brasileiro, de forma difusa (por qualquer juiz ou tribunal) ou de forma concentrada (pelo STF). No controle difuso poderão ser utilizados todos os tratados de direitos humanos que estejam incorporados ao ordenamento brasileiro, já no controle concentrado apenas os tratados que seguiram o procedimento previsto no § 3º do Art. 5º é que irão servir de parâmetro de controle (MAZZUOLI, 2011).

Com a mudança de entendimento jurisprudencial do STF acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos (tema já comentado nesse trabalho), o exercício do controle jurisdicional interno de convencionalidade, por parte do juiz brasileiro, ficou mais evidenciado, haja vista que,

seja em razão da suprallegalidade ou da hierarquia constitucional dos tratados, permite-se que tal mecanismo seja utilizado pelos nossos magistrados (SARLET, 2017).

Para corroborar o dever da magistratura brasileira em realizar o controle de convencionalidade, pode ser apontado disposto no Art. 105, III, alínea a da Constituição Federal, dispondo que compete ao STJ, julgar em grau de Recurso Especial, as causas julgadas pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Justiça, que tiverem violado tratado internacional ou negado sua aplicação. Além do Art. 109, III do texto constitucional, que atribui a Justiça Federal a competência de julgar as causas que estejam baseadas em tratados internacionais.

Ainda há um fundamento para reforçar o exercício do controle de convencionalidade pelo juiz doméstico, proveniente do direito internacional: pode justificar a realização dessa atividade com base em dispositivos convencionais, como por exemplo, os Arts. 26 e 27 da CADT/1969 e os Arts. 1, 2 e 29 da CADH (BAZAN, 2015). Além dessa justificação convencional, é possível também encontrar nas fontes extraconvencionais, argumentos para o exercício do controle jurisdicional interno de convencionalidade: os princípios da boa-fé, do pacta sunt servanda e do efeito útil das obrigações internacionais, ficando demonstrado a viabilidade do uso desse instrumento no Brasil (GARCIA, 2016).

Sobre os Arts. 1º e 2º da CADH, eles configuram o autêntico alicerce jurídico, sobre o qual se desenvolve o rol de direitos e garantias previstos no Pacto de San José. O primeiro dispositivo consagra a obrigação de respeitar os direitos, que possui natureza de caráter positivo (obrigação de fazer) e de caráter negativo (obrigação de não fazer). Por um lado, os Estados assumem o dever de não violar os direitos dos seres humanos, e de outro, assumem o compromisso de garantir que esses direitos sejam observados, adotando as medidas necessárias para sua efetivação (GOMES; MAZZUOLI, 2010).

Já no segundo dispositivo estabelece dois tipos de regras. Primeiramente, revogar as normas e práticas de qualquer natureza, que caracterizem o descumprimento dos direitos e garantias previstos no diploma internacional. Pela segunda regra, deve-se elaborar normas e fortalecer medidas que acarretem a efetividade desses direitos e garantias, possibilitando o controle de convencionalidade que os agentes estatais concretizem essas regras (DOMÍNGUEZ, 2014; JAYME, 2005).

Ainda que o exercício do controle de convencionalidade não esteja expressamente prevista no texto da CADH, o mecanismo pode ser enquadrado entre as medidas de outra natureza que sejam necessárias para efetivar os direitos e liberdades reconhecidos naquele tratado, mediante o afastamento dos obstáculos legais que inibam o princípio da efeito útil, permitindo a garantia e o exercício dos direitos humanos, bem como a realização do dever de cumprir os tratados internacionais de boa-fé e não invocar normas internas como justificativa para inobservância dos deveres internacionais (DOMÍNGUEZ, 2014).

O objeto do dever de exercer o controle de convencionalidade pode ser visualizado em quatro diretrizes gerais, que são reivindicadas dos juízes nacionais e dos demais órgãos públicos: 01) efetuar uma interpretação conforme entre as leis internas e os standards interamericanos de tutela aos direitos humanos; 02) deixar de aplicar a norma doméstica que não possa ser interpretada de acordo com os citados standards; 03) preencher as deficiências do ordenamento interno e 04) empregar o controle de convencionalidade como uma ferramenta para implementação das sentenças interamericanas onde o País tenha sido condenado (DOMÍNGUEZ, 2014).

Desses quatro desdobramentos, o que merece alguns esclarecimentos é o ultimo, por ser justamente um dos pressupostos dessa dissertação: o uso do controle de convencionalidade como instrumento viabilizador da implementação das sentenças da Corte IDH. Essa consequência está ligada com o dever das autoridades em cumprir com as sentenças interamericanas em todos os casos onde o Estado tenha feito parte da demanda e sofrido alguma sanção, tendo sido explicitada pelo tribunal interamericana na supervisão de cumprimento do Caso Gelman vs Uruguai, onde se considerou que esse mecanismo desempenha um papel relevante na implementação de um julgado da Corte, sobretudo quando esse cumprimento pode necessitar da participação do Poder Judiciário, reiterando a obrigação de executar a sentença (DOMÍNGUEZ, 2014).

Com relação as normas internas que podem controladas, no âmbito do controle de convencionalidade doméstico, em regra todas as normas infraconstitucionais podem sofrer a incidência desse controle (ex: leis, medidas provisórias, decretos, resoluções etc). Ponto polêmico, seria a possibilidade do exercício do controle de convencionalidade interno atingir as normas constitucionais, em

razão do entendimento jurisprudencial do STF que considera a impossibilidade das normas constitucionais originárias serem objeto de controle judicial. Já as Emendas Constitucionais, num primeiro momento, poderiam ter sua convencionalidade questionada, mas seguindo os precedentes do STF quanto a hierarquia dos tratados, a análise da (in) convencionalidade da Emenda Constitucional só alcançaria os TIDH que observaram o disposto no § 3º do Art. 5º da CF (TORRES; SABOYA, 2017).

Quanto aos efeitos da declaração de inconvenção, a norma que seja considerada incompatível com os TIDH será destituída de validade, não produzindo efeitos jurídicos desde o momento de sua edição, desse modo, a sentença judicial possuirá caráter retroativo (SAGUES, 2010). No plano do controle difuso, além dos efeitos *ex tunc*, a decisão de inconvenção produz eficácia *inter partes*, ao passo que no controle concentrado a eficácia da decisão tem caráter *erga omnes* (MARTINS; MOREIRA, 2011).

Outros dois efeitos também podem ser mencionados no controle de convencionalidade: o efeito destrutivo e o efeito construtivo. O efeito destrutivo está relacionado com a declaração de invalidade da norma inconvenção. Já no efeito construtivo, através do uso da técnica da interpretação conforme evita-se a eliminação do ato, que poderá permanecer válido, desde que se selecione aquela interpretação que não conflite com a Convenção Americana (SAGUES, 2010).

Portanto, no efeito construtivo, caso a norma interna permita múltiplas interpretações, deve-se optar por aquela que coincida e não confronte o Pacto de San José (SAGUES, 2010). Trata-se de uma técnica hermenêutica pela qual o ordenamento jurídico doméstico é adequado com os princípios previstos nos tratados de direitos humanos, para garantir uma maior efetividade (HITTERS, 2015).

Outro princípio que pode ser aplicado no exercício do controle de convencionalidade é o *pro homine* (ou *pro persona*). Haverá a inconvenção no caso da tutela oriunda do direito internacional dos Direitos Humanos for mais protetiva ou menos restritiva do que aquela existente no âmbito nacional. O critério *pro persona* é reconhecido nos próprios tratados internacionais (Ex: Art. 29, b da CADH), permitindo a aplicação da norma que seja mais favorável ao ser humano (esteja ela prevista nos

tratados ou nas normas domésticas), buscando a primazia da norma que possibilite a melhor efetividade aos Direitos Humanos.

O controle jurisdicional interno de convencionalidade irá reforçar, desse modo, a implementação doméstica de “standards, princípios, normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos” (PIOVESAN, 2012, p. 91). Ao adotarem o controle de convencionalidade como uma prática constante, o juiz brasileiro contribuíra para que as sentenças da Corte IDH produzam seus devidos efeitos no plano doméstico. Em todas as sentenças que o Brasil foi condenado, o cumprimento teria sido facilitado com a observância dessa diretriz relativa ao controle de convencionalidade.

A jurisprudência brasileira vem paulatinamente incorporando o controle de convencionalidade de modo irregular. No âmbito do STJ (REsp. 1.640.084 e HC 379.269), o tribunal proferiu duas decisões opostas sobre a adequação do crime de desacato com o Código Penal. Num primeiro momento, o entendimento foi pela inconveniência do tipo penal, posteriormente essa posição foi modificada, passando a considerar que o desacato não viola a CADH. Já no TST (RR 1072-72.2011.5.02.0384), um julgamento que pode ser colocado como exemplo de aplicação do controle de convencionalidade foi a decisão desse tribunal que reconheceu a possibilidade de recebimento cumulativo dos adicionais de periculosidade e insalubridade, em razão da existência de Convenções da OIT que prevalecem sobre a CLT (que impede o recebimento cumulativo dos citados adicionais).

Com relação ao STF, também as suas decisões em matéria de controle de convencionalidade, se mostram variáveis. Um precedente que merece ser apontado é o já mencionado RE 466.343, que apesar de ter adotado a posição da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, foi importante no sentido de ter dado um passo relevante na jurisprudência do mais alto órgão do Poder Judiciário brasileiro, para a concretização do controle de convencionalidade em nosso país. Corroborando a variação de entendimento no âmbito do STF, no julgamento da ADPF 153, um elemento que não foi objeto de profunda deliberação no seu julgamento, foi justamente o pronunciamento acerca da compatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos, faltando a efetivação do controle de convencionalidade nesse caso pelo STF (MOURA, 2014).

No âmbito do TSE (Registro de Candidatura 0600903-50.2018.6.00.0000), recente decisão envolveu o debate acerca dos efeitos dos pronunciamentos dos órgãos de Direitos Humanos oriundos do Sistema da ONU e sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro. Tratou-se da viabilidade do reconhecimento de possibilitar o registro de candidatura ao cargo de Presidente da República de certo candidato condenado com sentença ainda pendente de recurso aos tribunais superiores, com base em medida cautelar proferida pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU. Prevaleceu o entendimento que as medidas cautelares não possuem caráter vinculante, negando o TSE o registro de candidatura.

Enfim, é dever dos juízes brasileiros observarem os parâmetros do controle de convencionalidade, buscando construir um diálogo jurisdicional com os órgãos internacionais de Direitos Humanos. Como sugestão, nas sentenças onde haja a possibilidade da incidência dos tratados de direitos humanos, os magistrados nacionais devem num primeiro momento analisar se existe algum precedente internacional acerca do tema (Ex: algum julgado da Corte Interamericana de Direitos) e só poderia deixar de pronunciar a inconvenção da norma interna se a mesma fosse mais benéfica, usando a regra hermenêutica do *pro homine*.

Referências

BAZÁN, Victor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, [S.l.], n. 19, nov. 2015.

BRASIL. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: liberdade de expressão, Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, § 1.

- CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do poder judiciário brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 61, n. 1, abr. 2016.
- DOMÍNGUEZ, Pablo González. **Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los sistemas jurídicos nacionales**: La doctrina del control de convencionalidad. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2014.
- GARCIA, Hernán Alejandro Olano. Teoría del control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 14, n. 1, jul. 2016.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010
- HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos). **Estudios constitucionales**, Santiago, 2015, v. 13, n. 1.
- JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Dey Rey, 2005
- MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. **Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público**: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico constitucional brasileira. Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano. Año XVII, Montevideo, 2011.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. Vol. X, p.

- MOURA, Luiza Diamantino. Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Espaço Jurídico Journal of Law** [EJLL], [S.l.], v. 15, mai. 2014.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 19, jan./jun. 2012.
- RAMIREZ, Sérgio Garcia; SÁNCHEZ, Julieta Morales. El Control de Convencionalidad: Construcciones y dilemas. In: CRUZ, Gerardo Eto (coord): **Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú**. Tomo II. Lima: Centro de Estudios Constitucionais, 2014.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- SAGUES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 8, n. 1, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**. Vol. 266. Ano 42, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr. 2017.
- TORRES, Saulo de Medeiros; SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. A aplicação do controle de convencionalidade pelo juiz brasileiro: o caso do crime de desacato. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, v. 10, n. 1, 2017.

SISTEMA PROCESSUAL PENAL INGLÊS, SUAS DIVERGÊNCIAS E CONVERGÊNCIAS COM O SISTEMA BRASILEIRO

Thiago Frederico Martins de Oliveira

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Sistema Processual Inglês é Common Law, em tradução livre, direito comum. A common Law citada é de origem inglesa mesmo e usa-se o termo para determinar os países que seguem o histórico ordenamento inglês. Pode-se dizer que o país mais famoso a adotar esse sistema é o dos Estados Unidos. A grande característica da common law é o fato de suas legislações não serem codificadas sendo sua diretriz através de precedentes judiciais, basicamente, porém formada pelos costumes leis e também jurisprudências.

O sistema inglês reserva suas origens, como se observa nas análises, porém ocorre uma evolução no que tange acompanhar uma tendência mundial em pontos relevantes, como por exemplo Justiça de menores, como será visto adiante.

Diante das análises e estudo claramente observa-se as convergências e divergências com o sistema brasileiro, que efetua-se aqui neste artigo como base de comparação ao sistema civil law, e funcionamento dos sistemas.

Desta forma pode-se observar as peculiaridades do Sistema Inglês que deve-se sempre ser analisado em parâmetro com o contexto histórico a

que se deu a origem e o motivo pelo qual atingiu o status de gênese da Common Law e em contrapartida, em pontos específicos será também comparado ao sistema brasileiro da civil law, comparação no sentido acadêmico de entendimento do tema.

A NATUREZA DO DIREITO

Uma ideia geral, como característica de toda sociedade é a de que deve existir certa ordem para que possam seus membros interagirem. Toda sociedade possui sua peculiaridade, a forma como se organizam juridicamente e para manutenção da ordem é diferente obviamente em cada País até mesmo por questões culturais e históricas. Determinadas sociedades possuem legislação mais abrangente, ou específica, ou regras sociais mais estritas, aos olhos de outra sociedade uma pode parecer desestruturada ou desordenada, mas cada qual funciona bem com base em suas estruturas.

Sabe-se que o direito é uma forma de manter a ordem social em uma sociedade, porém não é a única forma, pode-se citar com segurança que a política e a moral também funcionam com estes objetivos em uma sociedade.

Atendo-se ao ramo do direito a forma mais clássica que o direito efetua essa manutenção da ordem social, é a forma pela qual trata a desordem ou conflito. Deve-se sempre lembrar que o direito funciona como mecanismo formal e que não escapa totalmente de natureza política.

Como categorias do direito, pode-se dizer que são várias, porém será desmembrado para melhor entendimento de sua forma dual, podendo dizer que os sistemas common law e civil law, são sistemas distintos, passando a compreendê-los abaixo.

ORIGEM DA COMMON LAW

Entendendo sobre o nascimento de algo, como um instituto por exemplo, pode-se percorrer todo o trajeto feito anteriormente para compreender o motivo pelo qual tal instituto, encontra-se nos dias atuais de determinada forma, e qual fora o objetivo quando o mesmo fora criado.

O sistema denominado common law, surge por uma ideia de ser o direito do povo, e é oriundo através de uma luta por poder político. Anterior

a conquista normanda da Inglaterra em 1066 não existia um ordenamento jurídico unitário, nacional. A common law surge representando a imposição de tal sistema unitário sob um poder central através do rei soberano. De forma tradicional diz-se a respeito do grupo de juízes que viajam pelo país estabelecendo a chamada “Paz do Rei”, e ao fazê-lo, efetuavam uma seleção dos melhores costumes locais transformando-os na base do Direito da Inglaterra de forma fragmentada, porém altruísta. Sendo assim era comum formas feudais estarem presentes, pois eram os períodos que antecediam. Ao fim do Século XIII a autoridade já havia mesmo que em parte estabelecido sua precedência através da common law. Na sua forma originária a Justiça nada mais era do que um adendo do Conselho do Rei, a chamada Curia Regis, até que as cortes da common law passaram gradativamente a ganharem institucional distinta, formado assim seus próprios precedentes.

Desta forma origina-se o famigerado sistema ora aqui analisado e que tanto influencia e orienta outros sistemas entre eles o já falado sistema norte-americano o mais famoso dos sistemas da common law.

COMMON LAW

O termo common law é denominado para citar os ordenamentos jurídicos que adotaram o histórico sistema inglês.

A origem do sistema é inglês, como amplamente citado acima, porém o ordenamento de common law mais famoso é o do sistema Americano, talvez até mesmo por questões de geografia e cinema, onde geograficamente localiza-se mais perto de nosso ordenamento, e o mercado brasileiro seja bombardeado com livros, filmes e séries norte-americanas, onde pode-se observar em muitas o referido sistema jurídico.

A tradução livre para common law, é direito comum, baseado no fato de não existirem Codificações uniformes, sendo composto por legislações espalhadas e principalmente precedentes, baseado em caso anteriores, de forma semelhante ou pelos costumes.

FONTES DO DIREITO INGLÊS

Como sabido, as fontes do direito são de tamanha importância e pode por si acabar ditando o norte que o ordenamento irá adotar, ao se analisar

a origem da common law inglesa e como funciona a mesma pode-se observar as fontes não só em um único local, pois como fora dito, a common law é uma junção de costumes, leis, jurisprudências e precedentes, não é se de espantar que suas fontes sejam também oriundas de várias origens.

No livro *Processos Penais da Europa* de Spencer (2011) pode-se observar e adquirir o entendimento nas palavras

“ As maiores fontes do direito processual penal inglês são Atos do Parlamento que contam com cerca de cento e cinquenta artigos sobre o tema, alguns dos quais adquiriram aquilo que pode ser chamado num sentido amplo de “status constitucional”, notadamente a Magna Carta de 1215, o Bill of Rights de 1688 e, mais recente, o Ato sobre Direitos Humanos (Human Rights Act) de 1988, o qual incorporou a maior parte da Convenção Europeia de Direitos do Homem.”

Destarte pode-se observar o funcionamento das fontes para o sistema inglês, no caso em questão fontes voltadas para o processo penal. Devido o fato de estarem codificadas as regras de Processo Penal como modelo de Civil Law, ou seja, em código, as regras do processo penal inglês muitas vezes é deduzida de fontes históricas.

CIVIL LAW

O denominado sistema civil law, é sobre os ordenamento adotaram o sistema jurídico continental europeu, que teve origem no direito romano e com muita influencia da tradição germânica.

Pode-se citar de pronto o Brasil como Sistema de Civil Law, sistema este que as leis são codificadas, existindo também precedentes, porém de forma menos aplicável que o sistema da common law. Na Civil law é fácil perceber as codificações através dos códigos específicos e que juntam todos os quase todos os temas sobre determinado assunto e também da Constituição.

CURIOSIDADE

Existem mais de 9.000 (nove mil) diferentes infrações criminais no Direito Inglês, infrações estas que classificam-se de diversas maneiras, sendo por exemplo, crimes contra a pessoa ou contra a propriedade, ou classificam-se conforme elemento mental, com o exemplo de intenção

ou imprudência. Desta forma desdobrando-se nas citadas 9.000 mil infrações.

Comparando com o Brasil, o Código Penal tem 361 artigos, sendo que os crimes propriamente ditos são a partir do art. 121, e até o 361 existem a duplicação através das letras e o próprio art. 361 é sobre disposição geral, e poderia somar a esta conta leis como de Abuso de Autoridade, Infrações de Trânsito, Tráfico, Estatuto da Criança e do Adolescente, porém não alcançaríamos nem de perto esta soma.

SISTEMA PROCESSUAL

Necessário se faz adentrar no estudo dos sistemas processuais, para que assim possamos entender a evolução, separação e comportamento de cada órgão perante o princípio da imparcialidade, citando ainda alguns países e seus sistemas adotados.

Sistema Inquisitivo:

Nos regimes monárquicos que surgiu e aperfeiçoou-se durante o direito canônico, conseqüentemente sendo adotado por quase todas as legislações europeias. Consistia no Estrado-Juiz concentrar em suas mãos todas as funções as de acusar e julgar, comprometendo assim obviamente a sua imparcialidade.

A palavra inquisitivo, vem da palavra inquisição, que de acordo com o Novo Aurélio (2015), dicionário da língua portuguesa, é “antigo tribunal eclesiástico instituído com o fim de investigar e punir crimes contra a fé católica”, sendo assim para o termo jurídico, significa dizer, que o juiz já havia decidido com sua intima convicção e visa assim convencer as partes.

Fatos importantes, alguns já citados, sobre o sistema inquisitivo, o juiz acumula as funções de julgar, acusar e defender, o processo é regido pelo sigilo, obviamente, pela forma que tramita, não há contraditório nem ampla defesa, devido ao desdobramento das três funções acumuladas pelo juiz, e o sistema das provas, é o da prova tarifada ou legal.

Por todo o exposto o sistema inquisitivo, demonstra incompatibilidade com as garantias constitucionais em um Estado Democrático de direito.

Sistema Acusatório:

Em contrapartida ao sistema inquisitivo, temos o sistema acusatório, onde há nítida separação dos poderes, ou seja, acusação, defesa e o órgão julgador, sendo distintos, obviamente, trazendo consigo imparcialidade ao órgão julgador, e deixando a parcialidade, apenas para os órgãos de defesa e acusação, onde claramente hão de ter esta função.

De acordo com o art. 129, I, CF, no direito pátrio vige o sistema acusatório, pois a função de acusar fora entregue ao Ministério Público, quando se fala em matéria processual penal. Pode-se dizer que há semelhança entre nosso ordenamento e o inglês, recordando apenas que resguardam diferenças como será visto abaixo.

Sistema Misto:

Como o próprio nome demonstra é uma junção dos sistemas inquisitivo e acusatório. Historicamente falando há forte influência do sistema acusatório privado de Roma e do sistema inquisitivo a partir do direito canônico.

No sistema misto existem duas fases procedimentais distintas, a saber:

1 – Instrução preliminar, onde o magistrado procede as investigações, colhendo informações, aqui percebe-se forte influência do sistema inquisitivo;

2 – Judicial, fase em que ocorre propriamente dita a acusação, feita pelo ministério público, ou seja órgão distinto do magistrado.

Este sistema também é chamado de sistema Francês, tendo em vista suas origens.

O referido sistema processual penal inglês é o sistema acusatório, onde as funções são separadas, como citado acima, entre investigar, defender, acusar e julgar. As funções investigativas no sistema processual penal inglês não são privativas da policia pois, em tópico abaixo será explicado o funcionamento da Serviço de Persecução da Coroa (CPS).

Desta forma já é possível observar como o sistema jurídico inglês se forma e se comporta, tendo em vista o conhecimento da common law somado ao sistema acusatório.

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

Historicamente existe uma brevidade muito grande quanto aos princípios fundamentais no processo inglês.

Os princípios que buscam-se são tratados a partir do dois antigos artigos do Ato do Parlamento, o primeiro destes que é a clausula 29 da Magna Carta de 1215

“nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de sua liberdade, ou de seu feudo, ou de seus tributos, ou será marginalizado ou banido, ou de qualquer outra forma vilipendiado; nem se lhe passará qualquer condenação a menos que ela ocorra dentro de um julgamento justo, pelos seus pares, de acordo com as leis da terra. Nenhum homem será por nós vendido, nem lhe negaremos ou retardaremos seja a justiça ou o direito.”

Assim sendo o princípio da legalidade seria o primeiro a ser contemplado, por assim dizer, mas pode-se ainda observar os princípios como teoricamente o princípio do devido processo legal, e há ainda quem diga que ser julgados pelos pares seria princípio da instituição do júri, porém parte da doutrina diverge, pois não havia julgamento criminal pelo júri à época.

O outro artigo citado acima é do Bill of Rights de 1688 “que a fiança excessiva não poderá ser imposta, bem como não poderão ser impostas penas excessivas nem cruéis nem serem infringidas punições inusuais.” Dispositivo este decorrente das penas severas, incluindo mutilações que as cortes anteriores haviam impostas a crimes políticos.

DEFLAGRAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL

A persecução penal inglesa inicia-se através de investigação policial. Até 1985 a polícia era a única responsável pelas investigações, como averiguação inicial, coleta de provas, identificação de possíveis suspeitos e interrogatórios, porém a partir do referido ano fora criado o Serviço de Persecução da Coroa (CPS), por meio do Prosecution of Offences Act 1985, e que tem como chefe o Procurador-Geral.

Pelo Sistema inglês a polícia poderá decidir se iniciará ou não uma investigação, porém logo assim que decidir deverá dirigir este expediente ao CPS, independente do que ficar esclarecido se pelo prosseguimento da

investigação ou não. Esta forma de procedimento foi implementada pois perceberam que a polícia jamais buscava provas que fossem a favor da defesa, gerando assim obviamente um enorme prejuízo a defesa e o que por desdobraimento poderia vir a ferir o contraditório e a ampla defesa.

Finda a investigação, expedientes em conjunto de provas encaminhados a CPS, pode-se determinar o final da fase preliminar, quando então o CPS decidirá se deve imputar a acusação aos suspeitos se houver provas suficientes e for de interesse público processar os suspeitos, ou não existindo não proceder o prosseguimento da persecução. No decorrer da investigação ocorrerá grande participação da polícia, porém os órgãos são independentes, e cabe a decisão final sobre processar ou não os suspeitos ao CPS.

Desta forma pode-se observar o caminho que poderá ter uma investigação de um processo penal inglês, trata-se de sistema próprio bem diferente do ordenamento brasileiro, onde se não fosse a polícia investigando seria o Ministério Público, ou em casos excepcionais, por Comissão Parlamentar de Inquérito.

ESTRUTURA DAS CORTES

Prosseguindo na análise do Sistema Inglês pode-se deparar com a estrutura das Cortes que até mesmo pela origem da common law reserva suas peculiaridades.

O sistema inglês reserva diferença pela separação das infrações por onde serão julgados, porém guarda também semelhança diante do fato de que como o ordenamento brasileiro prevê as infrações de menor potencial ofensivo, pode-se dizer que neste ponto existe uma semelhança, mas deve-se afirmar também que apenas neste ponto.

Abaixo segue a nomenclatura das Cortes e seu funcionamento perante os tipos de infrações, sendo sumario ou ordinário.

Corte de Magistrados (Magistrates Court) para infrações sumárias, que são as infrações determinadas pelo sistema inglês como banais, chamadas de summary offenses, como infrações de trânsito por exemplo, é composta em sua maioria por juízes leigos.

Corte da Coroa (Crown Court) para infrações chamadas denunciáveis, que são as infrações mais graves com homicídio e estupro por exem-

plo, chamadas de indictable offenses, que serão processadas perante um juiz ou júri na Corte da Coroa, os juízes que formam esta corte são chamados profissionais.

Há ainda as chamadas either-way offenses, que são infrações que possuem gravidade intermediária, como furto ou receptação por exemplo, que será determinado a Corte que julgará conforme o caso concreto, por exemplo um furto de uma caixa de leite seria encaminhado para a Corte de Magistrados, somado a escolha do acusado de ser julgado por um processo mais formal ou não. Desta forma um crime de cunho intermediário poderia ser julgado por ambas as cortes conforme decisão sobre o caso concreto.

JULGAMENTOS

O julgamento para ambas as cortes inicia-se da mesma forma, com a leitura das acusações ao acusado. Determinando assim uma forma paralela inicial, porém logo após o início do julgamento trata-se de diferenciá-los através da nomenclatura e atos subsequentes.

Na Corte da Coroa denomina-se indictment esse ato processual, já na Corte de Magistrados denomina-se information.

Neste momento é que se vê nos filmes onde ocorre o famigerado momento do réu declarar-se culpado ou não culpado, este procedimento denomina-se na Corte da Coroa por arraignment, e não tem nome específico na Corte de Magistrados, após a afirmação que o réu efetuar será determinado o trâmite do processo.

Com a declaração de culpado pelo réu a acusação esta isenta do ônus da prova, o que processualmente ocasionará em celeridade e economia. É comum ocorrer acordo entre defesa e acusação sobre a versão dos fatos a ser apresentada, ocasionando assim uma diminuição da pena de 30%.

E caso o réu não assuma a culpa o julgamento prosseguirá normalmente, sendo a ordem, a acusação produzir as provas conforme as regras legais e deve convencer o tribunal que há ao menos dúvida razoável para prosseguir o feito, sendo estas provas submetidas ao crivo do contraditório e conduzido pelas partes.

A acusação deve produzir sua manifestação, seguindo em exame e contra exame das testemunhas arroladas por ela. Caso a acusação falhe na

produção de provas ou convencimentos a defesa impugnar de forma simples com “sem respostas a oferecer” e sendo aceito a Corte da Coroa ou os magistrados que presidem considerarem inocente o julgamento sumário é encerrado antecipadamente o júri conduzido para absolvição.

Sendo a declaração de “sem resposta a oferecer” seja rejeitada ou caso não seja feita, a defesa inicia a produção de provas. Caso o réu não deseje fazer uso do seu direito ao silêncio, prestará depoimento sob juramento, sendo contra examinado após pela acusação e ao final a defesa assim como a acusação apresenta suas alegações finais.

Sendo em júri o procedimento, o julgamento será presidido por um juiz, que irá explicar os fatos em breve relato e deverá informar aos jurados sobre a necessidade dos fatos terem sido comprovados além da dúvida razoável para que resulte em condenação. Na Corte da Coroa o júri se retira para deliberar já na Corte dos Magistrados a decisão é alcançada em uma sala reservada.

De costume o júri pode decidir pela culpabilidade ou inocência do réu de forma oral e sem motivação, porém os magistrados podem vir a ser provocados a declarar os motivos que os conduziram ao veredicto final por meio da chamada “apelação sobre o caso julgado”.

PROVAS

De acordo com Antônio Magalhães Gomes Filho (2011) “o termo “prova” possui natureza polissêmica, quer dizer, é dotado de diversas acepções.”

Para entendimento necessário se faz uma melhor separação para organizar-se perante o sistema brasileiro, o qual usa-se como base para compreensão.

Elemento de prova é determinado pelo vocábulo em inglês, evidence, que são “dados objetivos, extraído das fontes de provas, que confirmam ou negam uma afirmação sobre um fato pertinente à decisão da causa.” (2011)

Porém se for utilizado a denominação “prova” para determinar a conclusão como resultado na análise conjunta de elementos de prova, o termo a que se refere no direito inglês é proof.

Os meios de obtenção de provas no sistema inglês são as interceptações de comunicações e de dados, a vigilância, que pode ser invasiva

ou direta e agente infiltrado. Já os meios de produção de provas são a testemunhal, o interrogatório, a confissão, a prova pericial, a prova documental e as chamadas provas especiais, que são previstas na legislação de determinado país de forma singular.

Deve-se manter atenção quanto a liberdade das provas que vem sendo mitigadas, as limitações para buscar a chamada verdade real, pois com isto não deve-se mitigar direitos humanos e garantias fundamentais.

TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal, que em inglês o termo é denominado *plea bargaining*, é tida como a prática do acusado confessar sua culpa em troca de uma diminuição de pena. Pode-se dizer pelas leituras e críticas que a justiça negociada é uma pressão sobre o réu para confessar. Deve-se ter em mente que como fora citado anteriormente, com a transação economiza-se tempo e dinheiro.

Duas questões relevantes na prática devem ser citadas: primeiro que em acordo o réu pode confessar um crime menor do que o imputado, que também é chamado de transação sobre a acusação e em segundo que é tradicionalmente conhecida se há apenas uma diminuição da pena e que no direito inglês é normatizado.

PROCESSO CIVIL

O Processo civil inglês sofreu mudanças consideráveis através das Regras de Processo Civil de 1998, seguindo diretriz da Lei de Processo Civil de 1997 e com entrada em vigor em 1999. Deixaram com estas modificações de serem espalhados e reuniram-se mais as diretrizes, regras, protocolos e procedimentos para o Processo Civil inglês. Entre a data da entrada em vigor de 1999 e o ano de 2008 foram elaboradas 47 modificações, as quais de acessibilidade, celeridade.

O Processo civil inglês preza ainda pelas transações em fases iniciais através de protocolos pré-processuais que oferecem essa oportunidade. Há ainda dispositivos que prezam pela cooperação processual entre as partes, o que é uma temática adotada hodiernamente por outros ordenamentos, como por exemplo o ordenamento brasileiro, a esta cooperação das partes

pode-se dizer que está em um limbo dos sistemas de common law e civil law, pois atende aos dois sistemas de forma efetiva.

Destarte pode-se observar uma aproximação do sistema processual inglês de common law, com o sistema brasileiro que é civil law no quesito de cooperação das partes o que como citado acima parece ser uma nova tendência mundial, através do cunho Constitucional em questões de processo civil.

VARAS DE MENORES

No Sistema inglês a maioria assim como no sistema brasileiro é aos 18 anos, diferenciando a partir daí de nosso ordenamento pátrio quando há a possibilidade de menor de 18 anos serem julgados por um procedimento como de maiores de idade.

Esta exceção se dá nos seguintes casos, homicídio, atentado violento ao pudor, o que seria na legislação brasileiro como estupro, a infração imputada for punível com pelo menos 14 anos de prisão, direção perigosa ou homicídio culposo no trânsito sob influência de bebidas ou drogas, caso tenha agido em concurso com um adulto, um réu menor de 18 anos pode ainda ser julgado de forma sumária se o mesmo for a julgamento com um adulto, se ele for denunciado como autor principal e o adulto com partícipe.

Mas as legislações inglesas vem inovando para que não ocorram muitas punições e tornem o ciclo vicioso de punição a menores, que se tornam adultos sendo também punidos. Funciona como se fosse uma trégua a teoria das Janelas Quebradas. Pede-se licença ao leitor para citar a passagem onde pode-se observar bem as novas diretrizes para julgamentos e aplicação de leis a menores no sistema inglês, através das palavras de Slapper e Kelly (2011)

“Tradicionalmente, o objetivo do sistema de varas de menores é retirar o menor infrator do ambiente usual do fórum criminal, e isto envolve regras rígidas sobre o acesso público à audiência. Em geral, o público não pode assistir ao processo e há limites rígidos à divulgação de informações. Os pais podem ser obrigados a comparecer, e devem comparecer no caso de qualquer pessoa menor de 16 anos, a não ser que tal exigência se mostre desproporcional no caso concreto. O nome ou fotografia de qualquer

pessoa menor de 18 anos acusada criminalmente não deve ser impressa em jornal nem divulgada em radio ou televisão sem autorização da Corte ou do Secretário de Interior. Também, o sistema de Justiça do menor introduziu um mecanismo de admoestação e reprimendas que são expedidas em vez de iniciar a ação judicial. Isto para tentar poupar os jovens infratores de serem processados pela Justiça de menores.”

Sendo assim pode-se observar a diretriz do sistema Jurídico inglês no tocante ao não super encarceramento de menores, em que pesem as legislações permitirem em caso mais graves, que seja o menor infrator inclusive preso. Claro que ao caso concreto será aplicada a Lei de acordo com os fatos e o rigor que a legislação não só permitir mas também fomentar, um homicídio é bem diferente de um furto, e pode-se dizer que deve ser tratado com a devida proporcionalidade.

Os juízes do Sistema de julgamento de menores inglês passam por especializações para melhor analisar os caso e julgá-los e as Corte que irão julgar os menores serão em suma composta por três juízes sendo deles uma mulher. Desta forma espera-se que as leis sejam aplicadas também sob o aspecto humanitário.

VARAS DE INVESTIGAÇÃO DE ÓBITO

Datada de 1194 as Varas de Investigação de óbito são uma das partes mais antigas do ordenamento jurídico inglês, outrora compunham a parte de Justiça Penal, porém não mais fazem parte da mesma. Atualmente existem 157 varas de investigação de óbito, estas são presididas pelos chamados coroners, que são geralmente advogados com formação superior a 5 anos. A atuação dos coroners dá-se a priori para causas de morte não naturais ou violentas, e lidam também com os chamados tesouros encontrados.

A atuação dos coroners nas varas de investigação de óbito tem caráter inclusive de política pública e criminal, pois através das mortes não naturais e violentas monitoram-se ate mesmo os casos de suicídios registrados.

Curiosidade estas que diferem de nosso ordenamento e promovem uma análise melhor de dados da população em geral e como dito já antigo no sistema jurídico inglês.

CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS COM O SISTEMA BRASILEIRO

Pode-se dizer de antemão que a primeira característica anteposta é o fato do direito inglês ser da common law, como citado acima, com suas legislações de forma não codificadas, baseada em julgamento pelos precedentes, enquanto a legislação brasileira é o sistema da civil law, onde as leis encontram-se mais codificadas.

No sistema brasileiro os precedentes funcionam mais como forma de guia, exceto claro por exemplo em uma súmula vinculante, que seria um ponto em que os sistemas começam a se encontrar.

A transação penal no ordenamento brasileiro, prevista pela Lei 9.099/95, pode ocorrer apenas nas infrações penais de menor potencial ofensivo, já no Direito Inglês poderá ocorrer em qualquer crime.

Hodiernamente um sistema pontualmente executa funções do outro, como uma forma de aprimoramento, pode-se até mesmo dizer de forma ousada que não há mais um sistema common law e civil puro.

CONCLUSÃO

Após análise da origem histórica da common law, a natureza do direito, o entendimento do funcionamento do sistema da common law, as fontes do Direito Inglês, estrutura das cortes, julgamento e provas o procedimento e protocolo do sistema inglês, pode-se dizer que analisado estas etapas, e comparadas ao sistema brasileiro da civil law, conclusões podem ser citadas, como se observará abaixo.

Primeiramente deve-se concluir que não há um sistema que seja melhor que o outro, quando fala-se em common law e civil law, inevitavelmente ocorrem comparações, porém não deve-se ater as questões como funcionam e sim se atendem melhor ou não o objetivo das leis. Deve-se observar a lei pela sua função social, e se a mesma através do sistema e do ordenamento alcança seu referido objetivo.

É primordial independente do sistema que as garantias e preceitos fundamentais sejam respeitados e garantidos, pois em um Estado Democrático de direitos o sistema de freios e contrapesos devem ser amparados também pelos direitos fundamentais.

Pode-se concluir que hodiernamente não há mais um sistema de common law ou civil law, em sua essência pura. O sistema brasileiro como exemplo pode ser citado nas questões das súmulas vinculantes elaborado pelo Supremo Tribunal Federal, que aproximam-se mais de um sistema de common law inglês funcionando como precedente do que o sistema da civil law brasileiro. Este fato reforça a ideia de que é possível mitigar certos pontos de um sistema ou outro e elaborar uma justaposição com os pontos de melhor aproveitamento pelo ordenamento jurídico.

Pode-se entender que o sistema processual penal inglês reserva sua estrita relação tradicional com o sistema da common law, até mesmo pela sua origem, neste sistema existe grande margem para liberdade probatória, onde a prova oral é usada amplamente, ainda mais em julgamento por juízes leigos, porém pela forma que o sistema processual penal inglês demonstra estar evoluindo deve-se ter precauções e até mesmo preocupações pois as garantias individuais devem ser respeitadas, não podendo estas garantias serem mitigadas em busca de uma maior eficiência na persecução penal.

Destarte óbvio que preocupa, pois qualquer garantia individual e coletiva que seja desrespeitada, ou que seja mitigada em busca de verdades para fundamentar persecuções penais, sabe-se que atingirá de plano os direitos humanos, que hodiernamente funcionam como o pilar do cidadão de cada Estado. Jamais devem ser aceitos a violação de tais direitos, com quaisquer alegações que seja.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Código de Processo Penal Brasileiro. Ed Saraiva 2018

Código Penal Brasileiro. Ed Saraiva 2018

Constituição da República Federativa do Brasil. Ed Saraiva 2018

Fernandes, Antonio Scarance. Provas no Processo Penal. Estudo Comparado. Ed Saraiva

Lloyd, Dennis. A Ideia de Lei. Ed Martins Fontes. 2000.

Slapper, Gary e Kelly, David. O Sistema Jurídico Inglês. Ed Forense 2011

Spencer, J R. Processos Penais da Europa. Ed. Lumen Juris.

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO DIREITO INTERNACIONAL

Thomaz Muylaert de Carvalho Britto

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos completou setenta anos face à sociedade internacional. Os Estados soberanos, com fundamento no respeito aos direitos elencados na Carta Universal, contribuem para a afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja função se amolda à necessidade de preservação de um núcleo jurídico amplo aos seres humanos, independentemente do território em que vivem.

O cunho da Declaração é universal, assim como os direitos humanos em sua essência, os quais têm vocação à universalidade, dado que vislumbram o alcance de todos os seres humanos. Conforme a história da humanidade perpassou, inúmeros direitos se agregaram no rol daqueles considerados como inatos aos seres humanos. Posteriormente à Segunda Guerra Mundial e, tendo em vista os crimes contra a humanidade cometidos, orquestrou-se um movimento no sentido de busca pela paz e, com efeito, de concretização de uma integração esperada entre os membros da sociedade internacional. Os Estados soberanos, marcados pela soberania, pelo território e pelo povo, segundo boa parte dos cientistas políticos, se inclinaram, no período analisado, a um viés preventivo em detrimento do repressivo: tudo isso no contexto pós-guerra.

Em que pese a referida afirmação no caminho de que houve, inicialmente, uma arquitetura internacional em prol da manutenção da paz, a história comprovou, logo depois, a formação de blocos com orientações ideológicas distintas, marcando a disputa entre o socialismo e o capitalismo na denominada Guerra Fria.

O presente artigo tem por intuito realizar uma breve análise relacionada ao preâmbulo da Declaração Universal, assim como dos artigos 1^o ao 4^o, estabelecendo-se, como marco, a comparação entre a Declaração e o âmago brasileiro, manifestado, sobretudo, em termos constitucionais. O problema de pesquisa configura, portanto, qual a influência, de fato, exercida pela Declaração Universal na Constituição da República Federativa de 1988.

Além disso, a hipótese abrange a suposta possibilidade de que a incorporação da influência da Declaração ocorreu, mas com algumas peculiaridades. A pesquisa se instrumentalizará, metodologicamente, de referenciais teóricos com base em um viés bibliográfico, além do racionalismo kantiano, que se associa com uma perspectiva liberal, não obstante haja críticas à presente interpretação. A pesquisa é de cunho teórico-normativo, cujo intuito se veicula na comparação entre os textos da Declaração Universal, da Constituição Brasileira de 1988 e o conhecimento oriundo da doutrina e da jurisprudência na seara internacional. Ressalte-se que, de acordo com o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a doutrina e a jurisprudência consubstanciam meios auxiliares das fontes estatutárias de Direito Internacional.

1. O PREÂMBULO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL

Em nível constitucional, o preâmbulo representa a concretização da expectativa dos indivíduos participantes do processo de criação de uma Constituição. Os ideais, as expectativas, os sentimentos ingressam naquele texto como a materialização de um período de reflexão, pois a Constituição, se considerado o movimento constitucionalista em sua essência, visa à delimitação do poder estatal. Segundo Araújo,

Analisando o preâmbulo enquanto expressão ideológica, percebe-se que extrai sua legitimidade da representação dos constituintes

do povo brasileiro. Está aqui uma claríssima demonstração de fé na democracia, de fé no povo como fonte de todo o poder. É este, aliás, o objetivo imediato afirmado pelo Preâmbulo e imposto pela História: a instituição do Estado Democrático (ARAÚJO, 1999, p. 5-6).

A partir da compreensão externada por Araújo, depreende-se, do preâmbulo de um documento, o seu caráter ideológico, que fomenta, de certa maneira, o agrupamento de um ideal consolidado naquele momento. No caso da Constituição Brasileira de 1988, o preâmbulo, além de expressar a satisfação dos constituintes em face da chegada ao período democrático e da positivação constitucional de vários direitos fundamentais, objetiva, em diversos dispositivos, proporcionar garantias violadas no decorrer do período ditatorial.

A título comparativo, enquanto a Carta Magna de 1988, no campo brasileiro, positivou respostas ao período ditatorial anterior, marcado por torturas e violação aos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos segue uma orientação similar no viés de almejar o alcance da paz e de impedir que as atrocidades verificadas na Segunda Guerra Mundial sejam novamente perpetradas.

Esses documentos, logo, e seus preâmbulos, caracterizam-se pela memória referente a fatos ocorridos no passado exatamente com o propósito de que a proteção aos direitos humanos seja contínua e, assim, não marcada por interrupções associadas a períodos de guerra. A paz é um dos argumentos principais para a utilização, pelos Estados soberanos, dos direitos garantidos pela Declaração Universal.

O preâmbulo da Declaração Universal inicia-se com a valorização à dignidade da pessoa humana (DUDH, 1948, p. 2). A Segunda Guerra Mundial violou diretamente a mencionada dignidade, razão pela qual se reverbera a importância de sua oposição, em momento inicial, na Declaração. Lemos Júnior e Brugnara dissertam nesse passo:

Ao prever a dignidade da pessoa humana como característica essencial, o Estado reconheceu a primazia do ser humano como titular de direitos e deveres, sendo este o centro e o fim de todo ordenamento jurídico. A prerrogativa da dignidade da pessoa hu-

mana é um valor básico, constitucionalmente falando, um valor máximo e absoluto, sendo certo afirmar que a ofensa a tal princípio se tornou um impedimento irremovível, pois o zelo pela dignidade humana é um valor supremo, soberano e essencial cultivado pela Constituição Federal de 1988. Ocorre que a Carta Magna, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e tampouco qualquer outro documento internacional não determina o conceito do que vem a ser a dignidade da pessoa humana, deixando esta tarefa a cargo do entendimento dos doutrinadores, juristas e tribunais do mundo inteiro (LEMOS JÚNIOR; BRUGNARA, 2017, p. 92).

A reflexão acima exposta revela dois elementos essenciais acerca da dignidade da pessoa humana, quais sejam, o seu valor absoluto e a indeterminação tocante ao seu conteúdo. Uma parcela da doutrina concorda com a primeira afirmação, explicando que a dignidade não se amolda a uma natureza jurídica restritiva, englobando, nessa toada, um valor intransponível, que ultrapassa as fronteiras dos Estados soberanos e impede práticas estatais ou não-estatais concernentes aos seres humanos. O valor da dignidade da pessoa humana espelha-se, diante disso, na garantia de um rol gradativamente mais amplo de direitos.

O segundo apontamento, associado à dignidade enquanto um conceito jurídico indeterminado, grande parte dos doutrinadores reconhece o atributo em exame, na medida em que alguns asseveram o caso concreto como determinante para o preenchimento da dignidade da pessoa humana, outros, a seu turno, acrescentam, assim como Lemos Júnior e Brugnara, o papel da doutrina na concepção desse valor.

Com a finalidade de averiguação acerca da dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal, Amancia embasou uma pesquisa mediante a qual concluiu:

O tratamento dedicado ao princípio da dignidade humana pelo STF não superou expectativas. Não encontramos conceitos, nem um número bastante relevante de conteúdos, não conseguimos entender por quais razões o princípio é utilizado em cada caso. Muitas vezes, este importante princípio do Estado Democrático brasileiro aparece meramente como qualificador de normas, sem emanar qualquer conteúdo normativo que possui (AMANCIA, 2010, p. 39).

Assim, mesmo que a doutrina estipule as decisões dos tribunais como ferramentas na delimitação do conceito de dignidade da pessoa humana, a pesquisa feita por Amancia traz inquietações face à forma pela qual o Supremo Tribunal Federal tem conduzido o tema. A dignidade, desse modo, se traduz no reforço argumentativo dos Ministros, isto é, a dignidade não é aferida em si mesmo, mas em comparação com outros princípios constitucionais. Frise-se, porém, que a dignidade, devido à sua qualificação como valor, corporifica-se como vetor apto a interpretações no ordenamento jurídico.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo, não aborda apenas a dignidade da pessoa humana, compreendendo também as respostas ao período anterior de atrocidades em relação aos direitos humanos, consoante se denota a seguir:

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum, Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão (DUDH, 1948, p. 2).

A liberdade de expressão, no contexto das liberdades públicas, conglobou-se como uma reação às perseguições religiosas notadas no âmbito internacional e reconheceu essa liberdade como direito inerente aos seres humanos. Saliente-se o valor da dignidade da pessoa humana como vetor de espelhamento perante os demais direitos, eis que a própria liberdade de expressão permite as manifestações individuais e coletivas como externalizações das personalidades.

A perseguição, nesse passo, enuncia o ultraje a direitos humanos, porquanto coíbe a livre manifestação de pensamento e a adequação a um padrão imposto, o que não pode ser aceito com respaldo na dignidade e na personalidade. Os seres humanos, ademais, por meio da Declaração Universal, obtiveram o reconhecimento internacional de seus direitos. Con-

soante explicam os constitucionalistas, o Estado, além dos particulares em si mesmos, devem respeito aos direitos fundamentais na perspectiva do direito interno, além dos direitos humanos em sede internacional. Para Reckziegel e Duarte,

A própria teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais, que, como visto, adquire enorme relevo após o contexto da Segunda Guerra Mundial, demonstra a urgente necessidade de concatenação de objetivos comuns de relações privadas dentro do complexo cenário do Direito Público. O respeito – que aqui quase beira a observância obrigatória conferida pelo critério da aplicabilidade (i)mediata dos direitos fundamentais – às garantias constitucionais elementares traz à tona uma série de questionamentos sobre a validade e a ponderação de tais relações jurídicas (RECKZIEGEL;-DUARTE, 2015, p. 113).

Por isso, além da ideia de que o Estado precisa respeitar as liberdades públicas de seus nacionais, os próprios particulares não podem violar os direitos fundamentais uns dos outros: essa última compreensão denomina-se a teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais.

A tirania, também versada pelo preâmbulo da Declaração Universal (DUDH, 1948, p. 2), relaciona-se à impossibilidade de mobilização de práticas contrárias aos direitos humanos em situações, por exemplo, de instabilidade do exercício do poder político em determinado Estado soberano. As medidas a serem fomentadas, em cada Estado da sociedade internacional, devem obediência aos direitos e garantias inerentes aos seres humanos, que podem ser observados na Declaração Universal.

Caso se submetesse o cumprimento da Declaração ao momento político dos Estados soberanos, haveria pouca garantia acerca da aplicação de suas disposições. O ideal, representado ideologicamente pelo preâmbulo, abarca a necessária influência dos dispositivos da Declaração no âmago das soberanias de cada Estado. O Direito Internacional recebe, constantemente, críticas em razão da força ainda persistente quanto à soberania, pois a conformação do Direito cabe, em palavra final, ao próprio Estado.

No intuito de finalização do exame do preâmbulo da Declaração Universal, expõem-se os seus conteúdos finais:

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso (DUDH, 1948, p. 3).

A paz entre os Estados soberanos, assim como já foi delineado, comporta um dos principais objetivos da Declaração Universal, pois, em estado de guerra, os direitos humanos não conseguiriam o respeito, de fato, de que precisam. A dignidade, nos períodos de guerra, sujeita-se a ultraje. Se a paz se mantiver, portanto, facilita-se a proteção aos direitos e garantias tocantes aos seres humanos. Inez Lopes, quanto à igualdade pertinente aos Estados soberanos, contribui:

Esse princípio constitucional reafirma os ideais de soberania e autodeterminação dos povos, reiterando que a comunidade de Estados deve se respeitar mutuamente e levar em conta que todos são igualmente soberanos nas relações internacionais. Embora se observe que política, social e economicamente os Estados sejam diferentes, a ordem internacional reconhece que todos os Estados têm igualdade em direitos e obrigações e que a sociedade internacional é composta de membros iguais. A ONU afirma que um dos seus princípios vetores é o da igualdade de todos os seus membros, nos termos do artigo 2º, § 1º da Carta de São Francisco (LOPES, 2009, p. 9).

A igualdade entre os Estados soberanos acarreta o entendimento de que, em tese, um Estado não pode interferir na condução política do outro. Há poderes políticos sendo exercidos perante determinado território

e em relação a um povo específico. Didaticamente, uma decisão política da França aplica-se, em regra, ao povo francês e em seu território. Não se pode ignorar, entretanto, as forças político-econômicas distintas presentes na sociedade internacional.

Ademais, o preâmbulo destaca a igualdade entre homens e mulheres como um de seus pilares (DUDH, 1948, p. 3). O art. 5^o, I, da Carta da República Brasileira (BRASIL, 1988) reconhece a igualdade no sentido da Declaração Universal. Além disso, o art. 1^o, III, da Lei Maior Brasileira, identifica a dignidade da pessoa humana na condição de um dos fundamentos da República Federativa (BRASIL, 1988). Percebem-se, em razão disso, a influência desempenhada pela Declaração Universal nas disposições constitucionais brasileiras de 1988.

Os preâmbulos da Declaração Universal e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 albergam, ante o exposto, valores que estavam em discussão nos momentos históricos respectivos, os quais contribuíram para a consolidação de seu objetivo inicial: a materialização do texto. Posteriormente, a preocupação referiu-se à efetividade.

Para além de uma ótica geral relacionada à Declaração Universal como embrião da proteção aos direitos humanos, é necessária a atenção a alguns posicionamentos como o de Sikkink:

Sustento que os países latino-americanos foram protagonistas da ideia de “direitos humanos internacionais”. Demonstrarei esse argumento ao observar o papel dos Estados latino-americanos na promoção dessas normas internacionais de direitos humanos no período do pós-II Guerra Mundial, em particular, na elaboração da primeira declaração intergovernamental de direitos: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (“Declaração Americana”), aprovada 8 meses antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) ser adotada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948. A DUDH é geralmente vista como o ponto de partida do regime global de direitos humanos, e a Declaração Americana tem sido amplamente ignorada fora do hemisfério. Embora esse argumento tenha relação com debates sobre América Latina e o “novo regionalismo”, isso vai além, sublinhando contribuições latinoamericanas para a ordem normativa e jurídica global, e não apenas para âmbito regional (SIKKINK, 2015, p. 216).

Em consonância com a tese que Sikkink defendeu, é de curial relevância, ao pesquisador, uma observação atenta a estudos críticos, cujo direcionamento conduz-se no ínterim de afastamento de visões impostas e consolidadas. O caminho crítico, como de o Sikkink, pois, agrega com fins de questionamento.

2. OS ARTIGOS I E II DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL

Tendo em análise, até o momento, o preâmbulo da Declaração Universal, revela-se a função desempenhada pelo documento internacional, qual seja, a proteção aos direitos humanos por meio da continuidade da paz entre os Estados soberanos. A violação a direitos humanos, em ocasiões anteriores à Declaração Universal, contribuíram para uma positivação, pelos Estados soberanos, face aos ditames do documento internacional sob estudo. De acordo com a Declaração, os artigos I e II abarcam:

Artigo I: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Artigo II: 1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania (DUDH, 1948, p. 4-5).

Quanto ao artigo I, uma interpretação teleológica permite a conclusão de que os direitos de não interferência do Estado na liberdade, de busca pela igualdade material e de fraternidade sob o ponto de vista da indeterminação de sujeitos revelam-se respeitados, porque há uma multidimensionalidade acerca dos direitos protegidos pela Declaração Universal. É preciso, ante tal reflexão, uma leitura abrangente no tocante aos direitos assegurados.

Reis, com relação aos direitos humanos, relaciona-os à compreensão sobre os direitos dos refugiados e apátridas:

No âmbito geral dos direitos humanos, apesar de suas limitações, as convenções relativas aos refugiados e apátridas representam um ponto de inflexão no direito internacional, pois pela primeira vez é reconhecida a existência do indivíduo no cenário internacional. Lentamente, direitos individuais universais independentes do Estado vão sendo reconhecidos, numa tendência que vinha se acentuando desde o fim da Segunda Guerra Mundial (REIS, 2004, p. 151).

Quanto ao artigo II, os seres humanos precisam ter seus direitos respeitados independentemente do governo vinculado ao Estado ou a questões relacionadas à forma do exercício de poder político. Os direitos humanos, assim, não se condicionam a situações transitórias relacionadas ao desempenho do poder político. Além disso, a igualdade entre os seres humanos deve ser reconhecida e cada um exerce seus direitos, porém, com a consciência de que há outros direitos humanos sendo concretizados simultaneamente, não se olvidando da teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais.

3. OS ARTIGOS III E IV DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL

Os artigos III e IV da Declaração Universal, por sua vez, desenvolvem as previsões contidas no preâmbulo e dissecam os dispositivos abrangentes da Declaração:

Artigo III: Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Artigo IV: Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas (DUDH, 1948, p. 5).

O artigo III dispõe, inicialmente, sobre o direito à vida e à liberdade. Esses direitos aproximam-se diretamente da dignidade da pessoa humana, de modo que o ser humano tem o direito de não ter sua vida retirada, por exemplo, em razão de práticas contrárias aos princípios internacionais de proteção à pessoa humana. Os Estados soberanos devem, nesse ponto,

garantir o exercício de direitos individuais, não podendo, logo, dissolver uma assembleia em pleno exercício do direito de reunião.

O artigo IV refere-se à proibição da escravidão como um dos direitos humanos. Os seres humanos, em razão do exercício de suas liberdades, não pode se subjugar a outros seres humanos no viés da escravidão. A escravidão se opõe absolutamente à liberdade. Sob um ponto de vista atual, observam-se, no Brasil, alguns casos de trabalho análogo à escravidão, o que configura crime na legislação penal. Além disso, o tráfico internacional de pessoas é vedado e é necessária a fiscalização das autoridades para realizar a punição dos culpados. Segundo relata Piscitelli,

A formulação, harmonização e implementação de normativas legais relativas ao tráfico de pessoas têm lugar no cenário de embates políticos, nos quais há desencontros e articulações entre as lógicas normativas que orientam ações de diferentes grupos de interesse. Desencontros e convergências são perceptíveis no entrecruzamento entre lógicas dos estados nacionais e outras que podem ser consideradas supranacionais e transnacionais. E, muitas vezes, há desencontros entre essas lógicas e as que permeiam as ações de pessoas consideradas em situação de tráfico (PISCITELLI, 2008, p. 34).

CONCLUSÃO

Este artigo, portanto, teve, enquanto objetivo, a realização de uma pesquisa sobre o preâmbulo e os artigos iniciais da Declaração Universal dos Direitos Humanos em virtude da comemoração de seus setenta anos. A análise empreendida na presente pesquisa almejou, também, uma breve comparação com a realidade brasileira a partir da influência decorrente da Declaração na Constituição de 1988.

A corrente investigação propiciou um conjunto de reflexões de cunho crítico, abordando, a título exemplificativo, o valor da dignidade da pessoa humana mediante diferentes olhares. O Direito Internacional, como importante ramo para a concretização de direitos, percorre uma expansão contínua e tênue diante das demais subdivisões didáticas do Direito.

O preâmbulo configurou, na Declaração Universal, uma forma de manifestação da necessidade de aposição de direitos humanos. A sociedade internacional, depois da Segunda Guerra, notou a imprescindibilidade

de participação de instrumentos internacionais de proteção à pessoa humana. A Organização das Nações Unidas, uma organização internacional, fundamentou-se como um sujeito articulador da paz mundial.

Os artigos iniciais da Declaração permitiram uma concretização e dissecação acerca dos pontos abrangentes perceptíveis no preâmbulo. Quanto à hipótese, restou parcialmente comprovada, pois, na pesquisa realizada, não foi possível um aprofundamento acerca de eventuais diferenças, motivo pelo qual se concluiu que a Declaração Universal desempenhou influência direta não somente na Constituição Brasileira de 1988, mas em documentos anteriores no próprio Brasil. Resta outro problema de pesquisa, a ser desenvolvido em uma próxima investigação, face aos resquícios autoritários na Carta Magna de 1988 e seu cotejo perante a Declaração Universal.

BIBLIOGRAFIA

AMANCIA, Natália Alves. **O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF**. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: 2010. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/197_Monografia-Natalia-Amancia.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. **Revista de Informação Legislativa**, n. 143, jul. /set. 1999, p. 5-14. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/498/r143-01.PDF>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 set. 2018.

LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. BRUGNARA, Ana Flávia. O princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ**, Rio de Janeiro, n. 31, jun. 2017, p. 86-126. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/26639>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

LOPES, Inez. Breves Considerações sobre os Princípios Constitucionais das Relações Internacionais. **Consilium - Revista Eletrônica de Direito**, Brasília n.3, v.1 jan/abr de 2009, p. 1-16. Disponível em: <http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium_03_22.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

PISCITELLI, Adriana. Entre as “máfias” e a “ajuda”: a construção de conhecimento sobre tráfico de pessoas. **Cadernos PAGU – Núcleo de Estudos de Gênero**, jul./dez. 2008, p. 29-63. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n31/n31a03>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. JusPODIVM, 2011.

RECKZIEGEL, Janaína. DUARTE, Jhonatan Felipe Laurindo Gomes. Horizontalidade dos Direitos Fundamentais e Reprodução Humana Assistida: Um Novo Paradigma Contratual. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Editora Unijuí, ano 3, n. 6, jul./dez. 2015, p. 93-116. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/4406>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 19, n. 55, jun. 2004, p. 150-163. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/0D/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

SIKKINK, Kathryn. Protagonismo da América Latina em Direitos Humanos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v.12, n.22, p. 215 – 227, 2015. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/15_SUR-22_PORTUGUES_KATHRYN-SIKKINK.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

SOLICITANTES DE REFÚGIO EM TERRAS BRASILEIRAS: ENTRE QUESTÕES E SOLUÇÕES

Thomaz Muylaert de Carvalho Britto

Introdução

Este artigo versa sobre as circunstâncias nas quais os postulantes ao reconhecimento da condição jurídica de refugiados se encontram inseridos. Vislumbra-se, assim, a produção de uma análise nacional. O recorte do presente trabalho se direciona ao Brasil.

É notória uma extensa violação de direitos humanos dos solicitantes de refúgio, conforme noticiam os principais veículos de comunicação na esfera mundial. A necessidade de refúgio decorre de situações alheias à vontade dos indivíduos denominados refugiados. A título exemplificativo, mencionam-se razões políticas e ambientais enquanto motivos pelos quais um grupo de pessoas se desloca de seu Estado originário em busca de aceitação, de melhores condições de vida. Em resumo, essas pessoas almejam a garantia do núcleo mínimo de direitos conferidos à pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, com base em seu preâmbulo e nos seus dispositivos, encampa a incumbência dos Estados soberanos no viés de proteção aos direitos humanos. Os refugiados têm direitos humanos e, assim, o Direito Internacional previu, durante a história, formas de protegê-los.

A hipótese diante da qual se baliza o corrente trabalho concerne a uma tendência internacional no sentido de afastamento dos refugiados.

Em outras palavras, boa parte dos Estados, ao se depararem com o ingresso de refugiados em seus territórios, maneja instrumentos a fim de expurgá-los em destino a seus Estados de origem. A cooperação internacional, elemento primordial do Direito Internacional, nesses casos, é substituída pela intolerância, pelo nacionalismo exacerbado e pela violação dos direitos humanos em razão da inobservância da alteridade.

Algumas indagações, no tangente ao tema, logo, dizem respeito à forma mediante a qual os Estados receptores dos mencionados solicitantes lidam com os mesmos. Em suma, investigam-se a chegada desses imigrantes, a burocracia adotada para seu reconhecimento, a realidade enfrentada posteriormente à aceitação de ingresso e o tratamento dos refugiados perante o Direito Internacional.

No Brasil, o Estatuto dos Refugiados de 1951 – proveniente de tratativas internacionais – materializou-se na Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. O artigo 1º desse diploma legal define os indivíduos a serem reconhecidos como refugiados. A perseguição e o ultraje a direitos humanos são as razões que ensejam o reconhecimento de uma pessoa na condição de refugiada. Os apátridas, com base em perseguição, também podem se incluir nesse conceito. A despeito da previsão legal sob exame, questiona-se o efetivo cumprimento das aduzidas disposições com fundamento na pesquisa empírica.

Uma investigação sobre a realidade dos refugiados configura-se relevante, porquanto, com fulcro nas informações pesquisadas, é possível o estabelecimento de um diagnóstico acerca das condições às quais estão sendo submetidos esses indivíduos no ingresso em Estados receptores, entendidos como aqueles que recebem, acolhem os aludidos estrangeiros. As pesquisas relativas aos direitos humanos, por si só, já demonstram a sua importância, tendo em vista o elevado valor constitucional que albergam.

A finalidade desta perscrutação contempla a reunião de elementos informativos sobre a chegada de imigrantes aos Estados receptores e suas implicações. A partir da pesquisa desenvolvida, procura-se constituir alternativas para o aprimoramento da recepção dos referidos indivíduos nos Estados receptores. Trata-se, pois, de uma pesquisa propositiva.

Metodologicamente, para fins de desenvolvimento desta investigação, elencam-se a revisão bibliográfica, o conhecimento empírico, a dialética sob uma perspectiva crítica e a proposição. A despeito de tais métodos

serem, segundo uma parcela de estudiosos, pertencentes a classificações distintas de pesquisa, optou-se por sua união desprovida de agrupamentos em setores.

A revisão bibliográfica visa à coleta e à reflexão relacionadas com autores importantes acerca do objeto de pesquisa, objetivando uma ótica multidisciplinar. O conhecimento empírico vislumbra o estudo de documentos, notícias jornalísticas e dados concretos provenientes da dimensão afeta à realidade. A dialética sob uma perspectiva crítica proporciona, a seu turno, um diálogo relativo às opiniões existentes sobre a situação dos refugiados. Por fim, a proposição afigura-se um método a partir do qual se pretende a formação de uma proposta de intervenção com o escopo de afastamento de práticas contrárias aos direitos humanos dos refugiados.

1. Aspectos iniciais sobre o refúgio no Brasil

Depois de 1930, o Brasil adotou práticas contrárias à chegada de refugiados e imigrantes. Anteriormente a esse marco temporal, engendrou-se uma política favorável ao ingresso de estrangeiros no território brasileiro, tendo em vista o término da escravidão e a necessidade de trabalhadores. As leis brasileiras, desde 1988, não têm sido mobilizadas, na prática, em prol dos imigrantes e dos refugiados. É recomendável a adoção de alternativas diretas no que pertine ao ingresso dessas pessoas (VÉRAN; NOAL; FAINSTAT, 2014, p. 1007).

Assim, nota-se a distinção entre o acolhimento legal e as práticas institucionais. Mesmo que um indivíduo seja considerado refugiado pela lei brasileira, não há garantia do cumprimento imediato da lei. Muitas vezes, a única alternativa encontrada é o Poder Judiciário, sendo procurada a Defensoria Pública a fim de que desempenhe o seu papel constitucional.

Diante da chegada dos postulantes à condição de refugiados ao Brasil, averiguam-se, na prática, três possibilidades, quais sejam, o reassentamento, a integração local e a repatriação voluntária. O retorno ao Estado originário compreende a repatriação voluntária, a integração local abarca o acolhimento, a recepção pelo Estado no qual se encontra, ao passo que, no reassentamento, o indivíduo é encaminhado a outro Estado (MOREIRA, 2005, p. 58). Neste trabalho, adotou-se a nomenclatura de Estado referente ao atributo da soberania, por exemplo, a República Federativa do Brasil.

Em regra, uma tese recorrente sobre os refugiados no Brasil é a de que todos aportaram no território brasileiro em razão de motivos relacionados a guerras e perseguições. Porém, a realidade demonstra que uma parcela desses indivíduos se insere no Brasil em virtude de uma questão ambiental. Ramos (2011, p. 106), quando disserta sobre os critérios aferidos na Lei de Refugiados, mormente concentrados no requisito da perseguição, atenta para a imprescindibilidade de acolhimento, pela lei, dos denominados “refugiados ambientais”:

Cumpra reforçar que no caso das mudanças ambientais globais, apesar de não haver tal perseguição, tampouco as motivações previstas na convenção e nos instrumentos regionais, necessita-se tão ou mais da proteção internacional nesses casos, seja para garantir a sobrevivência e a segurança das populações afetadas, seja para auxiliar na reconstrução do próprio Estado, quando sua estrutura e funcionamento também são atingidos por tais eventos. Dois casos concretos muito recentes comprovam a afirmação acima: os terremotos ocorridos no Haiti em 2010 e no Japão em 2011 (RAMOS, 2011, p. 106).

Observa-se, desse modo, que, com espeque na tese de doutorado de Ramos (2011), deve-se categorizar, no âmbito da lei, a possibilidade de reconhecimento dos chamados “refugiados ambientais”. O Brasil percebeu os reflexos dos desastres naturais com a chegada de muitos haitianos posteriormente a 2010, sendo uma análise crucial aquela que reconhece tais indivíduos na qualidade de refugiados, estando regidos, por conseguinte, pela Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997.

Uma sugestão, no tocante ao citado embróglio, com fulcro em Ramos (2011, p. 22), concerne à adoção, pelos tribunais, de uma interpretação ampliada em face do art. 1º, III, da Lei dos Refugiados, tendo em ótica que a mesma prevê a violação de direitos humanos, desde que grave e generalizada, enquanto razão suficiente para o reconhecimento de um indivíduo como refugiado. A partir de uma interpretação ampliada, é possível o acolhimento dos “refugiados ambientais” na qualidade de refugiados em conformidade com a lei brasileira. O direito ao meio ambiente saudável deve ser reconhecido como um dos direitos humanos. Havendo violação ao mesmo, ensejar-se-ia, conseqüentemente, a possibilidade de refúgio.

Existem iniciativas no Brasil, como foi a V Competição Interamericana de Direito ao Desenvolvimento Sustentável - Moot Court Com-

petition 2015, desenvolvida pela Fundação Getúlio Vargas, pela Tulane University Law School e pela Universidad de Los Andes, que objetivam a formação de diálogos entre estudantes de Direito, provenientes de diferentes Estados soberanos, em torno de problemáticas ambientais. Iniciativas como esta contribuem para a formação crítica de futuros operadores do Direito, os quais podem, conforme a sugestão mencionada outrora, buscar uma alteração em algumas decisões institucionais em respeito aos direitos humanos.

2. Análise comparativa entre a Lei dos Refugiados e dados concretos

O presente tópico tem por finalidade uma comparação entre os dispositivos legais verificados na Lei dos Refugiados, as notícias midiáticas acerca da situação dos refugiados no Brasil, assim como os dados coletados pelo ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) e pela Secretaria Nacional de Justiça.

A partir do artigo 17 da Lei dos Refugiados no Brasil, colaciona-se o procedimento atinente ao processo de refúgio. Caso somente fosse pesquisada a esfera legal afeta aos refugiados, acreditar-se-ia na plena aplicação dos dispositivos aos casos concretos. Todavia, conforme anota Severo (2015):

Com o considerável aumento dos fluxos migratórios para o Brasil nos últimos anos, associado à falta de estrutura administrativa adequada para receber e processar as demandas de solicitação de refúgio, têm sido vislumbradas inúmeras dificuldades para o acesso ao respectivo procedimento e à documentação necessária para a permanência provisória regular no país enquanto não há decisão acerca da solicitação de refúgio. A primeira dificuldade está na demora para receber o protocolo das solicitações de refúgio, documento que garante a permanência provisória válida do solicitante de refúgio em território nacional enquanto aguarda a decisão sobre o seu pedido (SEVERO, 2015, p. 39).

O protocolo das solicitações de refúgio, logo, consiste em um instrumento a partir do qual se possibilita, ao solicitante de refúgio, a garantia de

legalização tangente às suas circunstâncias no Brasil. Em outros termos, apenas pela leitura da lei, não seria identificada uma demora em um procedimento teoricamente simples, na medida em que é temporário, perecível. O conhecimento empírico, experiência decorrente da realidade, permite a constatação, nesse passo, de uma dissonância entre a celeridade preconizada no dispositivo legal e a realidade prática.

Silva e Moro (2014, p. 20), ao estudarem a imigração haitiana no Brasil, deparam-se com a ação civil pública n.º 0000723-55.2012.4.01.3000, no âmago da qual concluíram:

No estado do Acre, mais especificamente no município de Assis Brasil, estima-se que até o início do ano de 2012 aproximadamente 1.600 cidadãos haitianos tenham atravessado as fronteiras, e depois se deslocado para alguma das cidades vizinhas como Brasileira e Epitaciolândia. O fluxo migratório se intensificou com o passar do tempo, e isso foi causando uma pressão demográfica nos municípios de Epitaciolândia/AC e Brasileira/AC. Os haitianos começaram a se alojar nessa região, e isso se deu em razão da demora excessiva dos órgãos e agentes públicos da União responsáveis em tomar providências administrativas cabíveis relativas ao registro e apreciação do pedido de refúgio (SILVA; MORO, 2014, p. 20).

Novamente, é pertinente a averiguação no ínterim de que, em vários casos concretos, a demora na consecução nos ditames legais acarreta consequências imprevisíveis inicialmente. Uma das implicações provenientes da demora relativa ao pedido de refúgio consiste na desistência e na permanência em território brasileiro desprovida de regularização junto à lei. Dessa forma, esses indivíduos não ingressam nas estatísticas e não recebem a guarida do Estado, restando seus direitos humanos ainda mais violados posteriormente à situação de ultraje já enfrentada.

No Brasil, de acordo com a Secretaria Nacional de Justiça (2017), a partir dos dados coletados pelo Comitê Nacional para os Refugiados e pela Polícia Federal, há um “acumulado de 10.145 refugiados reconhecidos, 86.007 de solicitações de reconhecimento em trâmite, a nacionalidade com maior número acumulado de refugiados reconhecidos é a Síria (39%)”.

Por intermédio desses dados, depreende-se que, antes de 2017, houve diversos pedidos de refúgio, formulados por cidadãos sírios. Isso porque, em decorrência da ausência de celeridade no procedimento de análise do

pedido de refúgio, muitos desses imigrantes apenas obtiveram o reconhecimento solicitado anos depois. Dessa forma, justifica-se o número marcante de pedidos oriundos de sírios anteriormente a 2017. É possível, ademais, uma suposição de que houve o deferimento de uma quantidade menor em 2017, pois uma parcela dos pedidos já tinha sido considerada pelas autoridades com tal atribuição.

Segundo a Secretaria Nacional de Justiça (2017), mediante dados obtidos pela Polícia Federal, “quanto à solicitação de reconhecimento da condição de refugiado em 2017”, a Venezuela se sobressai com 17.865, seguida de Cuba (2.373) e Haiti (2.362).

Em função da recente crise venezuelana, uma parte dos seus cidadãos se direcionou ao Brasil em busca de refúgio. A presença venezuelana em território brasileiro se intensificou em 2017, sobretudo em Roraima, a qual tem fronteira com a Venezuela. Esses indivíduos se retiraram de seu Estado soberano originário com o objetivo de melhoria de suas condições de vida devido à perseguição enfrentada ou à violação de seus direitos humanos.

Faz-se necessária, no Brasil, a adoção de meios capazes de conceder maior celeridade na análise dos pedidos de refúgio, seja pela modificação do regimento interno do CONARE, seja pela adoção de práticas igualitárias e coerentes na condução dos aduzidos pedidos.

A Secretaria Nacional de Justiça (2017), em decorrência de uma pesquisa produzida pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), concluiu: “em 2017, o CONARE reconheceu 587 refugiados dos seguintes países: Síria (310), República Democrática do Congo (106)”, entre outros. Nesse aspecto, confirma-se a hipótese anterior no viés de que houve maior reconhecimento dos pedidos emanados de cidadãos sírios na condição de refugiados no ano de 2017, pois há demora na análise desses pedidos. Os pedidos formulados pelos venezuelanos ainda não foram analisados e, conforme o tempo se esvai, seus direitos humanos permanecem violados.

Em uma notícia de jornal extraída do portal G1, atenta-se para o título e o subtítulo da reportagem:

Fuga da fome: como a chegada de 40 mil venezuelanos transformou Boa Vista.

Nas contas da prefeitura, imigrantes representam mais de 10% da população da cidade. O reflexo se vê nas ruas: praças ocupadas,

abrigos lotados e casas com até 31 moradores. Fluxo migratório começou em 2015, bateu recordes em 2017 e está aumentando em 2018 (COSTA; BRANDÃO; OLIVEIRA, 2018).

A reportagem em comento versa sobre os impactos decorrentes da chegada de imigrantes à cidade de Boa Vista, capital de Roraima. Houve, nesse sentido, um elevado crescimento de imigração naquela região, o que tem ocasionado consequências para a mesma.

Em uma notícia veiculada no Jornal O Globo, comenta-se sobre um pedido feito pelo Governo de Roraima ao Supremo Tribunal Federal: “Governo de Roraima pede ao STF para fechar fronteira com a Venezuela e impedir entrada de imigrantes. Ação civil pede ainda mais recursos para suprir custos com saúde e educação no estado” (MARQUES; SOUZA, 2018).

No concernente à ação cuja propositura foi embasada pelo Governo de Roraima junto ao Supremo Tribunal Federal, notam-se argumentos nos quais se “associa a imigração em massa de venezuelanos ao aumento da violência e a problemas de saúde pública no estado, como o reaparecimento de doenças como o sarampo, com 59 casos registrados, e tuberculose” (MARQUES; SOUZA, 2018).

Faz-se imprescindível, diante de tal notícia, a colocação do comentário de que os imigrantes, futuros refugiados em caso de concessão, não devem ser tratados sob a perspectiva de problemas. Os imigrantes são seres humanos e, dessa forma, têm direitos reconhecidos no âmbito internacional. A ausência de recursos financeiros jamais poderá justificar o ultraje a direitos fundamentais, os quais, como é cediço, em plano internacional, são compreendidos à luz dos direitos da pessoa humana.

Após a Segunda Guerra Mundial, em virtude das atrocidades cometidas contra os seres humanos, a sociedade internacional engendrou medidas com o fito de coibir o retorno dessas práticas hediondas. A ONU (Organização das Nações Unidas) congrega uma das alternativas constituídas em face à sociedade internacional para fins de proteção da paz entre os Estados, por exemplo.

Por meio de uma análise comparativa, então, entre os dados oriundos da realidade fática e as disposições legais, constata-se ainda uma certa dissonância, uma incompatibilidade. Porém, a partir de algumas sugestões,

conforme será explanado na próxima seção, é possível atenuar as práticas contrárias ao espírito da lei.

3. Sugestões para o desenvolvimento de uma política constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enquanto instrumento normativo de maior hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro, prevê, em seu artigo 5^o, a proteção aos direitos fundamentais dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil. É preciso que se desenvolva uma política, relativa aos imigrantes, cujo teor proporcione o respeito aos seus direitos.

A nomenclatura de “política constitucional” provém exatamente da compatibilidade necessária entre as políticas públicas e os ditames constitucionais. Uma sugestão inicial, a respeito do reconhecimento atinente ao refúgio diz respeito à diminuição das etapas previstas¹⁵⁸. Em outros termos, deve-se buscar, se possível, com fundamento em conversas institucionais, medidas para a redução de etapas extremamente burocráticas nesse processo.

A demora, a qual foi relatada na pesquisa, se deve, também, às muitas etapas previstas entre diferentes setores para fins de concessão do reconhecimento atinente à condição de refugiado. Apesar de não se propor à resolução de uma tarefa simples, a presente pesquisa visa à construção de debates sobre a problemática, cujo resultado pode ser positivo para os imigrantes que chegam ao Brasil.

Por fim, sugere-se o mapeamento dos locais onde há maior número de imigrantes e, depois, a atuação da Defensoria Pública de modo próximo aos mesmos com o intuito de orientação jurídica, percepção acerca do respeito aos direitos humanos dos imigrantes, a eventualidade de ajuizamento de ação para garantia de direitos, entre outras possibilidades.

No que tange ao Ministério Público, sugere-se, a partir do citado mapeamento, que o mesmo seja encaminhado ao *Parquet* para ciência e fiscalização da situação dos imigrantes devido à existência de direitos in-

158 A referida conclusão decorreu da análise dos dados coletados por FERNANDES; ACCIOLY; DUARTE, 2017).

disponíveis a ensejarem, eventualmente, o ajuizamento de ação civil pública, a despeito, ressalte-se, da possibilidade de a própria Defensoria Pública embasar a propositura dessa ação.

Conclusão

Há, portanto, uma diferença intrínseca entre a existência de uma lei e a sua pertinente aplicação. A Lei dos Refugiados brasileira, fundamentada no Estatuto dos Refugiados, de índole internacional, é compreendida, por muitos especialistas, como impecável do ponto de vista teórico. Assim como no Direito Ambiental, cujo teor normativo também é elogiado, observam-se, na prática, violações a direitos.

O cotejo entre dados empíricos, a doutrina e a lei permitiu a confirmação parcial da hipótese de que existe uma tendência nacional de afastamento dos imigrantes. Concluiu-se pela demora exacerbada nos processos de reconhecimento de refúgio, a qual, por si só, justifica eventual saída do indivíduo do Brasil para a tentativa de refúgio em outros Estados. Todavia, deve-se reconhecer o esforço legislativo brasileiro de acolhimento de uma legislação atual e compatível com a Constituição no tema dos refugiados. Recomenda-se, devido à revisão bibliográfica realizada, uma interpretação ampliativa sobre o conceito de refugiados exposto na lei.

As notícias de jornais auxiliaram no entendimento prático emitido pelo jornalismo sobre as situações fáticas. Os veículos de comunicação, sob a ótica da democracia, têm a liberdade de expressão, cuja essência é garantida constitucionalmente. A análise dessas reportagens contribuiu para uma visão fática e multidisciplinar do presente trabalho.

Quanto ao procedimento adotado pelo CONARE, recomenda-se, com base na experiência empírica de análise de dados, a redução de etapas e da burocracia na concessão do refúgio ou, ao menos, no concernente à legalização inicial, bem como a atuação conjunta entre a Defensoria Pública e o Ministério Público em prol do respeito aos direitos humanos dos imigrantes.

A expectativa, assim, é a de que os direitos humanos dos imigrantes sejam respeitados no território brasileiro. A Constituição de 1988, os tratados internacionais e a sociedade internacional ratificam a importância da proteção a esses direitos. Conforme Kant (2007), o ser humano deve

ser vislumbrado como “um fim em si mesmo” e não como instrumento para o alcance de certos fins.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 11 ago. 2018.

BRASIL. Lei Nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 5 ago. 2018.

COSTA, Emily; BRANDÃO, Inaê; OLIVEIRA, Valéria. Fuga da fome: como a chegada de 40 mil venezuelanos transformou Boa Vista. G1, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/fuga-da-fome-como-a-chegada-de-40-mil-venezuelanos-transformou-boa-vista.ghtml>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

FERNANDES, Janaína de Mendonça; ACCIOLY, Tatiana; DUARTE, Paula. Refúgio no Brasil: avanços legais e entraves burocráticos. FGV DAPP, 2017. Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/refugio-no-brasil-avancos-legais-e-entraves-burocraticos/>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. 2007.

MARQUES, Marcelo; SOUZA, André. Governo de Roraima pede ao STF para fechar fronteira com a Venezuela e impedir entrada de imigrantes. Jornal O Globo, 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/governo-de-roraima-pede-ao-stf-para-fechar-fronteira-com-venezuela-impedir-entrada-de-imigrantes-22587813#ixzz5ONDk4mKl>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

MOREIRA, Júlia Bertino. A Problemática dos Refugiados na América Latina e no Brasil. Cadernos PROLAM/USP, Ano 4, 2005, p. 57-76.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

RAMOS, Érika Pires. Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. Refúgio em números. 3ª edição, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/de-10-1-mil-refugiados-5-1-mil-continuam-no-brasil/refugio-em-numeros_1104.pdf/view>. Acesso em: 5 ago. 2018.

SEVERO, Fabiana Galera. O procedimento de solicitação de refúgio no Brasil à luz da proteção internacional dos direitos humanos. Revista da Defensoria Pública da União. Brasília, DF n. 8 p. 1-356 jan/dez. 2015.

SILVA, César Augusto S.; MORO, Marcos Caio Lopes. Imigração haitiana e o Brasil: considerações sobre a negativa de caracterização do refúgio. Revista Videre – Dourados, v. 06, n. 11, p. 16-33, jan./jul. 2014.

VÉRAN, Jean-François; DA SILVA NOAL, Débora; FAINSTAT, Tyler. Nem Refugiados, nem Migrantes: A Chegada dos Haitianos à Cidade de Tabatinga (Amazonas). Revista de Ciências Sociais, 2014, 57. Disponível em:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21835768005>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

DILEMAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO MARCO DOS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

Vinicius Henrique Nunes Damião

INTRODUÇÃO

Passados 70 anos da promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas, milhares de pessoas em todo o mundo ainda são vítimas de violações em seus direitos. Tais violações ocorrem em todos os âmbitos da vida humana, seja relativamente a seus direitos políticos e sociais, seja quanto a seus direitos econômicos e culturais.

Este é o caso atual da Venezuela, por exemplo. O então país rico e exportador de petróleo que antes era buscado como destino por refugiados colombianos que se deslocavam expulsos pelas FARC, agora enfrenta a maior crise política e econômica de sua história, com casos desde perseguições políticas de opositores até a absoluta escassez de alimentos básicos com as maiores taxas de homicídio e maior inflação do mundo (JÚNIOR; BERTONCELLO; SANTOS, 2019).

Semelhante é a situação do Iêmen, o pequeno país localizado entre o centro do Oriente Médio e a Índia que tem vivido constantes convulsões sociais violentas motivadas por complexos fatores políticos e religiosos, e que culminou em pelo menos 13 milhões de vulneráveis que necessi-

tam de ajuda humanitária, com pelo menos 7,6 milhões com insegurança alimentar grave e 2,5 milhões de refugiados (RODER; SOPRANI; JOMAA; SCOPARIM; OLIVEIRA; GARCIA, 2016), além das quase 2 milhões de crianças gravemente desnutridas (ONU, 2019).

Frente a esta realidade, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto como um conjunto de normas internacionais com o objetivo de conferir a todas as pessoas maneiras institucionalizadas para a proteção de seus direitos contra violações em todo o mundo (RAMOS, 2015).

Sem embargo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos não tem tido uma tarefa fácil. O problema é que verdadeiros dilemas surgiram à efetiva proteção internacional da dignidade humana. Questões controversas, com interesses contrapostos, que conduzem ao limite relações nacionais e internacionais, e geram um ambiente de instabilidade internacional relativamente à proteção destes direitos.

De ser assim, a pergunta-problema que se coloca diante de nós é a de quais são estes dilemas que geram instabilidade e que, ademais, impedem a efetiva proteção internacional dos direitos da pessoa humana, no marco dos 70 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Nesta perspectiva, o presente trabalho possui o escopo de analisar a atual conjuntura da proteção internacional dos direitos humanos a partir do prisma da Declaração Universal de 1948. Em outras palavras, partindo dos princípios e objetivos da Declaração Universal de Direitos Humanos, avaliaremos os dilemas que circundam a efetiva proteção internacional destes direitos na atualidade, indicando aqueles que entendemos constituir-los.

Assim, no exercício deste labor acadêmico, nos dedicaremos principalmente à análise do sistema global de proteção de direitos humanos da ONU, não adentrando nos principais detalhes relativos aos demais sistemas regionais de proteção destes direitos.

A partir desta metodologia, constataremos que os principais dilemas à proteção internacional dos direitos humanos estão, principalmente, em três eixos interligados: os interesses geopolíticos dos Estados e sua influência sobre os mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos; a ausência de força coercitiva das decisões internacionais em direitos humanos, e; a questão do acesso e da vinculação à Corte Internacional de Justiça.

O PAPEL E A INFLUÊNCIA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS PARA O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Em 1945 a ONU veio à existência oficialmente na Conferência das Nações Unidas, com a ratificação da Carta das Nações Unidas pelos países signatários, contando com a presença de representantes de mais de 50 países (ONU, [20--?]). A Carta da ONU previu a promoção dos direitos humanos e os estabeleceu como um dos pilares da organização (RAMOS, 2015). Com o consenso dos Estados em elevar a proteção dos direitos humanos a propósito e finalidade da organização, se consolidou a internacionalização dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012), ainda que de maneira meramente formal.

Três anos depois, no ano de 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos foi desenhada por representantes de diferentes regiões e culturas do mundo, e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, como um modelo para todas as nações dos direitos humanos que deviam ser universalmente protegidos (ONU, [20--?]).

Por seu caráter não vinculativo, inicialmente ela foi elaborada para servir de etapa anterior à confecção de um tratado internacional de direitos humanos, com força vinculativa. Contudo, a guerra fria frustrou essa expectativa imediata e foi apenas em 1966, 18 anos depois, que se aprovaram os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (RAMOS, 2015), para a proteção destes direitos no mundo.

Junto a estes Pactos Internacionais, a Declaração Universal de 1948 compõe o que se convencionou chamar de Carta Internacional dos Direitos Humanos (ONU, [20--?]). Isto implica o entendimento de que estes dois Pactos não podem ser interpretados desconexos da Declaração Universal de 1948, sistematizando, portanto, a proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012).

Desta sorte, à maneira como foi adotada, a Declaração Universal de Direitos Humanos consolidou uma afirmação de ética universal (PIOVESAN, 2012) e, devido ao fato de expressar tal consciência ética universal, atualmente *se tende a considerar* as normas internacionais de direitos humanos superiores aos ordenamentos jurídicos dos Estados (COMPARATO,

2013), inclusive com desenvolvimento de linhas investigativas nos sentido de relativização da soberania destes.¹⁵⁹

Nada obstante a essa tendência, é digno de destaque o fato de que ela ainda não é ponto pacífico. Primeiramente, porque a já antiga e conhecida discussão dilemática acerca do *fundamento último* dos direitos humanos jamais chegou a um consenso, tendo sido sobrelevada por alguns estudiosos de direitos humanos dada a gravidade das violações atuais e a necessidade premente de se discutir meios para a proteção dos direitos antes de seguir em busca de sua justificação. Ademais, linhas investigativas de perspectiva histórica, comunitarista, pós-moderna, entre outras, rechaçam a ideia de universalismo fundamental dos direitos humanos, argumentando, com focos diferentes, que o particularismo e a diferença cultural como virtudes humanas se contrapõem à essa postura, justamente porque o universalismo racional da modernidade se fundamenta no esforço que o sujeito faz para diferenciar-se do grupo (LUCAS, 2009).

Essa postura foi defendida, inclusive, pela China e ASEAN na década de 1990, expressando que seus agentes aceitavam os incentivos e assistências de outras nações e organizações com o objeto de defesa de direitos humanos, mas que deveriam, em todos os casos, partir de consultas mútuas e diálogo, com vistas à *cooperação* entre os Estados e não a confrontação, condenando a intervenção e, assim, estabelecendo parâmetros de violação de direitos humanos que reflitam valores compartilhados por todos os Estados e não apenas alguns, para colocar os direitos econômicos, sociais e culturais, defendidos por aquelas culturas, em igualdade de patamar com os direitos civis e políticos, mais enfatizados pelo ocidente (PINTO, 1997).

Contudo, em que pese essa dissensão fundamental, é inegável que o objetivo da Declaração Universal de Direitos Humanos de traçar uma or-

159 Em sua tese de doutorado, Rogerio Taiar propõe uma nova concepção sobre a soberania estatal, no intento de contribuir com as teorias contemporâneas para o rompimento do dogma da definição de soberania vinculada à supremacia estatal que, segundo seu entendimento, justifica a inefetividade da proteção internacional de direitos humanos. Cf. TAIAR, Rogerio. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos**. 2009. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

dem pública global com base no respeito à dignidade humana logrou êxito, à medida em que consagrou valores básicos em nível universal e fixou o parâmetro de que o único requisito para ser titular de direitos é que se tenha a condição de pessoa, de maneira que a concepção da dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos humanos, intrínseco à condição humana, influiu em todos os tratados e declarações posteriores que integram o Direito Internacional do Direitos Humanos (PIOVESAN, 2012).

Atualmente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos conta com uma vasta gama de diplomas internacionais que contribuem ao seu propósito, possuindo como espinha dorsal os tratados de direitos humanos das Nações Unidas, que incluem a Declaração Universal de Direitos Humanos, e devem ser analisados em conjunto (TRINDADE, 1997).

INTERESSES GEOPOLÍTICOS E SUA INFLUÊNCIA SOBRE OS MECANISMOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em que pesem os esforços despendidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos em protegê-los, atualmente, os interesses geopolíticos exercem enorme influência sobre os órgãos internacionais de proteção de direitos, de maneira que se tornaram o principal dilema para a efetiva proteção internacional dos direitos humanos na atualidade.

Nesse sentido, o *Conselho de Segurança da ONU*, que possui a responsabilidade primária de manter a paz e a segurança internacionais, a partir da década de 1990 passou a ter sua atuação alterada com vistas a determinar o uso de força armada em operações de proteção de direitos humanos (CASELLA; ACCIOLY; SILVA, 2012).

O ponto seria o fortalecimento da ideia de que as violações graves e sistemáticas de direitos humanos representam ameaça à paz e segurança internacionais, de maneira a pertencer ao rol de atuação do Conselho (RAMOS, 2004). Na prática, isto tornaria o Conselho de Segurança da ONU o principal órgão de proteção de direitos humanos no mundo, já que todos os Estados-membro da ONU são obrigados a seguir suas decisões, de acordo com a Carta das Nações Unidas (ONU, [20--?]).

Entretanto, essa atuação é problemática porque a Carta da ONU não atribui ao Conselho papel ativo de proteção dos direitos humanos, senão apenas de promoção da paz e segurança mundiais (RAMOS, 2004).

O Conselho de Segurança não legisla universalmente, mas apenas possui poder para aplicar a Carta das Nações Unidas em determinadas situações. Desta forma, atribuir ao Conselho de Segurança papel para proteção dos direitos humanos seria ampliar o uso dos poderes do órgão a situações não contempladas anteriormente (CASELLA; ACCIOLY; SILVA, 2012).

Ademais, destaca-se a principal preocupação, que é a atuação do Conselho de Segurança movido por interesses geopolíticos dos países detentores de veto, que geram indiferença e imobilismo às violações de direitos humanos, tornando inviável sua proteção pelo órgão quando os violadores forem os Estados com poder de veto ou seus aliados (RAMOS, 2015).

O dilema é que o Conselho de Segurança trabalha além de suas atribuições, pelo que sua atuação acaba sendo seletiva e por critérios políticos próprios. Nesse sentido, sua prática não é consistente e depende do direcionamento dos países poderosos com poder de veto, tendo atitude reticente em utilizar seu poder vinculante para proteção dos direitos vulnerados (RAMOS, 2004).

Nesse sentido, o artigo 26 da Carta das Nações Unidas confere ao Conselho o encargo de formular os planos para o estabelecimento de um sistema de regulamentação de armamento. Contudo, dada a atual conjuntura mundial, é inegável a corrida armamentista, vez que os “cinco grandes” com poder de veto (Estados Unidos, China, Rússia, Reino Unido e França) são justamente os maiores produtores e vendedores mundiais de armamento (CASELLA; ACCIOLY; SILVA, 2012).

Ademais, não existe remédio jurídico capaz de frear os ímpetus do Conselho de Segurança contra algum Estado, de maneira que a seletividade se instaura por esse meio (RAMOS, 2015), além do órgão não se obrigar a exaurir meios pacíficos e tampouco a ter proporcionalidade em suas ações (RAMOS, 2004). Nesta senda, a intervenção humanitária já ocorreu no passado e, de maneira geral, se dava em países com práticas cruéis e com mortes massivas de pessoas, o que poderia justificá-la, contudo, o Estado interventor sempre tinha outros interesses. Além disso, a título de intervenção humanitária já foram instaurados tribunais *ad hoc*, como no caso de Ruanda e da ex-Iugoslávia, em que se instauraram para apuração e punição de violações aos direitos humanos, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (CASELLA; ACCIOLY; SILVA, 2012).

Não obstante, atualmente presenciamos o dilema humanitário vivido na Venezuela, em que devido a disputa de interesses geopolíticos dos Estados envolvidos, resta prejudicada a proteção humanitária necessária naquele país. Persiste a divisão entre os países do Conselho de Segurança (ONU, 2019) depois da divergência ocorrida entre, de um lado, Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Brasil, Peru, entre outros, que reconheceram o governo Maduro e deram-lhe *ultimatum*, apoiando o presidente autoproclamado Juan Guaidó e, de outro lado, Rússia, China, Guiné Equatorial, África do Sul, entre outros, que se opuseram ao *ultimatum* e defenderam o respeito à soberania e o direito da Venezuela de resolver seus problemas sem interferências estrangeiras, em sessão de emergência realizada pelo Conselho de Segurança (ONU, 2019).

Assim, em consequência do movimento geopolítico, duas propostas de resolução para proteção de direitos humanos naquele país fracassaram: uma para facilitar a entrada de ajuda humanitária no país, para convocação de eleições diretas com observações internacionais e o afastamento do presidente Maduro com o reconhecimento do presidente interino Juan Guaidó, e que recebeu voto negativo de Rússia e China; e outra que defendia a entrega de ajuda humanitária segundo os princípios da ONU de humanidade, neutralidade, independência e imparcialidade, além de propor diálogo pelo mecanismo de Montevideo, e que não alcançou suficientes votos para sua aprovação (ONU, 2019).

Nesta mesma linha investigativa, no que tange ao *mecanismo unilateral* de apuração dos direitos humanos, observa-se que possui inúmeros desafios à sua aplicação na proteção internacional da dignidade humana. Dentre outros problemas, o principal é que existe incerteza sobre qual Estado é legitimado a utilizar-se das medidas unilaterais, posto que, na prática, os Estados agem em nome da comunidade internacional, mas movidos por interesses próprios. Além disso, o uso de sanções econômicas e comerciais unilateralmente, tais como a proibição de exportação e importação, suspensão de auxílio econômico, e outros, em verdade apenas impõem novos sofrimentos à população do Estado violador, não atingindo os verdadeiros agentes da conduta ilícita (RAMOS, 2004), sendo, portanto, ineficazes e agravando as violações.

Semelhante é o desafio que enfrenta o *Conselho de Direitos Humanos da ONU*. O problema é que sua efetividade está atrelada aos interesses geopo-

líticos de seus membros, além do fato de possuir sua credibilidade afetada a cada nova recusa de algum Estado em aderi-lo como membro, estando à mercê destes que denigrem sua legitimidade e dificultam a *cooperação* e adesão dos demais Estados que são potências mundiais (SHORT, 2008).

A preocupação com a influência geopolítica no Conselho é tão relevante que culminou em 2006 com a substituição da antiga Comissão de Direitos Humanos pelo atual Conselho, no intento de tornar o órgão mais confiável (SHORT, 2008) e uniformizar a apreciação de direitos humanos (RAMOS, 2015). A antiga Comissão desde o início do século XXI teve seus procedimentos especiais sob intensas críticas, principalmente porque seguia uma lógica arbitrária quanto à escolha de países a intervir e a aprovação de resoluções, o que mascarava os reais interesses geopolíticos que estavam em jogo, concernente a capacidade de atuação internacional e poder econômico dos Estados (SHORT, 2008).¹⁶⁰

Atualmente, as falhas do Conselho de Direitos Humanos consistem em dois pontos principais: a incapacidade de implementar mecanismos para evitar ação política e o acesso de seus próprios membros, que são violadores de direitos humanos e; sua seletividade política em trabalhar apenas com as violações de direitos humanos em países que levam interesses geopolíticos, ademais de sua ineficácia em dar uma pronta resposta às violações devido à falta de motivação política (SHORT, 2008).

Assim também, em se tratando do *sistema convencional, quase judicial* do mecanismo coletivo da ONU, vale destacar que, semelhantemente, possui sua efetividade limitada pelo fato de que o acesso às instâncias de proteção internacional depende inteiramente da vontade do Estado em representar os indivíduos lesados perante as comissões. Consequentemente, a eficácia da proteção da dignidade humana nesse sistema resta prejudicada por deixá-lo novamente à mercê dos interesses políticos

160 De fato, a Comissão de Direitos Humanos da ONU enfrentou duras críticas dos Estados, ONGs e acadêmicos por um amplo estado de falhas em politização e pela tomada de decisões ineficazes com a falta de posicionamentos apropriados dentro da ONU. A Comissão sofreu um grave *déficit* de credibilidade que ameaçava todo seu sistema de proteção. Cf. SHORT, Katherine. **Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?** Sur – Revista de Direito Internacional de Direitos Humanos, vol. 5, n. 9, São Paulo, dez., 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000200008>. Acesso em 15 mai. 2016.

dos Estados (RAMOS, 2015) em detrimento da proteção de direitos.

Portanto, constatamos que os principais órgãos, mecanismos e sistemas de proteção de direitos humanos da ONU padecem do mal da influência geopolítica sobre sua atuação, constituindo-o em um dilema à proteção internacional da dignidade humana, vez que trata igualmente a Estados desiguais, e permite que apenas os Estados mais poderosos façam uso de suas medidas (RAMOS, 2004).

AUSÊNCIA DE FORÇA COERCITIVA DAS DECISÕES INTERNACIONAIS EM DIREITOS HUMANOS

Após o dilema gerado pela interferência dos interesses geopolíticos na proteção internacional de direitos, destaca-se a ausência de força coercitiva das decisões internacionais em matéria de Direitos Humanos como outro desafio a ser enfrentado na busca pela efetiva proteção internacional da dignidade humana.

A característica de ausência de força coercitiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em pelo menos dois eixos principais: o primeiro, no fato de que os direitos humanos constituem fontes não convencionais do Direito Internacional e, portanto, não fornecem a segurança jurídica necessária para efetivar a proteção de direitos, como é caso da Declaração Universal de Direitos Humanos, e; o segundo, que os Estados se valem do impasse interpretativo dos diplomas convencionais de direitos humanos para justificar seu descumprimento, atitude conhecida como “truque do ilusionista”, pelo qual o Estado alega cumprimento dos direitos embora os esteja descumprindo cabalmente, valendo-se de interpretação conveniente e em completo desacordo com os órgãos internacionais de direitos humanos (RAMOS, 2015).

Muito embora os textos *não convencionais* sejam reconhecidos como costume internacional e princípios gerais do Direito Internacional, recordamos que existe controvérsia sobre quais direitos constituem costumes constitucionais e princípios gerais do Direito Internacional, dado que uma parcela de países e da doutrina aceita apenas parte dos direitos humanos nessa condição. Isso torna ainda mais patente a limitação do uso de fontes não convencionais para obrigar Estados a observarem todos os direitos humanos (RAMOS, 2015).

De outra sorte, em que pese os esforços de órgãos de proteção dos direitos humanos vinculados a ONU em uniformizar a interpretação dos textos convencionais por meio dos “comentários gerais”, fomentando o abandono do truque ilusionista e a implementação coletiva das obrigações de direitos humanos (TRINDADE, 1999), lamentavelmente, ele ainda é aplicado e, para sua superação se requer o início de uma cooperação entre os tribunais internos dos Estados e os tribunais internacionais, em busca de uma *interpretação uniforme dos tratados de direitos humanos e da força vinculativa do texto convencional* (RAMOS, 2015).

Nesta mesma linha, o *mecanismo coletivo* de apuração de violações dos direitos humanos da ONU, composto pelos sistemas extraconvencionais (regulados por resoluções internacionais) e pelos convencionais (regulados por tratados internacionais), também possui dificuldades.

No que tange ao *sistema extraconvencional* de proteção, por exemplo, formado pelo atual Conselho de Direitos Humanos da ONU, padece por ser desprovido de força vinculativa, já que se fundam principalmente no dever de cooperação entre os Estados e as Nações Unidas, por constituir-se de documentos internacionais que compõem a chamada *soft law*, tal como é a Declaração Universal de Direitos Humanos, ademais de estar sujeito a interesses geopolíticos conflitivos (RAMOS, 2015). Assim, ainda que se tenham realizado algumas melhoras nos trabalhos da extinta Comissão, estabelecidas pelo atual Conselho (SHORT, 2008)¹⁶¹, ainda assim, o resultado do trabalho do Conselho consiste em emitir recomendações que carecem de força vinculante, debilitando-o para o labor de efetivar a proteção internacional da dignidade humana.

Relativamente ao *sistema convencional* de proteção dos direitos humanos, formado pelos mecanismos não contencioso, quase judicial e judicial,

161 Melhoras tais como a inclusão do Mecanismo Universal de Revisão Periódica (UPR), a adoção de critérios mais rígidos para a qualidade de membro, medidas para combater a seletividade e garantir a representação geográfica mais equitativa, além de aspectos como maior prontidão nas respostas às emergências de direitos humanos. Cf. SHORT, Katherine. **Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?** Sur – Revista de Direito Internacional de Direitos Humanos, vol. 5, n. 9, São Paulo, dez., 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000200008>. Acesso em 15 mai. 2016.

os dois primeiros também enfrentam nosso dilema da falta de força vinculante de suas recomendações e responsabilizações.

Assim, o *mecanismo não contencioso* possui relatórios periódicos como principal sistema protetivo. É débil, entretanto, por não possuir flexibilidade para proteção de direitos em caso de violações emergenciais, já que o Estado é o grande provedor informativo, além da possibilidade de se realizar recomendações contraditórias entre os vários comitês que são independentes entre si (RAMOS, 2015), bem como por suas decisões serem meras recomendações.

Da mesma forma, o *mecanismo quase judicial* é constituído por órgãos não judiciais com decisões que não chegam a ser sentenças, sendo gerido pelos mesmos comitês instituídos nas convenções internacionais. Possui caráter repressivo das violações, já que age *ex post facto*, com a verificação das violações e a busca por reparação dos danos produzidos pelos Estados (RAMOS, 2015).

Contudo, fica comprometida a efetividade deste mecanismo posto que mesmo com a possibilidade inserida pelo Pacto de Direitos Civis de 1966 para que o próprio particular possa propor petição contra o Estado por violações de direitos, ainda assim, esse mecanismo está sujeito a ratificação facultativa dos Estados, o que lhe quita a esperada efetividade ao plano concreto. Assim, mesmo que se chegue a alguma conclusão, esta será desprovida de força vinculante (RAMOS, 2015).

Portanto, destacamos que os principais órgãos, sistemas e mecanismos das Nações Unidas também padecem do desafio de serem desprovidos de força vinculativa em suas decisões, que se revela como um verdadeiro dilema a ser superado para à proteção internacional dos direitos humanos.

O ACESSO E A VINCULAÇÃO À CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Na esteira dos desafios a serem enfrentados no marco dos 70 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos, destacamos, finalmente, a atuação da Corte Internacional de Justiça. A Corte pertence ao *mecanismo judicial* do *sistema convencional* de proteção das Nações Unidas, sendo dotada de força coercitiva para obrigar os Estados à efetiva proteção das

violações à dignidade humana. Assim, atualmente exerce dois papéis principais: o de agente preventivo e; o de agente repressivo dos danos causados (RAMOS, 2015).

Nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça, que é o principal órgão judiciário da ONU (CASELLA; ACCIOLY; SILVA, 2012), é responsável pelo processamento e julgamento de todos os processos a ela submetidos pelas partes, especialmente aqueles relativos à Carta da ONU, no que tange à aferição de violações de direitos humanos. Contudo, a Corte tem tido uma baixa efetividade em seu labor, dado a pelo menos dois limitadores principais: a legitimidade ativa e passiva na Corte, e; seu caráter facultativo (RAMOS, 2015).

Ao prever que apenas os Estados podem ser partes em casos perante a Corte (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, [19--?], art. 34.1), restringindo brutalmente sua legitimidade ativa e passiva, nasce um dilema a ser enfrentado para a efetiva proteção internacional de direitos, justamente porque os indivíduos que foram vítimas de violações e são, portanto, os maiores interessados na atuação da Corte, não possuem acesso direto à ela, nem sequer via organismos internacionais independentes, o que enfraquece a proteção de direitos (RAMOS, 2015).

No mesmo sentido, o Estatuto da Corte Internacional estabelece que a sua jurisdição depende necessariamente de aceitação pelos Estados em sujeitar-se a ela, estipulando, ademais, os limites de aceitação de sua atuação bem como as exclusões de áreas não reconhecidas sob sua competência (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, [19--?], art. 36.2), o que na prática fragiliza a proteção internacional de direitos, pois os Estados violadores podem não ser sujeitos à jurisdição da Corte (CASELLA; ACCIOLY; SILVA, 2012).

Portanto, consignamos que o principal órgão judicial das Nações Unidas, que possui força vinculante, enfrenta desafios próprios: a dificuldade de acesso e, portanto, de provocação do órgão, além da vinculação facultativa às suas decisões. Assim, é imprescindível a ampliação do acesso a organismos internacionais de direitos humanos independentes e da própria vítima à apuração de violações para evitar o risco de o Estado sacrificar direitos dos indivíduos por interesses geopolíticos próprios, além de acelerar o processo de proteção (RAMOS, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dada a atual conjuntura de violação de direitos humanos no mundo, urge a necessidade de se estabelecer um mecanismo global que seja capaz de dar respostas efetivas a essa questão no campo fático. O Direito Internacional dos Direitos Humanos se apresenta, então, como resposta a essa indagação.

Composto e fortemente influenciado pela Declaração Universal de Direitos Humanos, que exerce um papel extremamente relevante de identificação dos direitos humanos e de traçar uma ordem pública global com base no respeito à dignidade humana, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, contudo, tem enfrentado dilemas próprios na realização de seu labor.

Nesse sentido, constatamos que os principais órgãos, mecanismos e sistemas de proteção de direitos humanos das Nações Unidas, que compõem o sistema global, padecem do mal da influência geopolítica sobre sua atuação, do desafio de serem desprovidos de força vinculativa em suas decisões e, por último, o principal órgão judicial das Nações Unidas, que possui força vinculante, enfrenta desafios próprios: a dificuldade de provocação de ação do órgão, além da vinculação facultativa de suas decisões.

Desta forma, buscamos demonstrar ao longo do presente trabalho como estas adversidades constituem verdadeiros dilemas à proteção internacional da dignidade humana, e que necessitam ser superados para uma efetiva proteção global. De ser assim, no marco dos 70 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos, documento de suma importância para a proteção internacional da dignidade humana, o Direito Internacional dos Direitos Humanos enfrenta dilemas na realização de seus objetivos, que se situam em três eixos interligados: a forte influência dos interesses geopolíticos nas decisões e atuações dos órgãos de proteção internacional da ONU, a falta de poder coercitivo destes mesmos órgãos internacionais e, finalmente, a dificuldade de acesso e vinculação facultativa às decisões da Corte Internacional de Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Dilemas e desafios da proteção internacional de direitos humanos no limiar do século XXI**. Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 40, n. 1, Brasília, jan. a jun., 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291997000100007>. Acesso em 12 mai. 2016.
- _____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. vol. II, 1ª ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 440.
- CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 20ª ed., São Paulo. Saraiva, 2012, p. 476. Disponível em:<<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Manual%20de%20Direito%20Internacional%20Publico%20-%20Hildebrando%20Accioly%20e%20outros.pdf>>. Acesso em 18 mai. 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 598.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatuto da corte**. [19--?]. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- JÚNIOR, Arthur Bezerra de; BERTONCELLO, Fernando R. M.; SANTOS, Isabelle Dias Carneiro. “Os trinta anos da constituição de 1988: reflexões acerca dos refugiados venezuelanos no Brasil”. In: FILPO, Klever; MIRANDA, Maria Geralda; SILVA, Rogerio Borba da; PEREIRA, Thiago Rodrigues, (orgs.). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. Rio de Janeiro: Ágora21. 2019. pp. 51-58.
- LUCAS, Doglas Cesar. **O problema da universalidade dos direitos humanos e o relativismo de sua efetivação histórica**. Novos Estudos Políticos, vol. 14, n. 3, 3 quadrimestre, 2009, pp. 123-149.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações**

Unidas. 1945. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/index.html>>. Acesso em 15 abr. 2016.

_____. **Declaração Universal de Direitos Humanos.** 1945. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>>. Acesso em 16 abr. 2016.

_____. **División en el Consejo de Seguridad con respecto a Venezuela.** 2019. Disponível em: <<https://news.un.org/es/story/2019/01/1450062>>. Acesso em 15 de mar. de 2019.

_____. **History of the United Nations.** [20--?] Disponível em: <<http://www.un.org/en/sections/history/history-united-nations/index.html>>. Acesso em 15 abr. 2016.

_____. **Iêmen: 2 milhões de crianças estão gravemente desnutridas.** 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/iemen-2-milhoes-de-criancas-estao-gravemente-desnutridas/>>. Acesso em 14 de mar. de 2019.

_____. **International Covenant on Civil and Political Rights.** 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2016.

_____. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.** 1966. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2016.

_____. **Persisten las divisiones sobre Venezuela en el Consejo de Seguridad de la ONU.** 2019. Disponível em: <<https://news.un.org/es/story/2019/02/1451902>>. Acesso em 15 de mar. de 2019.

_____. **Protect Human Rights.** [20--?]. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sections/what-we-do/protect-human-rights/index.html>>. Acesso em 29 abr. 2016.

_____. **Security council.** [20--?]. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sc/>>. Acesso em 20 mai. 2016.

_____. **Venezuela: Dos propuestas de resolución fracasan en el Consejo de Seguridad.** 2019. Disponível em: <<https://news.un.org/es/story/2019/02/1452042>>. Acesso em 15 de mar. de 2019.

PINTO, Paulo A. Pereira. **China e sudeste asiático: diferenças e semelhanças de percepção quanto a questões atuais.** Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 40, n. 2, Brasília, jul./dez. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291997000200007. Acesso em 23 de mar. de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13^a ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 693.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 2^a ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 696.

_____. **Processo internacional de direitos humanos.** 4^a ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 447.

_____. **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, p. 452.

RODER, Henrique; SOPRANI, Carolina; JOMAA, Hajar; SCOMPARRIM, João Victor; OLIVEIRA, Luisa; GARCIA, Poliana. **Conflito no Iêmen, o caso Huti.** Série Conflitos Internacionais, vol. 3, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://www.marilia.unesp.br/Home/Extensao/observatoriodeconflitosinternacionais/conflito-no-iemen-o-caso-huti.pdf>>. Acesso em 14 de mar. de 2019.

SHORT, Katherine. **Da comissão ao conselho: a organização das nações unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?** Sur – Revista de Direito Internacional de Direitos Humanos, vol. 5, n. 9, São Paulo, dez., 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000200008>. Acesso em 15 mai. 2016.

TAIAR, Rogerio. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face a efetivação da proteção internacional dos direitos humanos.** 2009. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ENTRE A FUNDAMENTALIDADE DO PRECEITO E A (IN)SEGURANÇA FACE AO (DES)ACESSO

*Angelica Denise Klein*¹⁶²

INTRODUÇÃO

O presente artigo¹⁶³ pretende discorrer sobre o acesso à Justiça, tendo como problemática: é garantido o acesso à Justiça de forma integral? O tema central é examinar o acesso à Justiça a partir do contexto histórico, transpassando os contornos da (in)segurança do (des)acesso suscetíveis a fundamentalidade que reveste o preceito constitucional, sob o objetivo de permear as bases teóricas, sob a justificativa de avaliar a acessibilidade enquanto direito fundamental, norteador dos demais direitos e políticas públicas, utilizando-se como método de pesquisa a revisão bibliográfica e análises das bases legais e constitucionais do Brasil, tendo como referencial

162 Doutoranda em Diversidade Cultural e Inclusão Social pela Universidade Feevale (Novo Hamburgo/RS). Bolsista PROSUP/CAPES I. Mestra em Direito. Advogada. E-mail: angelica.dk@hotmail.com.

163 Este artigo foi extraído da Dissertação escrita e defendida em março de 2017 pela autora, sob a orientação da Dra. Fabiana Marion Spengler, perante a Banca de Defesa da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). A versão integral encontra-se disponível no repositório da UNISC < <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1615/1/Angelica%20Denise%20Klein.pdf> >.

o acesso à Justiça e como marco teórico os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Estruturalmente, o artigo tratará dos conceitos terminológicos e apontará, brevemente, a diferença entre acesso à Justiça e acesso a Jurisdição. Em seguida, a discussão encadeada verificará o acesso à Justiça como direito fundamental, tendo com norte a análise da suscetibilidade dos sujeitos devido a (in)segurança e o (des)acesso da Justiça face a fundamentabilidade que reveste o preceito constitucional.

ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça é reconhecido como um direito humano fundamental imprescindível para o ser humano e ao ordenamento jurídico (AGRA, 2009, p.127). Trata-se de um pilar essencial para o exercício da cidadania, cogente para possibilitar a materialização dos demais direitos fundamentais (ANNONI, 2002, p. 35).

Diante de um cenário político e econômico instável, e suscetível à crítica nacional e internacional¹⁶⁴, o acesso à Justiça denota uma saída necessária e, por vezes, imperativa. Porém, como os sistemas jurídicos¹⁶⁵ não estão isentos de análises, torna-se plausível a reflexão, a partir do olhar da

164 O cenário de instabilidade e crise que acomete o Estado. Porém, apesar do contexto negativo que incide, Fábio Comparato acentua que “o vocábulo crise tem sido tão desgastado pelo uso e o abuso, que tende hoje a se confundir com a própria banalidade estatística. Qualquer acidente de percurso ou quebra de regularidade qualifica-se como crise. Um retorno às origens semânticas impõe-se, portanto, para dissipar equívocos”, e ainda registra em sua obra que o termo advém de “Krisis, no grego clássico, é o substantivo ligado ao verbo krinô, cujas três acepções principais são: 1) separar, escolher, com- parar; 2) julgar, decidir, condenar; 3) estimar, crer. Em ligação com o segundo significado, temos kritês, juiz, e kritêrion, aquilo em função do qual se julga” (COMPARATO, 2013, p. 353). O dicionário de política define o termo “crise” como: chama-se ‘crise’ a um momento de ruptura no funcionamento de um sistema, a uma mudança qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, a uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 305).

165 Para Oliveira, o procedimento dialético não é reduzido à esfera judicial, é do sistema jurídico. Assim, na lógica da especialização das funções próprias da teoria da separação de poderes, ao Poder Judiciário ficou reservada a tarefa de assegurar o acesso à ordem jurídica justa. (OLIVEIRA, 2015).

bibliografia, visando possíveis formas de delinear mecanismos, a fim de garantir os meios para alcançar a justiça de forma integral.

O acesso à Justiça contemporâneo propõe formas, elementos e conceitos incorporados ainda na antiguidade. Para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (1999) o acesso à Justiça retroage às primitivas linhas demarcadas no Código de Hamurabi, no qual se concentram as “primeiras garantias que regulamentavam e impediam a opressão do fraco pelo forte, incentivando-o a procurar a instância judicial quando se sentia oprimido” (CARNEIRO, 1999, p. 4).

O acesso à Justiça não se identifica com a mera admissão do processo, uma vez que, para que haja o efetivo acesso à Justiça, torna-se imprescindível a obediência aos preceitos constitucionais (MARINONI, 2015). Para Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 372) o acesso à Justiça pressupõe a “síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial”.

Entretanto, carece considerar o termo “acesso à Justiça” sob o prisma social e filosófico, além do direito. Resgatar conceitos e analisá-los emerge da apreciação dos sentidos das palavras. Para François Ost (2007) as palavras advindas da literatura podem dimensionar um olhar mais sensível face à aplicação da lei, empregadas de “forma geral e abstrata”, utilizando-se assim, de figuras metafóricas para aguçar o imaginário do interlocutor.

O imaginário das expressões, dos sentidos e das emoções cogita e impõe uma reflexão face à terminologia, cominando, ainda que de maneira branda, que o “homem é destinatário” (CICHOCKI NETO, 1998, p. 64), devendo ser garantido (pela sociedade) o acesso à Justiça com uma dupla extensão: estabelecimento de um direito fundamental do homem e uma segurança à realização efetiva dos demais direitos. Dentro deste compasso, atribui que na ambivalência do direito ou da garantia, “o fim último será sempre o de realização da justiça e, por isso, ambos são informados pelo princípio da igualdade” (CICHOCKI NETO, 1998, p. 65).

A Constituição da República Federativa do Brasil não previu de forma literal a terminologia “acesso à Justiça”, porquanto o inciso XXXV diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A construção dialética acerca da proteção jurisdicional do indivíduo frente ao Poder Judiciário, estabelecendo a apreciação das lesões

ou ameaça ao direito, compreende o dimensionamento de garantias fundantes que possibilitam a instrumentalização para o exercício da cidadania plena. Cichocki Neto (1998, p. 31) diverge do exercício pleno, sopesando que “a sociedade moderna adquiriu consciência da insuficiência de um estado de direito meramente formal” e, fundamenta que as garantias individuais não proporcionam “instrumentos eficientes e adequados a suas realizações concretas”.

Na mesma esteira, Miguel Reale (1987, p. 40) propõe o estabelecimento de um “relacionamento equilibrado e dinâmico entre o Poder Público e a sociedade”, consagrando-se, assim, o fortalecimento, a partir “das finalidades dos indivíduos, dos grupos naturais e da coletividade em seu conjunto” (REALE, 1987, p. 40).

A preocupação em enfrentar a dificuldade que permeia o acesso à Justiça é remota, nutrindo a necessidade de resolver questões pontuais, como a prestação de assistência jurídica integral aos hipossuficientes de recursos financeiros e, em igual medida, apreciação com os processos morosos. Tais pontos perpassaram pelo tempo, sensibilizando a indignação de enfrentamento pelas políticas públicas. Através de ações e programas voltados à concretização dos direitos individuais e coletivos que o Estado poderá fomentar medidas implementadoras, tendendo à justiça social, sobretudo, considerando que “o ideal de justiça é valorizado por quem procura o Poder Judiciário para resolver um problema e encontra a aplicação do direito com segurança e respeito” (TORRES, 2005, p. 21).

O marco teórico sobre o acesso à Justiça, assinalado por renomados autores da atualidade, aponta à obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), os quais propuseram o Projeto Florença, que previa um sistema estatal de resolução de controvérsias acessível a todos, direcionando, mais pontualmente, ao âmbito do judiciário e a produção de resultados considerados como “justos”, relacionada à efetividade.

Os entraves enfrentados no projeto referiram-se ao econômico, ao organizador e ao processual. Igualmente, transcorreu uma análise, sopesando os registros a partir da evolução do conceito teórico de “acesso à Justiça”, passando pelo significado, pelas soluções práticas, para, enfim, registrar as limitações e os riscos relativos à efetiva implementação estatal. Alertaram, contudo, acerca da extrema dificuldade para identificar a expressão “acesso à Justiça”, a qual “serve para determinar duas finalidades

básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Assim, definiram, de forma substancial, que “o acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental- o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11). Sob outro viés, numa visão pragmática, Cichocki Neto (1998) pondera as questões de acesso à Justiça a partir de três prismas - político, social e jurídico, destacando que:

Sob o prisma político, as questões, relacionadas ao acesso à Justiça, polarizaram-se nos entes que participam do processo e nas relações entre ambos: de um lado, o indivíduo atende dos serviços judiciários; e, de outro, o Estado, prestador da atividade jurisdicional. No patamar social, o acesso aos órgãos de jurisdição, a par de produzir limitações dos níveis de litigiosidade, no seio da comunidade, opera, essencialmente, como elemento de pacificação. E, finalmente, em sede jurídica, as normas de Direito dão-lhe a conformação necessária para a realização plena e eficaz dos direitos individuais e coletivos (CICHOCKI NETO, 1998, p. 17).

A compreensão revisitada de “acesso à Justiça” para Oliveira (2015, p. 32) ultrapassa os limites do Judiciário, devendo também ser estruturado pela sociedade civil, pelas empresas, pelos indivíduos e assim, considerar o Judiciário como “órgão presente e atuante, ao lado das demais vias de promoção do justo, não mais como um órgão único, ou primeiro, mas ainda como um órgão último da proteção dos princípios fundamentais”.

Acesso à Justiça como direito fundamental

De origem no latim “*accēssus*” o termo significa ingressar, caminhar, ato de chegar ou se aproximar, denotando uma ação, enfim, um agir (DICIONÁRIO ESCOLAR LATINO-PORTUGUÊS, p. 19). Transportando-se do mundo literário para uma concepção dogmática, a expressão alcança uma análise maior, evoluindo para a possibilidade de dar garantia a uma ação ou mesmo assegurar, a fim de permitir alcançá-la (CONTIJO, 2015).

O acesso à Justiça não é um direito alicerçado exclusivamente na Constituição Federal em vigência, porquanto se verifica registros nas

constituições brasileiras anteriores, a exemplo da Constituição de 1946, momento em que o texto constitucional incluiu o dispositivo prevendo que: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (BRASIL, 1946). Em igual medida, no mesmo ano, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, no seu artigo 10, dispôs que: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial”¹⁶⁶ (DUDH, 1948). Desta forma, Tavares (2010, p. 723) pontua que “não há dúvidas que o acesso à Justiça é um direito fundamental presente em diversos textos supralegais”. Neste sentido, Watanabe (1988) doutrinou, dentro de um ideário de ordem justa, no mesmo ano da promulgação da Constituição Federal (BRASIL, 1988), elencando-se um rol de possibilidades que agregariam aos indivíduos a oportunidade do acesso à Justiça de forma justa, recordando-se que, em tal época, a igualdade entre os sexos começava a dar os primeiros passos, assim como a liberdade e demais direitos fundamentais:

O Direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, o direito do acesso à ordem jurídica justa; são dados elementadores desse direito: 1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; 2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; 3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; 4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à justiça com tais características (WATANABE, 1988, p. 135).

De outra ordem, Abrão (2015) fundamenta que o acesso à Justiça assemelha-se, de modo simbólico, a uma grande porta, a qual visa assegurar

166 Também há previsão no Artigo 6º, I, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma em 04 de novembro de 1950, dispondo que: “toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

a entrada e a saída¹⁶⁷, de forma satisfatória e justa, ponderando, contudo, que não é suficiente “existirem inúmeras portas conduzindo à entrada, para acesso ao poder Judiciário, amplas e largas, se há apenas uma única saída, depois de um extenso labirinto” (ABRÃO, 2015, p. 4).

A importância do acesso à Justiça como uma garantia fundamental é delineada por Canotilho e Moreira (2007) como uma “garantia imprescindível da *proteção*¹⁶⁸ (sic) dos direitos fundamentais”, sendo “indispensável para a efetivação de outros direitos fundamentais” (GALDINO, 2007, p. 61-62). Os direitos fundamentais são aqueles que correspondem à manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana (GIMENEZ, 2016).

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 classificou os direitos fundamentais em: direitos individuais (artigo 5º-direitos fundamentais do homem como cidadão), direitos à nacionalidade (artigo 12), direitos políticos (artigos 14 ao 17), direitos sociais (artigos 6º e 193), direitos coletivos (artigo 5º-direitos fundamentais do homem em uma coletividade), direitos solidários (artigos 3º e 225- direitos fundamentais do gênero humano). (SILVA, 2014)

A preocupação temerária permeada por Daniela Olímpio de Oliveira (2015), por outro curso, apresenta-se sob um viés tangenciado ao direito material, como forma de antever que o acesso à Justiça seja assegurado, a fim de prestar a realização na ordem constitucional e infraconstitucional, a “partir de uma relação entre técnica e efetividade dos meios” (OLIVEIRA, 2015, p. 23-24).

O acesso à Justiça é compreendido como um princípio¹⁶⁹, conforme leciona Ávila (2009, p. 78), porquanto pode ser reconhecido como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade”. Apesar da importância,

167 Tal assertiva não se assemelha com a distinção entre *inputs* e *outputs* assinalada por José Carlos de Araújo Almeida Filho, o qual sustenta que a teoria do direito como sistema autopoietico, intimamente interligada a ideia de Luhmann, fundamenta que o “Direito gera-se por si, através de um sistema social e a normatização será consequência desta autorreferencialidade” (ALMEIDA FILHO, 2015, p. 45).

168 Tradução livre: proteção

169 Também denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio da proteção judiciária ou princípio do direito de ação.

não se trata de um direito constitucional absoluto, em que pese estar elencado como um direito fundamental, conforme entendimento do Ministro Celso de Mello, no julgamento do Mandado nº 23.452,

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas- e considerado o substrato ético que as informa- permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros¹⁷⁰ (STF, 2000, p. 89).

A garantia como direito fundamental também perpassa pelos valores, pela ordem do justo ou injusto, e neste sentido Maria Lúcia Amaral (2005) assinala que, o “conceito de justo andou sempre associado ao conceito de igual, ou mais especificamente, de tratamento igual de todas as pessoas nas suas relações recíprocas” (AMARAL, 2005, p. 170). E, sob tal norte, Oliveira (2015, p. 29) analisa que o acesso à Justiça “ora é tratado pela ótica da acessibilidade ao órgão judicial, ora a publicação é vista pelo seu resultado, sua justiça”, de sorte que reflete no direito social como meio de garantir a justiça, com igualdade, dignidade humana e moral.

Dos movimentos alinhavados no Projeto Florença, idealizado por Cappelletti e Garth (1988), tem-se que, para a questão central que move a presente discussão, o quarto movimento incide com maior propriedade, porquanto dirime a necessidade de cautela com a preocupação tendente às prestações do Estado e interesses da sociedade. Dentro deste viés, também se considera a fundamentalidade do direito de acesso (CONTIJO, 2015) como um dos pilares (TAVARES, 2010) essencial para garantia alicerçada como direito fundamental, entretanto, não exclusivo, conforme doutrina

170 MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/00.

Morais (2005a, p. 73), equalizando a preocupação entre o Estado e as carências estruturais:

Não podemos esquecer que o problema acerca do acesso à Justiça não envolve apenas a (re)introdução em pauta de tal debate, senão que implica o reconhecimento das deficiências infra-estruturais do Estado- em particular de sua função jurisdicional-, além do inafastável comprometimento da formação dos operadores do Direito, bem como dos problemas impostos pela incorporação de novos interesses protegidos pelo Direito, além de impor um compromisso com uma certa tradição própria da modernidade ocidental, à qual se liga o modelo de justiça pública própria do Estado Moderno, democrático e de Direito (MORAIS, 2005a, p. 73).

Nesta seara, Barbosa (1998, p. 37) leciona que “o problema do acesso à Justiça passa a ser uma questão não de ordem jurídica somente, mas de ordem social e cultural”, análise que também é compartilhada por Oliveira (2015, p. 36), a qual acentua que o “momento atual indica que os movimentos renovatórios do acesso à Justiça tendem a tornar-se mais efetivos, afinal o processo está recebendo mais cuidados por parte do Estado”.

No Brasil a desigualdade social, a pobreza extrema e a violência (GALLIEZ, 2010) são fatores que provocam perturbação e, por conseguinte, desafios ao Estado e a sociedade. Dentro deste panorama é que a Constituição da República Federativa do Brasil busca a “redemocratização brasileira” (SANTOS, 2014), a qual perpassa pela necessidade de garantir o acesso à Justiça, assegurando os direitos sociais, políticos, econômicos, culturais, e fomentando as políticas sociais, que acabam sendo deficitárias, ensejando-se, assim, a indignância do acesso ao Poder Judiciário.

Para Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 13), o protagonismo dos tribunais é uma preocupação temerária decorrente de uma “mudança política”, assinalado em razão de dois fatores: a necessidade no cumprimento dos contratos privados, primando por uma estabilidade nas regras do mercado, protegendo-se o consumidor e, por outro viés, devido à “precarização dos direitos econômicos (*sic*) e sociais passa a ser um motivo de procura do Judiciário” (SANTOS, 2014, p. 23). Para exemplificar, registra-se a questão da saúde pública e da assistência farmacêutica, as quais, não obstante constarem, taxativamente, como direito constitucional, encontram entraves na dispensação, de forma administrativa.

No domínio das políticas de saúde é o recurso aos tribunais para garantir o acesso a medicamentos e tratamentos médicos. Nos noticiários jurídicos brasileiros abunda a publicitação de casos de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm o acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, a quem primordialmente compete a efectivação (sic) das prestações sociais (SANTOS, 2014, p. 24).

As prestações sociais, como é o caso da saúde pública, na sua essência, demandam do critério da urgência, motivo pelo qual encontram no Poder Judiciário resposta “imediate” a sua questão ou nas palavras de Santos (2014, p. 31) “um serviço equitativo, ágil e transparente”. No entanto, tendo em vista que as prestações sociais devem ser fundamentalmente efectivadas pelo sistema da administração pública em detrimento ao sistema judicial. Assim, tal encargo não é uma tarefa fácil, vez que suscita da necessidade de reformulação “do contencioso administrativo” (SANTOS, 2014, p. 25), exigindo-se “maior consolidação da consciência social dos direitos”, por parte da sociedade, mas essencialmente, da administração pública.

A preocupação na reforma do sistema da administração pública e no protagonismo dos tribunais alicerçou o estudo de Santos (2014) em promover comparações entre o cenário brasileiro e o português e, não obstante, as diferenças económicas e territoriais, mostraram-se semelhantes quanto à notoriedade da problemática impulsionada pela efectivação das prestações sociais. Tal apreensão não pode ser delineada pela ideia específica de consagração de “um sistema de justiça célere” (SANTOS, 2014, p. 34), mas, especialmente, por um sistema justo, impulsionada por uma revolução democrática da justiça.

É essencial termos a noção da exigência que está pela frente. Para satisfazer a procura suprimida são necessárias profundas transformações do sistema judiciário. Não basta mudar o direito substantivo e o direito processual, são necessárias muitas outras mudanças. Está em causa a criação de uma outra cultura jurídica e judiciária. Outras faculdades de direito. Uma outra formação de magistrados. A exigência é enorme e requer, por isso, uma vontade política muito forte. Não faz sentido assacar a culpa toda ao sistema judiciário no caso de as reformas ficarem aquém desta exigência. Em grande medida, o sentido e o resultado das reformas vai depender de uma certa estrutura de oportunidades (SANTOS, 2014, p. 39).

Para Paulo Galliez (2010, p. 115) a preocupação, no tocante ao que denomina “justiça do asfalto”, é alimentada pela violência desencadeada pela exclusão social, encontrando apoio no tráfico de drogas e nos “Chefões”, porquanto, há “inegável ruptura com o Estado, permanecendo os moradores alijados de qualquer perspectiva futura, já que esse controle é mantido pelo poder das armas e pelo medo”. Esta população não consegue acessar a justiça, tampouco os direitos sociais, sendo deficitários da prática da cidadania e do exercício dos direitos.

O direito fundamental de acesso à Justiça pressupõe questões que perpassam, inegavelmente, pelos direitos sociais, políticos, econômicos, individuais e coletivos, influenciando, de forma significativa, na individualidade e na coletividade de cada sujeito, seja ao reivindicar por um direito face ao Poder Judiciário, seja ao pleitear por um medicamento junto ao sistema de saúde. Dentro deste contexto, é oportuno sublinhar a análise de Amartya Sen (2011) que avalia que “o tema da justiça não diz respeito apenas à tentativa de alcançar- ou sonhar com a realização de- uma sociedade perfeitamente justa ou arranjos sociais justos, mas à prevenção de injustiças manifestadamente graves” (SEN, 2011, p. 51).

A busca por um acesso à Justiça que atenda aos anseios da sociedade demanda uma mudança no formato do cenário, sinalizando-se pela necessidade de acolher a possibilidade de uma redemocratização indicada por Santos (2014) como forma de ultrapassar as barreiras de acesso (CAPPELLETTI; GARTH, 1988), as quais perpassariam também pela prestação de assistência jurídica integral, além de outros elementos, que possibilitassem o pleno exercício dos direitos.

CONCLUSÕES

O presente artigo discorreu sobre o acesso à Justiça, tendo como problema norteador a pergunta se é garantido o acesso à Justiça de forma integral? O tema central era o exame do acesso à Justiça a partir do contexto histórico, permeando os contornos da (in)segurança do (des)acesso suscetíveis a fundamentalidade que reveste o preceito constitucional. A metodologia empregou o método de pesquisa a revisão bibliográfica, tendo como referencial o acesso à Justiça e como marco teórico os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*. Juizados especiais e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. 1. ed. 5. tiragem. Curitiba: Juruá, 1998.
- CONTIJO, Danielly Cristina Araújo. *O direito fundamental de acesso à Justiça, em especial, as ações previdenciárias sem prévio requerimento administrativo no contexto brasileiro*. São Paulo: LTr, 2015.
- DUDH. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948*. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm >. Acesso em: 14 ago. 2018.
- GALDINO, Flávio. *A evolução das ideias de acesso à Justiça*. p. 65- 66, In: *Revista autônoma de processo*. Curitiba: Juruá, n. 3, abr./jun. 2007.
- GALLIEZ, Paulo. *Princípios institucionais da defensoria pública*. 4. ed. revista, ampliada e adaptada à LC 132/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *O papel do terceiro mediador na política pública brasileira de tratamento de conflitos- Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça brasileiro- à luz da experiência do modelo do tribunal de múltiplas portas do distrito de Colúmbia, Estados Unidos da América*. Tese doutoramento. UNISC: Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: < <http://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1105/1/Charlise%20Paula%20Colet%20Gimenez%20TESE.pdf> > Acesso em: 14 ago.2018.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Desjudicialização, acesso à Justiça e teoria geral do processo*. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2015.
- OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradutor Paulo Neves. Editora UNISINOS: São Leopoldo, 2007.

REALE, Miguel. *Liberdade e democracia*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TAVARES, Rosilene Horta. Analfabetismo funcional versus aprendizagem qualificada: a importância da autonomia intelectual. In: *14 Congresso Anual da Associação Brasileira de Educação à Distância*, 2008. Santos. Disponível em: <<http://www.abed.org.br/congresso2008/apr/TC041.ppt>> Acesso em: 17 ago. 2018. a

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à Justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e Processo*, São Paulo, 1988. p. 128-131.

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL: UMA NOVA MODALIDADE DE VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

Artenira da Silva e Silva

Alda Fernanda Sodré Bayma Silva

Werdeson Mário Cavalcante Olímpio

1 INTRODUÇÃO: REFLEXÕES INICIAIS ACERCA DOS CONCEITOS DE PATRIARCADO E VIOLÊNCIA

A cultura patriarcal legitima a crença em relação à superioridade do homem comparativamente à posição social, política e cultural da mulher, mantendo-a em uma posição de inferioridade de poder. Ocorre que a referida crença pode ser identificada também em situações encobertas ou dita invisibilizadas, o que não quer dizer que estas formas de violência tenham menos poder de dano ou de consequência. Ao contrário: a forma institucionalizada de minimizar a importância da violência contra a mulher serve para garantir a sujeição cultural e social de meninas e mulheres, especialmente quando reafirmadas pelo Poder Judiciário. Esta lógica de invisibilizar as humilhações e tentativas de controle diárias às quais estão sujeitadas metade da população brasileira serve bem à lógica patriarcal, tolhendo a liberdade de ação e de pensamento de meninas e mulheres e em último caso impossibilitando que se puna, previna e erradique a violência contra mulheres no Brasil.

A violência de gênero ou violência machista pode ser identificada como uma coação de ordem física, sexual ou psicológica sobre meninas e

mulheres com o intuito de sujeitá-las por imposição. Merece destaque a forma de violência da qual se ocupa o presente artigo, que frequentemente segue minimizada ou até invisibilizada: a institucional.

Apenas nas décadas finais do século XX é que o feminismo tenta explicar a desigualdade existente entre os dois sexos a partir da ideia de patriarcado enquanto sistema de poder pautado na produtividade e na família. Desde meados do século XVII o pai seria o cabeça da família, cabendo-lhe exercer todo o poder econômico, legal e social sobre os demais membros da unidade doméstica. Eis, portanto, as raízes de objetificação de crianças e mulheres no seio dos seus núcleos sociais originários. Crianças e mulheres constituem-se, frequentemente, em propriedades, objetos de pertencimento de homens adultos, muito mais que em sujeitos de direitos.

Por outro lado, Morace (1993) identifica a sedimentação do patriarcado com o surgimento de uma cadeia de coerções embasadas no uso da força e à presença de agentes predominantemente masculinos para exercitá-la, a saber, o exército, os sacerdotes e os juízes. Repousariam aqui as raízes da institucionalização do patriarcado. Impõe-se assim, sobre meninas e mulheres, uma cultura institucionalizada de coerção, violência e controle. Esta é a herança sociocultural de todos, homens e mulheres, e está introjetada e sedimentada em cada um, inclusive nos que operam o Sistema de Justiça.

Neste ponto pode-se perceber o primeiro dificultador para que a Lei Maria da Penha saia do papel e seja projetada em efetividade social no que diz respeito a diminuir o número de brasileiras mortas e vítimas dos mais diversos tipos de violações de seus direitos mensalmente. Não é possível dar efetividade à Lei se os representantes do Estado, homens e mulheres, que estão a operá-la, devendo estar contribuindo para uma mudança de paradigmas sociais, possam impune e incontestavelmente, em outro giro, estar contribuindo, com suas atuações, para sedimentar a cultura machista e patriarcal que oprime, violenta e exclui do universo de direitos metade da população do planeta, mesmo que não estejam absolutamente conscientes do exercício desta prática.

Merece destaque ainda que os estudos sobre o patriarcado centram sua atenção em como o direito dos homens estrutura seu poder sobre o corpo das mulheres, subordinando-as e considerando a sexualidade feminina como um dos focos do patriarcado. Observe-se que aqui repousam as raízes

do uso da sexualidade nos processos de violência de gênero para relativizar os direitos das mulheres, retirando o foco das denúncias postas em apreciação pelo Sistema de Justiça. Além de vítimas de violência sexual potencial, as mulheres, no curso de processos, possuem suas vidas sexuais descortinadas e usadas contra elas, sob franca manipulação dos sentimentos de culpa e menos valia que acompanham estes contextos acusatórios. Questiona-se quantos parceiros sexuais a mulher teve ou tem, como se veste, como fala, em que tom fala, como se comporta, se traiu ou não seu companheiro. Ou seja, para se defender em uma lide processual o agressor e até os operadores do direito transformam a vítima em ré validando a referida distorção e dando a este comportamento status oficialmente valorativo, inclusive em forma explícita de petições, pareceres ou decisões judiciais.

A categoria patriarcado se apresenta assim como “algo a histórico, eterno, invisible e inmutable” (LERNER, 1990:67).

Como ser social a mulher e o homem se constituem e se estruturam em suas relações interpessoais inseridas em uma cultura, em uma coletividade. Assim, as relações travadas com os grupos sociais de referência são gradativamente internalizadas. O patriarcado permeia todo o processo de socialização dos indivíduos, influenciando suas percepções, ideias, sentimentos, atitudes e comportamentos.

As memórias coletivas conscientes e inconscientes estão impregnadas pelo patriarcado e possuem inúmeras matrizes discriminatórias em relação a este outro desigual, incompleto e menor que é ser mulher. Assim, os padrões sexistas rígidos vão sendo introjetados e sedimentados reafirmando a desigualdade de liberdade entre homens e mulheres.

Neste contexto refletir sobre a violência de gênero implica em se dar conta de como o conceito de patriarcado é constitutivo da história da humanidade, da identidade cultural e da identidade individual de cada um. Enraizado intensamente este conceito influi no modo através do qual a violência machista é significada. Observe-se que a violência de gênero pode ser percebida, não como um problema conjuntural, mas como um problema estrutural de máxima relevância.

Nestes processos de socialização e confirmação de identidade as interrelações são firmadas, impregnadas de sentido, sujeitas a intenções originadas nas necessidades, interesses e desejos de quem detém o poder. O sistema patriarcal está calcado nas tecnologias de poder definidas por

Michel Foucault (2005a; 2005b y 2005c; 2010), empurrando o sujeito social a uma sujeição biopolítica, perfeitamente harmônica aos interesses da dominação masculina, através de uma biopolítica (Foucault, op cit), de uma tecnopolítica, de uma infopolítica (LASH, 2005) e de uma psicopolítica (BYUNG-CHUL, 2014). Todas contribuem para a sedimentação do processo de socialização da mulher como “othering”, como a outra, como a incompleta e como a desigual.

É nesta socialização patriarcal que são sedimentadas as bases para que se exerça dentro das instituições e fora delas o que há de mais cruel em termos de violência contra a mulher, a violência latente ou invisibilizada, que por não ser manifesta segue silenciosa, reafirmando os estereótipos de gênero, gerando culpa e dor, dificultando inclusive com que as vítimas possam prontamente identificar a violência à qual estão sendo submetidas, mesmo dentro de um sistema que deveria protegê-la: o Sistema de Justiça . Ou seja, mesmo quando o que está em pauta é a garantia de seus direitos fundamentais, meninas e mulheres continuamente são lançadas diante de sentimentos de humilhação e da revitimização institucional em função de sua condição de gênero, explicitamente reafirmada na hipossuficiência técnica dos representantes do Estado, aceita e até defendida comumente sob o argumento de que deve o magistrado decidir conforme seu livre convencimento e em caso de erro, de sua decisão cabe recurso.

2 QUANDO O ESTADO PASSA A SER O AGENTE DA VIOLÊNCIA CONTRA QUEM DEVERIA PROTEGER

A violência contra as mulheres só passa a existir no mundo fático quando reconhecida como um problema social, sobre o qual é possível legislar. Quando demarcada em uma tecnologia de poder, em um marco legislativo, por exemplo, o problema passa a de fato existir (FOUCAULT, op. cit).

As violências invisibilizadas ou micromachistas possuem grande poder de dano porque acontecem comumente acobertadas pela repetição cotidiana, pela normalidade e por vezes por passarem despercebidas de quem as pratica e até de quem as sofre. A sua existência reside nas múltiplas oportunidades cotidianas delas serem exercidas, especialmente nos espaços privados (LLORENTE, 2014).

“Los micromachismos comprenden un amplio abanico de maniobras interpersonales que impregnan los comportamientos masculinos en lo cotidiano (...) Los micromachismos son microabusos y microviolencias que procuran que el varón mantenga su propia posición de género (...) Están en la base y son el caldo de cultivo de las demás formas de violencia” (Bonino, 1995: 4). O desafio posto é de identificar estas microviolências machistas, especialmente aquelas exercidas institucionalmente para que se descortinem e se visibilizem estas estratégias sutis e comuns de controle patriarcal.

Os micromachismos podem ser identificados no cotidiano de vários espaços sociais. No entanto, tomam mais vulto, adquirindo maior poder de consequência, quando institucionalizados no Sistema de Justiça, dificultando que se punam inclusive as macroviolências contra mulheres. Os micromachismos dos operadores do Sistema de Justiça, sejam os mesmos homens ou mulheres, estão institucionalmente materializados em documentos produzidos no curso dos processos que teoricamente deveriam visar punir a violência de gênero. Constituem estratégias de controle não explícitas, logo menos visíveis e por isto mesmo muito mais danosas no que diz respeito a perpetuar a desvalorização da mulher.

Nessa esfera têm-se padrões de conduta socialmente arraigados em Instituições do Sistema de Justiça que transcendem a esfera subjetiva do agente estatal e passam a refletir na condução/ percepção, a nível administrativo e processual, de conceitos que ao invés de primarem pela proteção e combate à violência doméstica irão institucionalizá-la de forma silenciosa. A exemplo, a restrição inadequada do conceito de violência de gênero a partir de uma análise temporal que se limitará a verificar há quanto tempo a ofendida deixou de coabitar com o agressor, para então decidir-se pela aplicação ou não da Lei Maria da Penha.

Após todos os esforços despendidos na busca por tutelar o interesse da mulher a partir de um contexto integrado de situações que irão evidenciar, seja por ação ou omissão, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico implementa-se fator adverso de análise como parte de uma estratégia que busca limitar o acesso da mulher aos institutos especializados de proteção.

3 SOBRE A CAPACITAÇÃO DOS MAGISTRADOS E DEMAIS OPERADORES DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA ACERCA DA TEMÁTICA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Apenas anos após a edição da Lei Maria da Penha, o Conselho Nacional de Justiça, em seu papel constitucional previsto no art. 103-B, §4º, I, da CF de 1988, aprovou a Resolução nº 128, de 17 de março de 2011, que determina “a criação de Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal” (BRASIL, 2011, não paginado).

Tal resolução visa aprimorar a atuação dos Poderes Judiciários Estaduais no que se refere à aplicação da Lei 11.340, abordando temas como a formação continuada e especializada dos magistrados e servidores que atuam na prevenção e combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Art. 1º Os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, no prazo de 180 dias, deverão criar, em sua estrutura organizacional, *Coordenadorias Estaduais da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar como órgãos permanentes de assessoria da Presidência do Tribunal.*

No âmbito do Poder Judiciário Maranhense, já houve a criação da Coordenadoria Estadual da Mulher em situação de Violência Doméstica e Familiar. Entretanto, da análise de decisões, como as que se seguem, envolvendo magistrados do 1º e do 2º graus de Jurisdição, pode-se concluir que referido órgão estadual não está cumprindo adequadamente sua competência de colaborar com a contínua formação dos profissionais do Direito, viabilizando que se possa dar efetividade à Lei Maria da Penha no Estado do Maranhão.

Percebe-se, análise do sítio eletrônico da coordenação da mulher do TJMA que este almeja realizar ações de prevenção e combate à violência doméstica e familiar contra a mulher no território maranhense. São realizadas palestras, oficinas, projeção de filmes e outras atividades em associações de bairros, sindicatos, igrejas, escolas, Universidades etc., cujo público alvo é a população em geral e não magistrados.

Quanto à periodicidade das palestras informativas desses Projetos, o sítio eletrônico da Coordenadoria Estadual da Mulher em situação de Violência Doméstica e Familiar evidencia que ocorrem de modo esporádico e não em formato de educação continuada.

Não há qualquer referência a projetos voltados para os magistrados que atuam no âmbito da proteção da mulher maranhense. Destaque-se que a ausência de capacitação continuada dos operadores do Direito que atuam no enfrentamento da violência de gênero pode estar constituindo um dos fatores favorecedores de decisões contendo interpretações equivocadas da Lei 11.340.

Em casos que não se constituem exceções nesse contexto, verifica-se o perecimento do direito da ofendida devido à morosidade do Poder Judiciário em manifestar-se quanto à aplicação ao caso concreto da lei supramencionada. A lentidão associada à interpretações subjetivistas do âmbito de aplicação da lei Maria da Penha acabam por permitir que nova violência seja perpetuada via sistemas de justiça. Desta feita, a certeza por parte da mulher vítima de violência que o agressor restará impune.

Torna-se pois necessário repensar a maneira de preparar e atualizar os magistrados e demais atores das instituições do Sistema de Justiça que lidam diariamente com os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher diante dos dados estatísticos que apontam para um crescimento anual dessa forma de violência em todo o país, levando a ONU a considerar a violência de gênero a maior pandemia do século XXI.

Ao analisar o caso nº 12.051, a Comissão Interamericana, após considerar que o Brasil tinha violado disposições contidas na Declaração Americana, no Pacto de San José da Costa Rica e na Convenção de Belém do Pará, expediu recomendações que não se restringiram ao caso específico de Maria da Penha Fernandes. Ao invés disso, a Comissão encaminhou, ao Brasil, recomendações amplas, no sentido de que fossem adotadas medidas capazes de prevenir e reprimir outros casos de violência doméstica contra a mulher.

Fica, portanto, evidenciado que há estreita relação entre os compromissos firmados pelo Brasil no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos e a proteção conferida às mulheres pela Lei Maria da Penha, razão pela qual a ineficácia dos mecanismos de proteção assegurados por essa lei configura, também, o descumprimento de tais compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro.

4 VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL INVISIBILIZADA EM ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS DO MARANHÃO

Por certo, os micromachismos assentam-se em práticas de violências cotidianas e, portanto, invisíveis e ou convenientemente invisibilizadas. Tais práticas repercutem inclusive nos ambientes que deveriam atuar sob o manto de uma neutralidade legal e ainda que deveriam estar decididos a buscar a melhor solução às violações de direitos denunciadas, perseguindo-se a justiça. Nos casos concretos em questão os micromachismos são identificados no agir das próprias Instituições de um Sistema de Justiça. O Direito, compreendido enquanto técnica para resolução de conflitos no seio da sociedade, deve representar uma tentativa de resguardar a dignidade humana, mas que, paradoxalmente, pode desembocar em disfuncionalidades.

Streck (STRECK, 2011, p.43) aduz que não houve ainda um novo modo de produção de Direito sob a vigência de um Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, o que predomina no país é um *locus* institucional direcionado a interesses interindividuais e soluções rápidas, inacabadas, apenas direcionadas a apontar com um saber popular algo que deveria ser manejado com exercício técnico e expertise.

É possível supor que o enlace internacional consubstanciado na profusão de tratados internacionais progressivamente repercutisse nas dinâmicas de proteção à mulher nos Estados. Poder-se-ia imaginar um imperativo de ordem política, jurídica e institucional que refletisse em engrenagens mais robustas e efetivas de proteção à mulher.

Anos mais tarde, a sociedade brasileira teve na Lei 11.340/2006, sob a alcunha de Lei Maria da Penha, a proteção contra todas as formas de violência contra a mulher. Vários movimentos feministas participaram do anteprojeto que resultou na promulgação da lei. Trata-se de uma das legislações mais avançadas desde a Constituição da República ao reconhecer a complexidade das relações familiares, afetivas e íntimas (IPEA, 2015).

Diante de tais avanços jurídicos, a Lei Maria da Penha necessitaria de operadores no Sistema de Justiça tecnicamente habilitados para compreenderem as bases estruturais e históricas da violência de gênero. Torna-se inócua e sem qualquer efetividade social expressiva uma lei avançada em seus propósitos se aqueles que a manejam permanecem encastelados

em suas convicções históricas patriarcais especialmente por hipossuficiência técnica, em absoluto antagonismo ao compromisso assumido pelo país de qualificar os operadores do sistema de proteção perante os órgãos internacionais.

Reflexo dessa realidade pode ser visto na dinâmica de tramitação processual junto à Vara de Violência Doméstica na cidade de São Luís. Evidencia-se em atuações junto a essa vara especializada a morosidade e ausência de domínio acerca dos processos que a compõe. Atos de impulso oficial corriqueiros deixam de ser emanados, entendimentos adversos da doutrina acabam por destoar o real significado da violência de gênero. Nesse rol de práticas equivocadas a vítima acaba por ver seu direito perecer apesar do empreendimento de vários esforços no sentido de buscar a condenação do seu agressor, via esta que, por vezes, constitui-se em única oportunidade de restituição da dignidade ou mesmo manutenção de sua própria vida.

Ao negligenciar a qualificação daqueles que operam a Lei em questão pode-se presumir mais atos institucionais com requintes jurisprudenciais de violência revitimizadores daquelas que buscam proteção judicial, porque estarão reconhecidos em práticas legais consubstanciadas em todo um rol de articulação institucional e de metas no Sistema de Justiça. Diante das atecnias cometidas por representantes do Estado na função de proteção dos direitos de mulheres instala-se uma violência simbólica adicional, na medida em que os operadores do Sistema de Justiça brasileiro não são responsabilizados por decisões que causem danos ou revitimizem e veem-se seguros sob o argumento do livre convencimento de suas decisões. Passa-se, progressivamente, a uma violência proposital, a da injustiça e a da perpetuação de micromachismos, agora jurídico-institucionais e não mais intrafamiliares.

É possível inferir que a reprodução de micromachismos e as conveniências daquilo que se denomina livre convencimento pode ressoar na revitimização da mulher acometida por violência de gênero, uma vez que uma Lei, embora avançada em seus objetivos, não consegue evidenciar para seus operadores a gravidade das situações de violência no país, o que se materializa com a constatação de que mesmo após 9 anos de sua promulgação a Lei 11340/2006 não contribuiu para que se reduzissem significativamente as centenas de mortes mensais de brasileiras por violência de gênero.

Destaca-se que a lei supra além de definir a violência doméstica e impor mecanismos de repressão teve a cautela de dispor da necessidade de integração operacional entre o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde e outras. Contudo, o que se vê no caminhar processual é que não há um trabalho conjunto no sentido de promover uma proteção que promova a restituição da dignidade da ofendida.

A base do iceberg que subjaz à hipótese acima será melhor explicada no caso concreto, denominado CASE A Maranhão. Uma mulher em situação de vulnerabilidade, sob violência psicológica e moral recorre ao Sistema de Justiça em busca de proteção. A princípio, após solicitação de deferimento de Medida Protetiva de Urgência pela própria Delegacia Especial da Mulher, com farta comprovação documental sobre as violências moral e psicológica denunciadas, além dos depoimentos da vítima e informantes, incluindo-se outra mulher, a filha menor da vítima, uma magistrada, do gênero feminino, semanas após o pedido, promoveu uma audiência que designou de audiência de conciliação, cujo desfecho, após horas, foi uma ata na qual se lê:

“Aos 14 dias do mês de janeiro de 2015, às 1030 hs, na sala de audiência da Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher estavam presentes a juíza auxiliar, respondendo cumulativamente por esta Vara, a representante do Ministério público e o juiz assessor da Coordenação da Comissão Estadual da Mulher em situação de violência doméstica e familiar. Presentes ainda representante e representado, este último acompanhado de seu representante legal. Ao início dos trabalhos as partes não chegaram a um acordo, dada à patente falta de flexibilização no que diz respeito à restrição do direito de visitas à filha menor. MM juíza resolveu encerrar o presente termo, determinando a conclusão dos autos para análise salutar dos pedidos de medidas protetivas”.

A ata resume bem o que ocorreu no curso da audiência: nenhuma palavra fora proferida em relação aos tipos de violência denunciadas, incluindo-se ameaça de morte contra a vítima. Observe-se que em audiência na própria vara especializada, cujo objeto é especificamente a violência de gênero, foi possível invisibilizar por completo os tipos de violência trazidos a juízo, revitimizando a mulher, desqualificando seu medo e sofrimento e empoderando o agressor.

Seguem assim a apresentação de outras interpretações do Poder Judiciário Maranhense, utilizando-se três decisões colegiadas de segundo grau, a saber, três Conflitos de Competência suscitados perante o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão em razão de dúvidas quanto à aplicação da referida Lei, como segunda análise empírica posta para reflexão.

Frise-se que, nos três casos as vítimas são menores de idade, de maneira que os Conflitos de Competência deveriam se dar entre Varas da Infância e Juventude e Varas Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Entretanto, na cidade onde ocorreram os casos, não havia Vara específica voltada para a tutela de crianças e adolescentes, por isso, os Conflitos de Competência suscitados ocorreram entre Varas Criminais e Varas Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

No primeiro acórdão apresentado, o de nº 108.584/2011, julgado pela 1ª Câmara Criminal do TJ/MA, apesar do fato de a vítima, menor de idade, do sexo feminino, ter passado alguns dias na casa do acusado (que passou a visitar sua família com o intuito de adotá-la), o Tribunal entendeu que isso não seria relevante para a aplicação da Lei Maria da Penha, afastando a competência da Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher daquela comarca.

Observa-se que tal entendimento não está em consonância com o art. 2º da Lei nº 11.340, que estabelece, de modo claro, que todas as mulheres, independentemente de idade, gozam dos direitos inerentes à pessoa humana e, por conseguinte, estão amparadas pelos institutos protetivos elencados nos artigos seguintes. Além disso, o agressor passou a frequentar o ambiente familiar da vítima, de modo a ganhar sua confiança e a de seus parentes, o que se enquadra no conceito de violência praticada no âmbito da família, conforme o art. 5º, II.

Nos dois acórdãos abaixo, ambos julgados pela 2ª Câmara Criminal (Acórdãos nº 116.969/2012 e nº 117.107/2012), houve a prática de crime sexual contra menor de idade do sexo feminino no seu ambiente domiciliar. Entretanto, apesar da idade não poder ser empecilho para a aplicação da Lei Maria da Penha, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão defendeu que o referido diploma só seria aplicável a mulheres adultas, devendo os dois casos ser regidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Novamente, verifica-se a hipossuficiência técnica por parte também dos julgadores de 2º grau em relação aos pormenores da legislação, cuja es-

estrutura protetiva foi idealizada, de modo explícito, para amparar qualquer mulher em situação de violência de gênero independentemente de idade. Definir arbitrariamente como mulheres apenas aquelas acima de 18 anos explicita um equívoco incontestado que ultrapassa qualquer esforço dito interpretativo. Estipular a aplicação do ECA em detrimento da Lei Maria da Penha faz com que a vítima passe a não contar com diversas medidas protetivas específicas para as hipóteses de violência doméstica e familiar, desprotegendo-a particularmente em momento especial de seu desenvolvimento psicossocial, considerado prioridade constitucional absoluta.

Dessa maneira, nas três Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado Maranhão, foram encontrados acórdãos cujos conteúdos decisórios afrontam a incidência ampla estabelecida pela própria Lei Maria da Penha para as suas medidas protetivas. Isso aponta para o despreparo dos juízes para com o tema da violência de gênero, o que pode estar comprometendo os avanços no seu combate e na sua prevenção, conforme evidenciado no último relatório do IPEA, supramencionado.

5 CONCLUSÕES

As raízes da violência contra a mulher estão na introjeção e na sedimentação de uma educação sexista a serviço do patriarcado. Assim, refletir e se apropriar desta dinâmica é condição de qualificação estruturante para que se efetive a proteção integral de meninas e mulheres no Sistema de Justiça. Do contrário, o sistema constituirá e se sedimentará como um novo espaço de violação de direitos e ao invés de proteger, transformará em ré a mulher vítima, oficializando a revitimização institucional das que buscam proteção.

É inaceitável que operadores do direito não sejam tecnicamente qualificados para refletirem sobre esta temática antes que atuem em relação à violência doméstica contra a mulher.

Parece evidente que a não ser que estes micromachismos sejam visibilizados e combatidos, especialmente na atuação daqueles que representam o Estado no enfrentamento à violência contra a mulher que não será possível lograr êxito em diminuir os números alarmantes referentes aos mais diversos tipos de violência de gênero que são diariamente denunciadas no país. A violência é aprendida, sistêmica, estrutural e endêmica. É ori-

ginada de uma socialização que condena metade da população mundial a viver em condições de desvantagens sociais e de violação de direitos. Não há justiça social possível sem um enfrentamento efetivo da violência de gênero.

Não é possível esperar que uma Lei possa alterar de pronto toda uma cultura de violência estruturante, mas é legítimo considerar necessário e urgente que se crie mecanismos de controle para que os representantes do Estado não reproduzam, por ação imperita ou omissões, a violência inicialmente denunciada, violentando institucionalmente grupos vulneráveis em busca proteção estatal diante de violação de direitos humanos fundamentais.

Educar através da atuação não machista do Estado diante do enfrentamento da violência contra mulheres pode ser uma das formas de combate a este tipo de violência. Afinal, uma sociedade sem igualdade de direitos, sem a liberdade para todos os seus membros é uma sociedade incapaz de evoluir de modo ético, positivo e sustentável.

REFERÊNCIAS

- BONINO, L. (1995). **Desvelando los micromachismos en la vida conyugal**. En CORSI, J. (ed). *Violencia masculina en pareja, Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención*. (pp. 191-208). Buenos Aires, Paidós.
- BONINO, L. (2005). “**Las microviolencias y sus efectos: claves para su detección**”, en. BYUNG-CHUL, H. (2014). *Psicopolítica*. Barcelona, Herder.
- BONINO, L. (1995). *Desvelando los micromachismos en la vida conyugal*. En CORSI, J. (ed). **Violencia masculina en pareja, Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención**. (pp. 191-208). Buenos Aires, Paidós.
- BRASIL. **Lei nº 11.340. 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 02 de junho de 2015.

BRASIL. Maranhão. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Projeto Aprendendo com a Maria da Penha no Cotidiano**. 21 de Outubro de 2014. Disponível: <http://hsite.tjma.jus.br/mulher/index.php?sessao_id=1129>. Acesso em: 16 de julho de 2015.

BRASIL. Poder Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 128. 17 de março de 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_128_17032011_23042014183938.pdf>. Acesso em: 16 de julho de 2015.

BYUNG-CHUL, H. (2014). Psicopolítica. Barcelona, Herder.

ENGELS, F. (2008). El origen de la familia, la propiedad privada y el estado. Madrid, Alianza Editorial.

FOUCAULT, M (2005 a). Historia de la sexualidad I: La voluntad del saber. Madrid, Siglo XXI.

FOUCAULT, M (2005 b). Historia de la sexualidad II: El uso de los placeres. Madrid, siglo XXI.

FOUCAULT, M (2005 c). Historia de la sexualidad III: El cuidado de sí. Madrid, Siglo XXI.

FOUCAULT, M (2010). Vigilar y Castigar. Madrid, Siglo XXI.

GALLEGO AYALA, J. (2010). Eva devuelve la costilla. Nuevo estado de conciencia de las mujeres. Barcelona, Icaria.

IPEA. Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha. Texto para discussão. Brasília: 2015.

IPEA. A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil (versão preliminar). Nota técnica. Brasília: 2015.

LASH, S. (2005) Crítica de la Información. Buenos Aires, Amorrurtu.

LERNER, G. (1990). La creación del patriarcado. Barcelona, Crítica.

LERNER, G. (1990). La creación del patriarcado. Madrid, Crítica.

- LLORENTE ACOSTA, M. (2014). Tú haz la comida que yo cuelgo los cuadros. Madrid, Crítica.
- MILLET, K. (2010). Política sexual, Madrid, Catedra.
- MORACE, S. (1993). Origine donna: dal matrismo al patriarcato. Roma, Prospettiva edizioni.
- ONU. (1994). Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General, 20-12.1993 (Doc. G.A. Res. 48/104). Disponible en <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28symbol%29/a.res.48.104.sp?opendocument>.
- PATEMAN, C. (1995). El contrato sexual. Barcelona, Antrophos
- PLATAFORMA BRASIL. Atlas de Desenvolvimento Humano. Disponível em://<http://www.atlasbrasil.org.br>
- PÉREZ FERNÁNDEZ, I. (2009). Espacio, identidad y género. Sevilla, Arcibel.
- SANAHUYA, M.E. (2002). Cuerpos sexuados, objetos y prehistoria. Madrid, Cátedra.
- SAU, V. (1986). Para una teoría del modo de producción patriarcal. Aportaciones para una lógica del feminismo. Barcelona, Lasal.
- SIMÓN, M, E. (2003). ¿Sabía usted que la mitad de alumnos son ciudadanas?.
- STRECK, Lenio. Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- WINNICOTT, D. W (1999). Tudo começa em casa. São Paulo, Martins Fontes.

O ATIVISMO JUDICIAL DO STF COMO AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE PENAL

Arthur Bezerra de Souza Junior

Larissa dos Santos Paulo

Ronaldo de Oliveira Jarnyk

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo promover a discussão e amadurecimento do posicionamento do Supremo Tribunal Federal realizado no dia 21 de fevereiro de 2019, entendimento esse efetuado em decisão plenária referente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) apensada com o Mandado de Injunção 4.733/DF, sendo alegado em ambas as oportunidades, a omissão legislativa na edição de lei que criminalize os atos de homofobia e transfobia.

Não é demasiado falar que, como em outras oportunidades, houve o posicionamento ativista da Suprema Corte brasileira, o qual foi pautado pela busca de defesa das garantias individuais e de cumprimento e o acesso dos cidadãos aos Direitos Fundamentais ao deparar-se com lacunas ou obscuridades do texto normativo infraconstitucional, uma vez que todo tipo de tipificação criminal deve encontrar tratamento no bojo do texto Constitucional.

Amparando-se em fundamentos hermenêuticos, da filosofia do Direito e também da principiologia, os ministros em decisão colegiada valeram-se do ativismo judicial para garantir o direito dos requerentes,

estendendo a interpretação do texto legal, objetivando o preenchimento de uma omissão legislativa com o fulcro de sanar lacuna existente no arcabouço penal nacional. No entanto, neste caso em especial, entende-se que o ativismo judicial foi mal aplicado (se é que este fenômeno possa encontrar boa aplicação), maculando princípios constitucionais e penais, fomentando uma ação do Poder Judiciário fora de seu espectro de responsabilidades, legislando escancaradamente sobre o tema, sem que promovesse a atitude correta que é a de intimar a responsabilidade ao ente republicano devido, afrontando cristalina e separadamente a separação dos poderes.

A CONSTITUIÇÃO COMO BALIZADORA DO ARCABOUÇO JURÍDICO

Antes de se ater ao objeto do presente artigo, se faz necessária uma breve explanação sobre a relação da Constituição, as normas infraconstitucionais e os efeitos por estas produzidos, seja de influência seja de resultado, na publicação de uma sentença ou de um acórdão.

Como aborda Hans Kelsen na Teoria Pura do Direito, norma constitucional é norma fundamental, que estrutura o funcionamento do Estado e garante direitos e liberdades fundamentais, produzindo efeitos extensivos em todas as normas infraconstitucionais. Estes efeitos também estão presentes nas instâncias jurídicas, quer através do texto normativo, processual ou de procedimentos. O texto constitucional traz em si os quesitos principiológicos advindos da valoração social para composição da essência do Estado. É evidente que há situações nas quais o princípio deve se sobrepor ao texto normativo basilar por questões gramaticais e textuais, como também há situações que o cerne da discussão será o fundamento da norma constitucional ou infraconstitucional.

Uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, um ordenamento, quando sua validade pode ser atribuída a uma única norma, como fundamento último dessa validade. Essa norma fundamental, como fonte comum, constitui a unidade na pluralidade de todas as normas que integram um ordenamento. (KELSEN, 2013, p.121)

Há uma gama extensa de controvérsias jurídicas que ultrapassam o quesito da causa, adentrando a filosofia original e aos fundamentos do Direito, sobre o real papel de destaque e imprescindibilidade da Corte

Constitucional como pretório excelso no julgamento da aplicabilidade da norma constitucional. Pois, como expresso por Hans Kelsen, “na norma fundamental, acha-se, em última análise, o significado normativo de todas as situações de fato constituídas pelo ordenamento jurídico” (KELSEN, 2013, p.125). Desta forma, o texto constitucional é, em última análise, o ponto de início e final de toda decisão jurídica. Considerando que as leis infraconstitucionais nascem no processo legislativo que validam sua constitucionalidade e, na Carta Magna também termina, quando não exaurida sua aplicabilidade jurídica, sua produção de direitos ou o acórdão proferido por uma Corte.

Neste diapasão há que se mencionar o pensamento do neo-constitucionalismo no intuito de arraigar o papel constitucional na defesa de direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana e os direitos individuais e coletivos. Não por acaso, dentro da Constituição da República Federativa do Brasil, tal ponto figura como fundamento da República, positivada no Art. 1º, III, demonstrando a preocupação do Estado brasileiro com a questão humanitária e do ser humano como protagonista de sua organização e atuação (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 94).

A legalidade e o Estado Democrático de Direito

O Brasil, herdeiro da escola do *civil law*, enquadra-se no quesito positivista da norma, de tal maneira que é necessário que o texto legal seja explícito em sua propositura e abrangência, promovendo a subsunção da maneira mais assertiva possível.

A relação entre o Estado Democrático de Direito e o texto normativo positivado possuem uma relação de aplicabilidade do texto normativo àquele que nele se enquadre, independentemente de sua posição dentro da sociedade. Inicialmente, o conceito de Estado de Direito passava pela ideia de limitação de atuação do Estado, através de sua submissão às leis. Atualmente, para além disso, o Estado Democrático de Direito prevê mais que a submissão de todos à lei, mas que seja assegurada a participação popular no exercício do poder (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 93).

O texto normativo que estabelece o fio condutor das relações sociais, em seu extrato dogmático, é resultado de uma série de proposições, análises, ensaios generalistas, por vezes acarretando em seu afastamento da

realidade, levando a uma dicotomia entre fatos e normas (DINIZ, 2017, p.442). Em virtude da norma e do fato apresentarem um hiato insanável, é possível concluir que toda norma abarca um fato generalístico. Este hiato também vai invocar o Estado a se manifestar de alguma maneira, exigindo o posicionamento dos operadores do Direito, em especial de magistrados.

Assim, cabe ao magistrado excluir as generalidades e abstrações do texto normativo para que a subsunção seja perfeita, desvencilhando-se ora da falta de informação sobre fatos do caso, ora da indeterminação semântica dos conceitos normativos – que embora não possa ser eliminada, venha a ser mitigada por terminologias técnicas.

O magistrado, como dissemos, ao aplicar normas jurídicas, criando uma norma individual, deverá interpretá-las, integrá-las e corrigi-las, mantendo-se dentro dos limites marcados pelo direito. As decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento jurídico, que é mais rico de conteúdo do que a disposição normativa (...). (DINIZ, 2017, p.446)

A subsunção está condicionada a uma escolha prévia axiológica, como já abordado na teoria Tridimensional do Direito. Também a escolha prévia axiológica estará condicionada entre diversas interpretações possíveis, cabendo a escolha aos operadores do Direito e, no final, ao livre convencimento do magistrado. Este também exercerá um julgamento prévio de valor, conjugando valores normativos, principiológicos, sociais e morais.

No tocante a subsunção constitucional, há que se acautelar em sua interpretação, pois como bem cita o Ministro Gilmar Mendes, embora este seja um texto normativo, o magistrado deve realizar uma interpretação diferenciada, isso porque os impactos dela decorrentes podem influenciar o ordenamento jurídico como um todo:

A interpretação constitucional tende a acarretar impacto sobre todo o direito positivo do Estado, já que é a Constituição a norma suprema em uma comunidade e a fonte de legitimidade formal de toda a sua ordem jurídica. (MENDES, 2014, p.81)

Por isso, a interpretação constitucional pode seguir as linhas gerais hermenêuticas, mas deve também abarcar dois elementos de grande influência: os postulados e os princípios. Os princípios constitucionais além de serem balizadores do poder constituinte originário, hoje possuem força normativa dada a carga valorativa dentro da estrutura constitucional,

como vinculante, por se estenderem para as normas infraconstitucionais (SOUZA JÚNIOR. 2015, p. 64)

Estes postulados, presentes desde a elaboração do texto constitucional, acabam por refletir em debates morais e políticos, quando em sede de decisões do órgão guardião da Constituição. Isso ocorre porque, “não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de confrontar a vida social” (MENDES, 2014, p. 81), sendo o produtor dos princípios e postulados usados para o Estado de Direito, o convívio coletivo, o qual, desta mesma forma, exige em sede de controle de constitucionalidade, seja abstrato ou concreto, o direito de exigir seu direito fundamental, fruto do texto Constitucional.

Sendo assim, pode-se entender que, uma vez sendo o povo titular do poder (pois todo poder emana do povo – Art 1º, parágrafo único da CF/88), somente o próprio povo pode estabelecer as regras as quais querem ser submetidos. Sua vontade é manifesta através de seus representantes eleitos, parlamentares, dentro do processo legislativo na propositura de uma nova lei.

A ANTERIORIDADE DA LEI PENAL E A CONSTITUIÇÃO

A anterioridade da lei penal ou reserva legal da lei penal, remonta a um princípio constitucional consubstanciado em um brocardo jurídico *nullum crimen, nulla poen sine praevia lege*, traduzido por Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1883). Este foi citado pela primeira vez na *Magna Charta Libertatum*, documento escrito pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra, em 1215, para conter excessos promovidos pelo Estado. Ganhou força e notoriedade no período Iluminista, com a efetivação do conceito de Estado Democrático de Direito, Teoria do Contrato Social e a contenção do arbítrio estatal (CAPEZ, 2015, p. 55).

O objetivo do princípio abarca questões políticas e jurídicas, procurando estabelecer um equilíbrio do convívio coletivo e uma mínima segurança jurídica:

Exatamente para tratar de modo específico das condutas objeto de maior reprovabilidade social – os crimes e as contravenções –, e para atribuir, àqueles que as pratiquem, as mais drásticas sanções que o Direito possibilita, o texto constitucional traz um enunciado próprio para o princípio da legalidade em matéria penal. (PAULO, 2015, p.174)

Dentro dos aspectos políticos, uma vez que o Direito Penal é também denominado *ultima ratio*, o princípio da reserva legal penal funciona como um gatilho, no intuito de preservar a liberdade do indivíduo, atuando de forma garantidora. Aqui há um claro intuito de preservar os indivíduos da arbitrariedade estatal (CAPEZ, 2015, p. 54). A regra explicita que ninguém haverá de ser punido pelo Estado, sem texto legal que previamente o estabeleça, não havendo violação ao direito de liberdade do indivíduo sem condutas definidas em lei que possibilitem sua subsunção, definida neste caso como tipicidade penal. Por isso, a lei penal deve descrever explícita e especificamente um fato determinado, cominando-lhe a pena determinada.

Neste ponto fica clara a relação do texto constitucional como bastião dos direitos fundamentais, mais precisamente de liberdade, isonomia e equidade e o princípio da anterioridade da lei penal, reduzindo eventuais abusos por parte do Estado.

Cabe, portanto, à lei a tarefa de definir e não proibir o crime (“não há crime sem lei anterior que o *defina*”), proporcionando ao agente prévio e integral conhecimento das consequências penais da prática delituosa e evitando, assim, qualquer invasão arbitrária em seu direito de liberdade. (...) torna-se impossível sua existência sem lei que o descreva. (CAPEZ, 2015, p.56)

Pode-se dizer que o princípio da legalidade é a base que sustenta o princípio da reserva legal. De acordo com as lições de Rogério Greco, quando se fala em reserva legal, tem-se como objetivo abordar a criação legislativa, vale dizer, a adoção do diploma legal cabível para determinada matéria (GRECCO, 2015, p. 2).

Anote-se que, para a atuação do Direito Penal, é necessária a elaboração e aprovação de leis ordinárias e, excepcionalmente, de leis complementares. Cabe, portanto, ao Poder Legislativo a definição dos bens jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito Penal. É isso que os princípios da reserva legal e da legalidade almejam.

Cumprе consignar que, segundo Rogério Greco, as funções do princípio da legalidade são: “proibir a retroatividade da lei penal; proibir a criação de crimes e penas pelos costumes; proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; e proibir incriminações vagas e indeterminadas” (GRECO, 2015, p.2).

Tendo em vista o objetivo deste trabalho, merece aprofundamento “o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas” (GRECO, 2015, p.2). Registre-se, de início, que o uso de analogia em matéria penal pelos magistrados, além de grave violação aos princípios da legalidade e da reserva legal, representa ofensa à separação dos poderes.

O ATIVISMO JUDICIAL E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

O neoconstitucionalismo trouxe em seu bojo a proposta de uma coexistência entre os valores e a norma expressa. Os princípios mais que balizadores para a redação do texto legal, passa a ser base interpretativa e decisória do magistrado, como assegura o Arthur Bezerra de Souza Júnior:

Há uma religação do direito com a moral. A análise dos princípios constitucionais fundamenta decisões, influencia a doutrina e nos traz uma nova realidade hermenêutica no país. Passa a coexistir, no mesmo ordenamento, o positivismo e os valores e princípios, sendo que a questão axiológica tem fundamental importância na atividade dos tribunais (SOUZA JÚNIOR, 2015, p.27).

Em regra, a norma constitucional também é submetida às mesmas regras hermenêuticas de interpretação e suscetíveis a subjetividades do magistrado no ato de sua análise e aplicação ao caso concreto, seja por decisão monocrática, em turma ou do plenário da Suprema Corte. Neste ato interpretativo, na busca pela subsunção perfeita, que surge o ativismo judicial, conforme citado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, coadunando com a citação de Arthur Júnior sobre a função axiológica dentro dos tribunais dos dias de hoje:

O ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte (...) o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. (BARROSO, 2016, p.390).

Tal prática tem ganhado projeções nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, principalmente diante de lacunas ortográficas do texto

constitucional que, por vezes, não expressam a abrangência do direito tutelado.

No entanto, o risco de produção de distorções de aplicabilidade da norma ao caso concreto e de descumprimento de princípios do Estado Democrático de Direito, torna-se imperativa cautelas nesta prática, em especial em dois aspectos. Primeiramente, a proatividade interpretativa do texto Constitucional citada por Barroso, deve ser entendida como válida e necessária, desde que promova resultados advindos dos postulados e princípios constitucionais, sem com isso, macular a separação dos poderes, resultado da excessiva atuação ativista do Poder Judiciário exercendo função legislativa frente aos termos gramaticais e semânticos do diploma fundamental. Esta atuação exacerbada do magistrado acaba por sobrepor a prerrogativa do Poder Legislativo em produzir, alterar, redigir, excluir, revogar normas do ordenamento jurídico, inclusive em partes da própria Constituição, fruto do poder constituinte derivado reformador.

O segundo caso, ocorre quando a Suprema Corte busca pela proteção e cumprimento dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas que, através dos excessos de extensividade do amparo acabam por resultar em deformidades interpretativas e insegurança jurídica do texto legal. Maria Helena Diniz ressalta a inafastabilidade do sentido literal como ponto de extrema sensibilidade e atenção do operador do direito no momento do julgamento:

Há hipóteses em que o jurista, o aplicador, deve lançar mão da *interpretação extensiva* para completar uma norma, ao admitir certos fatos-tipos, implicitamente. Com isso, ultrapassa o núcleo do sentido normativo, avançando até o sentido literal possível da norma. A interpretação extensiva desenvolve-se em torno de um preceito normativo, para nele compreender casos que não estão expressos em sua letra, mas que nela se encontram, virtualmente incluídos, conferindo, assim, à norma o mais amplo raio de ação possível, todavia sempre dentro de seu sentido literal. (DINIZ, 2017, p.463).

As interpretações demasiadamente extensivas podem resultar em: ruptura da estrutura normativa (*voluntas legis* ou *voluntas legislatoris*¹⁷¹), oca-

171 Os termos latinos referem-se ao pensamento dogmático da norma ser uma *voluntas legislatoris* – vontade do legislador ao redigir o texto legal ou exprimir uma *voluntas legis* – vontade da lei, resultado da valoração social e do anseio coletivo em regular suas relações.

sionando secções entre postulados e princípios jurídicos que embasaram a redação normativa. Esta tentativa visa garantir ao texto legal a mutação dos valores sociais que ocorreram ao longo do tempo, refletido como justificativa para a atuação ativista, sem com isso, alterar o texto normativo pelas vias do processo legislativo.

A omissão legislativa e o ativismo judicial

Há situações específicas que o ativismo judicial resulta como a solução racional mais adequada e garantista diante da omissão do legislador, conforme explicita Arthur Bezerra de Souza Júnior:

(...) o Supremo Tribunal Federal tem o dever constitucional de zelá-los e, porque não, efetivá-los. Uma Constituição inoperante e ineficaz não pode ser considerada Constituição zelada. E para não incorrer neste risco, o STF ocupa os espaços deixados pelos demais poderes e cuida da Carta no momento que a torna efetiva. Isso pode ser considerado ativismo judicial. (SOUZA JUNIOR, 2015, p.77).

A omissão legislativa transparece a responsabilidade do agente público que, provocam um vácuo jurídico, resultando em lacunas legais, justamente por ter se mantido inerte diante do princípio e compromisso de agir para atender o bem coletivo. Ainda neste condão, esta omissão legislativa compromete a efetivação de direitos fundamentais e o cumprimento de normas constitucionais programáticas, projetando uma imagem de um Estado injusto, apático e inerte.

No intuito de garantir e proteger os direitos fundamentais realizando seu papel constitucional de “guardião da Constituição”, o Supremo Tribunal Federal, produz entendimentos, muitos com efeito vinculante, de caráter extensivo, justificando seu ativismo como tentativa de efetivação dos direitos positivados na Constituição.

Os direitos da comunidade LGBT como ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

Um caso de grande repercussão, resultantes do ativismo judicial dentro do Supremo Tribunal Federal, gerando rupturas e aparentes choques com princípios do texto constitucional brasileiro, ocorreu no julgamento da ADI 4.277/DF sobre o reconhecimento da União Homoafetiva, julgada pelo pleno da Suprema Corte em 05/05/2011, tendo como relator o Ministro Ayres Brito. No caso mencionado ocorreu um “choque positivista” do texto Constitucional expresso no Art. 226, §§ 3º e 5º e do Art.

1.723, caput do Código Civil com o reconhecimento jurídico da união homoafetiva. O “choque positivista” ocorreu pois o texto da Constituição Federal define a instituição familiar em seu Art .226, caput e § 4º, bem como sua proteção pelo Estado, considerando sua formação mais ampla frente a descrita no Código Civil (união de homem e mulher). As mudanças nos hábitos da sociedade acabaram por modificar a formação ortodoxa da família, colocando diante da Suprema Corte uma situação de “injustiça”, ao não garantir direitos familiares a uniões homoafetivas, por não estarem previstas em nenhum dos diplomas legais pátrios.

A interpretação gramatical do texto constitucional, até então restritiva pelo termo e definição em si de família, abriu espaço a interpretação expansiva, ocasionando o ativismo, ao abarcar a formação de família para além da união heterossexual e da relação de pais e filhos, previsto nos diplomas legais vigentes. O caso citado acima ilustra como tem sido a atuação do Supremo Tribunal Federal em julgados que envolvam textos constitucionais restritivos ou omissos, buscando nos corolários, postulados e princípios dos direitos fundamentais justificativas para o ativismo, contudo, até aqui diante da guarda de direitos civis, passíveis de analogias e interpretações extensivas.

Recentemente, a Corte Suprema do país, em sessão plenária, analisou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26) apensada com o Mandado de Injunção 4.733/DF sobre a omissão legislativa em relação à homofobia, tema bem relevante e próximo às demandas peticionadas da causa mencionada anteriormente.

Quanto à omissão legislativa, é importante registrar que ela é clara e lúcida quando o assunto é a homofobia. Em breve pesquisa na página dos Projetos Legislativos da Câmara dos Deputados, verifica-se que o primeiro projeto contra a homofobia foi protocolado pela deputada federal Iara Bernadi (PT-SP) no ano de 2001. O PL 5003/01 buscava alterar a Lei nº 7.716/89, que é o diploma legal responsável por tipificar as condutas praticadas por preconceito de raça. O referido PL iria acrescentar crimes praticados por questões de religião, etnia, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Ele foi aprovado no plenário da Câmara dos Deputados em 23 de novembro de 2006, tendo sido apresentado ao Senado no mês seguinte. Todavia, no final de 2013, com a aprovação de um requerimento, o PL 5003/01 foi anexado a outro projeto de lei, cujo objetivo

era a reforma do Código Penal. Em 2014, o novo relator do Código Penal na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado decidiu colocar a proposta para tramitar de forma independente novamente e, logo após essa decisão, o então PL 5003/01 foi arquivado.

Diante desse relatório sobre a tramitação do PL 5003/01 na Casa Legislativa, há de se constatar que desde 2001 o Poder Legislativo vem lidando com o discurso de criminalização das condutas homofóbicas, no entanto, até o presente momento não se verificou nenhuma medida concreta, nem perspectivas de que algum projeto de lei irá sancionar os crimes resultantes de preconceito contra identidade de gênero, sexo e orientação sexual.

Como dito e demonstrado, a omissão legislativa em relação à homofobia é flagrante e incontroversa e, por essa razão, o Supremo Tribunal Federal decidiu julgar as ações com esse objeto.

De acordo com o informativo nº 931, o STF, além do reconhecimento da inércia legislativa, realizou uma interpretação capaz de efetivar as disposições do texto constitucional. Para tanto, a Suprema Corte teve que argumentar no sentido de que não se praticava em tal julgamento a analogia e, como consequência, a usurpação das atribuições do Legislativo. Nesse sentido é o seguinte excerto do informativo:

É certo que não pode o STF substituir o legislador, mas aqui há comando constitucional para regulamentar situações concretas. Lei específica sobre o tema deveria ter sido editada, porque o legislador constituinte originário, desde 1988, vinculou o legislador derivado. A falta de norma inviabiliza o exercício de direitos, e o texto constitucional não exclui o mandado de injunção de qualquer seara específica de incidência. O relator observou que este Tribunal não está fazendo analogia *in malam partem* ao aplicar lei existente sobre discriminação em sentido amplo, que compreende a discriminação racial (Lei 7.716/1989). Também não procede, diante da Constituição, dissociação entre texto e norma. A CF contém expresso comando de punição penal para a discriminação homofóbica e a extensão prospectiva da lei de discriminação racial, até a edição específica de norma pelo Poder Legislativo, não viola o princípio da anterioridade da lei penal (informativo nº 931).

O STF entendeu que não realizou, no julgamento do tema omissão legislativa e homofobia, a criação normativa e nem o emprego de analogia. O que se viu, na verdade, foi um trabalho de efetivação do princípio da interpretação conforme a Constituição. Isso, porque a Lei nº 7.716/89, que aborda os delitos de preconceito de raça, deve ser considerada uma norma plurissignificativa ou polissêmica. Esta possui mais de uma interpretação, a qual deve se dar de forma mais coerente com as disposições constitucionais, o que, em última instância, é realizado pela Corte Constitucional do país.

No presente informativo nº 931 é revelado o objetivo da interpretação conforme a Constituição, o que, para o STF, não se caracteriza como exercício da função legislativa pelo Judiciário. É isso que se extrai do entendimento a seguir:

Nessa senda, destaca-se que o procedimento hermenêutico realizado pelo Poder Judiciário objetiva extrair a necessária interpretação dos diversos diplomas legais vigentes para, em razão da inteligência e do sentido exegético que lhes der, obter os elementos pertinentes à exata aplicação do direito. Isso em nada se confunde com o processo de elaboração legislativa. Ou seja, o processo de interpretação dos textos legais e da Constituição não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais poderes da República (informativo nº 931).

Registre-se que a Corte Suprema usou a hermenêutica das normas constitucionais para ampliar o sentido do termo “racismo”, entendendo que há o racismo social que também envolve as discriminações sofridas pela comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transsexuais e Transgêneros). Nessa linha de pensamento, segundo o STF, é possível inserir os preconceitos resultantes de identidade de gênero, sexo e orientação sexual nas condutas tipificadas pela Lei nº 7.716/89. Ou seja, ao interpretar como racismo social, passa-se a positivar algumas práticas homofóbicas, tendo em vista as disposições do diploma legal que até então tutelava apenas as questões referentes ao preconceito de raça. Não há que se negar que a prática de violência contra pessoas simplesmente por sua opção configura grave violação de direitos fundamentais como: liberdade, dignidade da pessoa humana e isonomia. Neste ponto, a Suprema Corte

brasileira é irrepreensível em sua conduta como guardiã e interprete máxima dos direitos avançados na Constituição, buscando tal vínculo através da interpretação extensiva dos preconceitos advindos do racismo.

Como apontado acima, a omissão do Legislativo é inequívoca quanta à homofobia e a transfobia. Apesar disso, não se pode olvidar dos princípios da legalidade, da anterioridade e da reserva legal. A homofobia foi criminalizada por meio de uma decisão da Corte Constitucional que ampliou o sentido da palavra racismo. Caberia neste ponto à Corte Suprema a garantia dos direitos civis de lesões geradas contra a comunidade LGBT oriundas de discriminação, assim como fez no julgado da ADI 4.277/DF analisado acima. Mas daí resultar do ato de discriminação de seus entes à criminalização, há que se denunciar um flagrante inconstitucional maculando: o princípio da anterioridade penal (Art. 5º, XXXIX), o uso de analogia para criminalização de atos (*in malam partem*¹⁷²) e a inobservância dos fundamentos da República Brasileira e da separação dos Poderes (Art. 2º, Caput da CF/88), ao legislar dentro de um contexto específico, que é a reserva legal.

O Poder Legislativo, detentor precípua da função legiferante, não atuou em nenhum momento para garantir a proteção da comunidade LGBT. Isso, no entanto, não legitima a penalização da homofobia por meio de interpretação. Os princípios da reserva legal e da legalidade são garantias fundamentais e concretizam a noção de que o Direito Penal é a *ultima ratio*. Diante disso, caberia ao STF, uma vez garantido a defesa dos direitos fundamentais da comunidade LGBT, comunicar formalmente o Poder Legislativo para produzir legislação específica para a tipificação penal correta à conduta que se almeja criminalizar.

Pode-se dizer que em Direito Penal qualquer interpretação judicial capaz de inserir mais crimes em diplomas legais, como a analogia, representa uma forma de descaracterização desse ramo, já que “a analogia constitui método de integração do ordenamento jurídico, em que se aplica uma regra existente para solucionar caso concreto semelhante, para o qual não tenha havido expressa regulamentação legal”. (ESTEFAM, 2015. p.111). É como se alterassem a sua essência, o que se faz quando se desenvolve um precedente judicial que positiva novos delitos.

172 *In mallan partem* – referência a analogia aplicada sendo prejudicial ao agente, por criar ilícitos penais ou agravar punições já previstas em texto normativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, amparado pela doutrina, da legislação vigente e das jurisprudências produzidas aos casos aplicados, conclui que o ativismo judicial está presente em muitas das decisões emitidas pela Supre Corte brasileira.

Em que pese a tentativa do STF, como guardião da Constituição, em efetivar seus preceitos, esta atitude altiva pode, por vezes, atingir o próprio texto Constitucional. A interpretação sistemática da Constituição não dá ensejo ao desrespeito de seus princípios mais basilares.

Evidente que em nada se opõe os autores deste trabalho no se refere à proteção de minorias, em especial a comunidade LGBT, ainda mais dentro de um espectro de igualdade material.

Entretanto, determinadas proteções não devem se dar à todo custo: desrespeitar a constituição em prol de seu respeito é um tanto quanto incongruente. Deve-se lutar para que haja o total respeito e efetivação de nossa Carta, e desta feita, os atos impróprios da nossa Suprema Corte devem ser denunciados, como tarefa indelével da nossa doutrina.

Como já dito, equiparar o ato de discriminação à criminalização, denuncia-se uma flagrante inconstitucionalidade: o princípio da anterioridade penal (Art. 5º, XXXIX).

O uso de analogia para criminalização de atos (*in malam partem*) e a inobservância dos fundamentos da República Brasileira e da separação dos Poderes (Art. 2º, Caput da CF/88), ao legislar dentro de um contexto específico, fere cristalinamente o princípio da reserva legal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte geral – vol.1**. 19ª. edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 26ª. edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

- ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado: Parte Geral**. 4^a. edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.
- GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 9^a edição. Niterói, RJ: Impetus, 2015.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito; tradução de J. Cretella e Agnes Cretella**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 9^a edição, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9^a edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**, 14^a edição. Ed. Método, 2015.
- SOUZA JÚNIOR, Arthur Bezerra de. **Ativismo judicial e o Direito à Saúde – uma análise do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Ed. Multifoco, 2015.

O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS – SIPDH - E O CONTRIBUTO DA DEMOCRACIA COMO LEGITIMAÇÃO: A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO COMO AMICI CURIAE A LUZ DA TEORIA DE PETER HÄBERLE 173

Gustavo Marques Krelling

INTRODUÇÃO

Diante do contexto de crise global da esfera pública, pesquisa se justifica na relevância de investigar cientificamente se as estruturas da jurisdição interamericana podem promover um diálogo institucional a partir das dimensões constitucionais do Ministério Público brasileiro.

A problematização, pois, consiste em auferir até que ponto é possível ou não aplicar a teoria da democracia como legitimação no âmbito

173 O presente artigo é resultado parcial de reflexões críticas inspiradas no âmbito da disciplina intitulada “Jurisdição Internacional e Superioridade Normativa na Contemporaneidade”, ministrada sob a titularidade do Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini, vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Internacional PPGD/UNINTER; e reproduz trechos e/ou ideias centrais anteriormente desenvolvidas pelo autor.

do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – SIPDH.

Com efeito, o trabalho tem como objetivo geral demonstrar possibilidades e as cedências para a forma de atuação do Ministério Público brasileiro como *amici curiae* na jurisdição interamericana. O procedimento metodológico será o descritivo, decorrente de pesquisa bibliográfica doutrinária e normativa.

A fundamentação se alicerça no aporte teórico dos mais renomados doutrinadores internacionais e nacionais do direito público e do direito internacional. Com ela, argumenta-se pela participação de sujeitos e instituições no SIPDH como forma de desenvolvimento sustentável da democracia em esfera pública mundial (e, no caso, interamericana).

Em especial, Peter Häberle tem contribuído de forma decisiva para o fortalecimento e a consolidação do arcabouço institucional do Estado democrático em diversos países. Nesse sentido, é essencial a análise de institutos horizontais de transparência e acessibilidade às relações plurais, identificando novas temáticas ao direito à participação cidadã nas esferas públicas.

Como resultado, evidencia-se, com especial destaque as dimensões da teoria da democracia como legitimação em Peter Heberle, com o estabelecimento de diretrizes teórico-normativas para a reflexão sobre os limites e as possibilidades da função do Ministério Público brasileiro na jurisdição interamericana como *amici curiae*.

Conclui-se por demonstrar uma dimensão das possibilidades e dos limites de aplicação da teoria no âmbito dos diálogos institucionais no SIPDH.

A TEORIA DA DEMOCRACIA COMO LEGITIMAÇÃO – PETER HEBERLE: O PONTO DE PARTIDA

No presente tópico se pretende demonstrar instrumentos centrais da dimensão da democracia como legitimação no âmbito da Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes - Peter Häberle -, a ponto de indicar diretrizes para problematizar, posteriormente, em que medida ela pode ser aplicada no arranjo institucional do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – SIPDH - pelo Ministério Público como *amici curiae*.

Nesta perspectiva, parte-se da ideia de que a complexidade do paradigma de proteção aos direitos humanos de envolver, necessariamente, a atuação contributiva dos jurisdicionados potencialmente afetados pela decisão. Com efeito, a jurisdição – interna e internacional – tem o poder/dever atuar como ferramenta de consolidação democrática sob o viés de que “democracia é formada pela associação de cidadãos” (HÄBERLE, 2002, p. 38-39).

Isto significa dizer que é fundamental instrumentalizar mecanismos para promover a participação sob a ideia de uma ‘hermenêutica jurídico-dialógica’ de proteção, defesa e garantia do bem comum (HÄBERLE, 2002).

Para o autor, a democracia voltada pela associação de cidadão – a democracia do cidadão – está muito próxima da ideia que a concebe a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo se limita apenas a assumir o lugar do monarca, porque a democracia não se constitui tão somente pela existência de determinados organismos representativos, mas sim, pela aplicabilidade de fundamentais direitos à participação cidadã (HÄBERLE, 2002, p. 20-30). Para o autor, uma sociedade aberta e plural se desenvolve mediante institutos deliberativos, por meio de

formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais [...] Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade (HÄBERLE, 2002, p. 31).

Trata-se da ideia do método hermenêutico como mecanismo de legitimação democrática e concretização da cidadania. Cuida-se de compreender que a democracia deve ser exercida por instrumentos institucionais de participação da associação de cidadãos inclusive no âmbito da jurisdição constitucional ou da jurisdição internacional.

Isto significa dizer que a democracia interna na jurisdição deve ser vista como processo de construção cultural da cidadania, que envolve a cooperação dos autores de direitos, para além da delegação de responsabilidade formal (HÄBERLE, 2002, p. 36-50).

Assim, a ideia da democracia como legitimação tende a implicar em uma mediação peculiar nas relações de poder institucional na jurisdição. Por este ponto de vista, a jurisdição – interna e internacional –, precisa ser viabilizada enquanto espaço cooperativo de debate e razão públicas.

Nesta perspectiva democrática da jurisdição, o exercício da cidadania permanece aliado à manifestação cooperativa da comunidade nas decisões do SIPDH. Neste caminho,

a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, desenvolve-se também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da *práxis* cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais, tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade; desenvolve-se também no “concerto” científico sobre questões constitucionais, no qual quase não pode haver pausas e fermatas, e que não tem e nem deve ter um regente [...]. “Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional (HÄBERLE, 2007)

Por este viés, respeitada a força normativa da constituição (HESSE)¹⁷⁴, a consolidação dos instrumentos normativos constitucionais e internacionais pode ser compreendida como um processo dinâmico que se desenvolve vivendo, e que os cidadãos também são responsáveis pela duração e a qualidade da vida constitucional (MELO, 2010).

Nesta senda, o destinatário da norma é participante ativo das consequências do contexto regulado e, portanto, instituições e sujeitos têm o poder-dever de participar das decisões jurisdicionais (HÄBERLE, 2002).

174 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1991

Deste ponto de partida conceitual, ao sistema de jurisdição incumbe uma espécie de arbitragem do debate jurídico democrático, em que conciliadores das relações de concretude da normatividade constitucional devem se posicionar enquanto diretores no controle jurisdicional (HÄBERLE, 2010) – não detentores da última palavra sobre o significado da norma constitucional ou internacional.

2.1. A TEORIA DA DEMOCRACIA COMO LEGITIMAÇÃO NO PLANO INTERNO

Desenvolvidos os argumentos centrais da teoria, agora, pretende-se descrever como é possível aplicar a teoria da democracia como legitimação no plano da jurisdição interna brasileira. Neste viés, se considera a supremacia da constituição. A constituição é vista como norma estruturante da democracia, de modo que incumbe a jurisdição – interna e internacional – cooperar para estabelecer critérios de inserção dos movimentos e das instituições na disputa pela concretização da constituição (BOLZAN, 2013, p. 93-120), fazendo com que haja possibilidade de aplicação da teoria no plano jurisdicional.

Bolzan de Moraes entende que a jurisdição não pode se tornar um espaço alheio às mudanças do processo democrático. O paradigma do que pode ser chamado de a judicialização da política ou de a politização do judiciário impõe o estabelecimento de novas práticas metodológicas para a construção da decisão judicial, contexto em que se coloca como primazia a legitimidade do debate democrático-participativo em um Estado de jurisdição constitucional (BOLZAN, 2013).

Além disso, Petters Melo afirma que “quanto mais fortes as reivindicações e a organização da sociedade civil na luta por seus direitos tanto mais provável uma resposta garantista do Estado”, de modo que um arranjo institucional de objetiva ser promotor de direitos tende a “espelhar uma sociedade formada por cidadãos informados, atores da floração contínua de novos direitos e da materialização expansiva de direitos já positivados” (MELO, 2013, p. 37).

Com isto, as instituições públicas internas devem estabelecer mecanismos eficientes de comunicação e transparência com a sociedade, de modo que a liberdade política e os direitos humanos sejam exercidos in-

ternamente, a fim de que o processo de formação da decisão seja desenvolvido de maneira democrática.

Vislumbra-se a jurisdição interna na missão precípua e institucional de ponderar a participação da sociedade civil, para a proteção eficaz da tutela dos direitos fundamentais.

A ideia de consolidação da jurisdição constitucional está objetivamente relacionada à ideia concebida pela democracia como legitimação. Cada instituição constitucional precisa se manter sensível aos novos processos de instrumentos democráticos (HÄBERLE, 2010, p. 140).

Neste íterim, aufere-se à jurisdição interna – doméstica – a missão precípua mediar o exercício da cidadania participação no âmbito jurisdicional interno. Sociedade Aberta e Jurisdição Constitucional pertencem, por um lado, inseparáveis, e, por outro, em constante tensão.

Nesta seara, a consolidação democrática de proteção dos direitos humanos pressupõe mecanismos dialógicos incorporados ao sistema jurisdicional interno, tal qual no Brasil se consolida por meio das audiências públicas e dos *amici curiae*, ferramentas estabelecidas no âmbito da jurisdição constitucional e, posteriormente, alargadas com previsão normativa para a dimensão contemporânea do processo civil.¹⁷⁵

175 Sobre o tema, para aprofundamento: 1) GODOY, Miguel Gualano de. As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 60, p. 137-159, 2015; 2) VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2015. 3) GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. 4) GUIMARÃES Lívia Gil; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso, prática e lobby*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017; 5) LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan/abr. 2018.

A TEORIA DA DEMOCRACIA COMO LEGITIMAÇÃO NO PLANO INTERNACIONAL¹⁷⁶

Nos tópicos anteriores, procurou-se descrever sobre as diretrizes da teoria e auferir mecanismos no plano interno. Neste item, objetiva-se trazer elementos para a configuração da teoria no âmbito internacional – especialmente no que tange ao SIPDH.

Esta mesma perspectiva de democracia como legitimação de ser levada a cabo quando da indagação sobre a possibilidade de aplicação a sociedade aberta no âmbito do direito internacional. Neste aspecto, faz-se fulcral a indagação a respeito dos participantes dos processos de desenvolvimento internacional.

O desafio consiste em diagnosticar quem são os legitimados a participar dos processos que dão continuidade ao desenvolvimento do Direito Internacional. Pois bem, em um contexto de uma na sociedade global – tal qual de argumenta no presente artigo –, além da percepção dos Estados soberanos, há setores institucionais que detém função de verdadeiros atores do processo decisório internacional – por exemplo, a Organização das Nações Unidas, o Conselho de Segurança e a Corte Interamericana.

A possibilidade de aplicação da teoria da sociedade aberta no âmbito do direito internacional (e, aqui, no sistema de justiça interamericano) se justifica de modo cada vez mais relevante, vez que o desenvolvimento contínuo do Direito Internacional deve ser especialmente considerado a partir da atuação de permanece das instituições democráticas.

Em efeito, as instituições públicas internacionais também têm se deparado com o problema da legitimidade democrática. Tendo como elemento central a dimensão “da democracia como legitimação”, qual tal propõe a sociedade aberta, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal, mas também por meio de “formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política

176Para aprofundamento sobre jurisdição internacional: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; TOLENTINO, Zelma Tomaz (Org.). *Direitos fundamentais e relações jurídicas*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2015. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

e da *práxis* cotidiana”, mediante a controvérsia sobre alternativas e possibilidades junto ao processo decisório (HÄBERLE, 2007).

Trata-se da ideia de que o exercício da *práxis* dialógico-interpretativa como suas possibilidades e limites - contribui de alguma forma para o avanço do Direito Internacional. A teoria de legitimação democrática da jurisdição se justifica especialmente no que tange à defesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. É o contexto de inserção da ação pública nas instituições de proteção da dignidade humana na nova ordem mundial.

A FUNÇÃO DO AMICI CURIAE COMO FERRAMENTA DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA NO SIPDH ¹⁷⁷

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – SIPDH - é capaz de revelar as peculiaridades das lutas emancipatórias por direitos e por justiça na região interamericana.

Apresenta uma particular institucionalidade marcada pelo protagonismo de diversos atores - em uma espécie de arena de debates - em que interagem instituições estatais, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, especialmente com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH - e com a Corte IDH no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Nesse contexto, o SIPDH se empodera mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. E é sob tal perspectiva multinível que emergem quatro vertentes do diálogo jurisdicional: 1. diálogo com o sistema global - mediante a incorporação de parâmetros protetivos de direitos humanos; 2. diálogo com os sistemas regionais - envolve a europeização do sistema interamericano e a interamericanização do sistema europeu; 3. diálogo com os sistemas nacionais - abrange o controle da convencionalidade; e 4. o diálogo com a sociedade - a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social (PIOVESAN, 2016, p. 355-370).

177 O *amici curiae* já foi utilizado inúmeras vezes no âmbito do Sistema Interamericano. Por todos, ver: RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em júízo*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

Para fins do presente trabalho, o que se está a analisar é o diálogo entre o sistema interamericano e os sistemas nacionais e, em especial, o diálogo entre o sistema interamericano com a sociedade.

Na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a figura do *amicus curiae* quando do julgamento de casos, é possível admitir a pessoa ou instituição desinteressada.¹⁷⁸ Merece evidência também a atual redação do art. 44, do Regulamento da Corte IDH, cujo conteúdo disciplina a utilização do instituto no órgão.¹⁷⁹ Além disso, é possível citar uma série de casos em que houve a função estratégica do *amici curiae*.¹⁸⁰

178 Artigo 2. Definições. Para efeitos deste regulamento: (...) 3. a expressão “*amicus curiae*” significa a pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta à Corte fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula considerações jurídicas sobre a matéria do processo, por meio de um documento ou de uma alegação em audiência.

179 Artigo 44 - apresentação de *amicus curiae*: 1. O escrito de quem deseje atuar como *amicus curiae* poderá ser apresentado ao Tribunal, junto com seus anexos, através de qualquer dos meios estabelecidos no artigo 28.1 do presente Regulamento.

180 No âmbito do SIPDH há diversos casos em que houve a participação do *amicus curiae*, tal qual se demonstra a seguir a partir das leituras da obra de André de Carvalho Ramos intitulada *Direitos Humanos em Juízo* (RAMOS, 2001). Imperativo compilar alguns casos, tais quais os casos conhecidos como: 1) "Caso Fairén Garbí vs. Solís Corrales" e 2) "Caso Godínez Cruz vs. Honduras", em que a Corte ouviu como *amici curiae*, várias organizações, tais como a Anistia Internacional, a Associação Centro-americana de Familiares de Presos-Desaparecidos; bem é possível destacar a 3) consulta realizada para análise da filiação obrigatória de jornalistas e a solicitação de parecer consultivo da Costa Rica, além do (4) Parecer Consultivo de sobre o direito à Assistência Consolar, em que restou demonstrado o interesse geral dos Estados Americanos no pronunciamento da Corte IDH, com expressivo indicador quantitativo de participantes (além de oito Estados membros, também participaram a Comissão Interamericana e 22 indivíduos e instituições na qualidade de *amici curiae*. Além deste rol exemplificativo de casos e consultas, imperativo também consignar como quinto exemplo (5) a recente atuação integrada de instituições públicas brasileiras e colombianas para elaborar opinião consultiva perante SIPDH – 2018. O contributo recente à prática dialógica da figura do *amici curiae* diz respeito à solicitação de Opinião Consultiva feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH – acerca dos julgamentos políticos e impeachment, de modo a fomentar e ampliar o debate sobre o tema. Nesse caso, o Núcleo Constitucionalismo e Democracia, que integra o Centro de Estudos da Constituição – CCONS –, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR–, e o Departamento de Direito Consti-

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA JURISDIÇÃO INTERAMERICANA COMO AMICI CURIAE

Partindo da ideia central de contribuição do Ministério Público ao papel de juridicidade de proteção dos direitos humanos, é preciso evidenciar sobre o direito a juridicidade, impondo vínculos impostos à esfera pública pelos direitos e pelos interesses coletivos estipulados nos instrumentos normativos constitucionais e internacionais (FARRAJOLI, 2015, p. 245).

Assim, ao MP se atribui o dever de uma intervenção positiva na sociedade, de modo a cumprir com o papel constitucional na defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Neste âmbito o MP se consolida como uma das instituições essenciais à justiça e defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, tal qual corrobora a supremacia da norma constitucional exarada no art. 127 da CRFB/88.¹⁸¹

Acerca do papel do Ministério Público, ainda afirma Ferrajoli que “deve haver um Ministério Público em Berlim”, parafraseando o clássico auspício referido aos juízes, destinado, “a continuar insatisfeito quando este não sejam acessíveis e chamados a se pronunciar a respeito de qualquer violação das leis e, em particular, dos direitos dos cidadãos” (FARRAJOLI, 2015, p. 246-248).

Desta perspectiva, o MP tende a se consolidar como instituição pública fundamental à legitimação da democracia e à garantia do acesso à justiça nacional e internacional. Com isto, a função do MP vem a corroborar com o pensamento de Peter Häberle em que a democracia interna

tucional da Universidade Externado da Colômbia, ingressaram, em conjunto, como *amici curiae* e apresentaram esta opinião diante da Comissão Interamericana com o propósito de colaborar, teórica e praticamente, com o SIPDH.

181 Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça - Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

do SIPDH é vista, em algum grau, como fator de desenvolvimento da legitimação democrática (HÄBERLE, 2002) no processo decisório ao qual é incumbida a jurisdição do SIPDH.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função democrática do SIPDH estabelece desafios significativos ao desenvolvimento dos diálogos institucionais na contemporaneidade. Diante do ponto de partida das dimensões da democracia como legitimação no âmbito da proteção dos direitos humanos, é possível considerar como fulcral a pesquisa científica demonstrar as relações político-jurídicas a partir da construção de um pensamento teórico democrático cara vez mais consolidado a nível internacional, capaz de desenvolver teorias e práticas jurídicas-dialógicas que venham a cooperar institucionalmente para uma robusta ordem mundial que coopere na expansão em nível global do paradigma da democracia (FERRAJOLI, 2015).

Nesta perspectiva, fundamental a consolidar da função constitucional do MP, inclusive por meio de uma atuação (com possibilidades e limites) no SIPDH. Assim, aufere-se pelo argumento teórico-jurídico da possibilidade do MP atuar como *amicus curiae* em determinados casos com comprovado interesse público, na medida das funções institucionais de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a fim de contribuir ao acesso à justiça.

Argumenta-se que, além da medida de legitimidade do Executivo no plano internacional, é preciso refletir sobre o formato de acesso à jurisdição de modo a viabilizar que diversos atores e instituições venham a integrar o processo decisório (HÄBERLE, 2002). Considera-se que as instituições públicas internacionais têm se deparado com o problema da legitimidade democrática e, com isto, tendem a corroborar para a ideia de que a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal, mas também por meio de formas de mediação do processo público (HÄBERLE, 2007).

Diante disto, demonstra-se a relevância da teoria jurídica sob a qual a jurisdição constitucional e a jurisdição interamericana estão alicerçadas em uma dimensão internacional em que tais sistemas jurisdicionais carecem de democracia interna, de modo a relacionarem ao desenvolvimento

de uma cidadania de ação pública – *law in public action* (HABERLE, 2010) – na constante busca pela concretização democrática mundial com o estabelecimento de vínculos e limites através dos direitos.

REFERÊNCIAS

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa*. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Lei Federal Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

_____. Lei Federal nº 9.882, de 3 de dezembro 1999.

_____. Lei Federal n.º 10.259, de 12 de julho de 2001.

_____. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae como interlocutor hermenêutico*. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. (Org.). *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 543-567.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

_____. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: considerações do ponto de vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, bem como sobre o desenvolvimento do Direito Internacional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. *Revista de Direito Público*, v. 4, n. 18, 2007, p. 54-79. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1292/758>>.

- _____. A jurisdição constitucional na sociedade aberta. Trad. Italo Roberto Fuhrmann e Souza e Ingo W. Sarlet. In: SARLET, Ingo W; TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; (Org). *Estado Constitucional e Organização do Poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MELO, Milena Petters. *A era dos direitos e do desenvolvimento*. In: CENCI, Daniel Rubens e BEDIN, Gilmar Antonio. *Direitos Humanos, Relações Internacionais & Meio Ambiente*. Curitiba: Multideia, 2013.
- _____. *Direitos Humanos e cidadania*. In: LUNARDI, Giovani; SECCO, Márcio (Org.). *A fundamentação filosófica dos direitos humanos*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: ROSA, Alexandre Morais da [et. al.]. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.
- _____. *As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar?.* *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 60, p. 137-159, 2015.
- GUIMARÃES, Livia Gil; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso, prática e lobby*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1991
- LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan/abr. 2018.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; TOLENTINO, Zelma Tomaz (Org.). *Direitos fundamentais e relações jurídicas*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2015.

_____; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

_____. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em juízo*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2015.

ACESSO À JUSTIÇA: OUTRA VISÃO A PARTIR DA IMPORTÂNCIA DO ENSINO JURÍDICO PARA TODOS

Lilian Trindade Pitta

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A reflexão sobre o tema que proponho, surgiu com a leitura do artigo “Igualdade à Brasileira: Cidadania como Instituto Jurídico no Brasil” da Doutora em Direito Regina Lúcia Teixeira Mendes, que me fez despertar sobre o tema cidadania, a partir das citações feitas em nome de Thomas Humphrey Marshall, Professor Emérito de Sociologia da Universidade de Londres, que desenvolveu o conceito de cidadania plena considerando três elementos: cidadania civil, cidadania política e cidadania social.

Analisando brevemente a obra de T. H. Marshall - “Cidadania, Classe Social e *Status*” (Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967), indica Marshall (1967, p. 63), que o elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual, dentre os quais destacou o direito de pensamento e fé, o direito à liberdade individual, o direito de ir e vir, direito de contratar e direito à Justiça, ressaltando quanto ao último que, diferente dos demais, refere-se a defesa e afirmação de todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual, demonstrando que são os Tribunais de Justiça as instituições mais associadas aos direitos civis.

Já o elemento político, Marshall (1967, p. 63) explica que é o direito de participar no exercício do poder político, seja votando ou sendo elei-

to para as funções governamentais, e as instituições correspondentes para esse elemento são Parlamento e conselhos do Governo local.

Por fim, ao refletir sobre o elemento social, afirma Marshall (1967, p. 63-64) que deve ser considerado tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar da “herança social” a ponto de viver civilizadamente e de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade, sendo as instituições ligadas a esse terceiro e último elemento, o sistema educacional e os serviços sociais.

Neste diapasão, foi possível observar que para Marshall (1967, p. 75) o seu objetivo primordial é a cidadania, e seu interesse especial consiste em seu impacto sobre a desigualdade social. Para tanto, ao se referir a cidadania, afirma que [...] é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. E Marshall (1967, p. 76) prossegue, afirmando que todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*.

Após discorrer sobre o tema, abordando direitos civis, políticos e sociais, T. H. Marshall (1967, p. 107) conclui que a cidadania, assim como outras forças externas, tem modificado o padrão de desigualdade social.

Mas a leitura do artigo da Doutora Regina também foi capaz de despertar ainda mais o interesse que tenho sobre a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (Acesso à Justiça - Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988).

Nela, os autores demonstram a conclusão a que chegaram após a realização de uma pesquisa empírica de âmbito mundial realizada pelo Projeto Florença, na década de 1960, que consistiu numa grande mobilização que reuniu pesquisadores de diversos ramos das ciências sociais para a realização de uma coleta de dados que envolveu o sistema judicial de trinta países, de todos os continentes, respondendo a questionários com perguntas do tipo: qual o custo médio de um processo, se existem mecanismos processuais mais simples ou de menor valor... Após a coleta de dados elaboraram um Relatório Geral que rendeu a obra clássica “Acesso à Justiça”, publicada na década de setenta e, no Brasil, apenas em 1988.

Na obra, Cappelletti e Garth (1988, p. 8), reconhecem que a expressão “acesso à Justiça” é de difícil definição, mas afirmam que serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo

qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

No entanto, no modelo de acesso à justiça proposto no Projeto, apesar dos autores visualizarem as duas vertentes, enfatizaram apenas uma delas, a que diz respeito a facilitação do jurisdicionado ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, da suposta efetividade da tutela jurisdicional, já que os impressionou o fato de que os obstáculos ao acesso à Justiça eram sempre os mesmos, independentemente da riqueza do país, diferenciando-se apenas pela intensidade.

Assim, considerando tal vertente, Cappelletti e Garth, sugeriram espécies de soluções práticas para transpor os obstáculos (i) econômico, (ii) ligado à área de atuação do sistema processual – quantitativo e (iii) ligado a qualidade do serviço jurisdicional e, a partir dos três obstáculos encontrados, desenvolveram a ideia de que para ter acesso efetivo à Justiça seria necessário construir três movimentos de reformas processuais – movimentos incessantes – destinados a remover os empecilhos ao acesso à Justiça, que denominaram de “ondas renovatórias”. E, se três eram os obstáculos, três eram as ondas.

A primeira onda renovatória dizia respeito ao obstáculo econômico, ou seja, ao óbice da pobreza econômica para o acesso efetivo à justiça, pois o processo custava dinheiro, logo, muito caro para as pessoas carentes e desprovidas de recursos financeiros. Assim, a primeira onda versava sobre a assistência judiciária e o Projeto propôs o desenvolvimento de mecanismos que servissem para baratear o acesso como, por exemplo, a criação de um órgão que defendesse os interesses da população mais humilde, bem como possibilitar o julgamento de pequenas causas. No Brasil, nessa primeira onda renovatória, é possível observar a criação da Defensoria Pública e dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e Fazendários.

Na segunda onda, relacionada ao obstáculo da própria área de atuação do Judiciário, cujo sistema de prestação de justiça civil foi desenvolvido para a prestação de interesses individuais, o Projeto Florença enfatizou a importância de se tutelar os interesses transindividuais, ou seja, aquelas direitos que digam respeito a coletividade, como forma de atender a um número maior de pessoas, com menos dispêndio de tempo e dinheiro. Além da economia processual, as ações coletivas também são capazes de desafogar o Judiciário e trazem maior segurança jurídica. Também quanto a segunda onda, é possível observar no Brasil a publicação da Lei nº

7.347/85, que trata da Ação Civil Pública, assim como a Lei nº 8.078/90, que trata do Código de Defesa do Consumidor, além de outras leis que formam o microsistema da tutela coletiva, já que objetivam a tutela dos interesses coletivos *lato sensu*.

Já a terceira onda, que diz respeito ao obstáculo da qualidade dos serviços jurisdicionais, denominada de “novo enfoque de acesso à Justiça”, deve-se criar mecanismos que busquem resolver as deficiências do sistema judiciário e do processo de maneira com que o processo se torne mais célere e, conseqüentemente, mais efetivo, sem se esquecer, contudo, da segurança jurídica e da ampla defesa e contraditório. No Brasil, é possível perceber, a partir da década de 1990, inúmeras alterações no Código de Processual Civil que tiveram por objetivo tornar o processo mais célere e, conseqüentemente, mais efetivo, como forma de atender a terceira onda, como por exemplo, a remodelação do procedimento sumário, novo perfil dos embargos infringentes e do agravo, o princípio da causa madura, a súmula impeditiva de recursos, a extinção do processo de execução autônomo fundado em título executivo extrajudicial, entre outras.

Assim, cotejando os dois temas, foi possível perceber que estão intimamente ligados, mormente em sociedades cujo processo de democratização política é relativamente recente, como a brasileira.

Mas, para os fins do presente trabalho, o intuito será abranger o tema de cidadania e acesso à Justiça dialeticamente, considerando a segunda finalidade do sistema jurídico apontada no Relatório Geral, que é a produção de resultados que sejam individual e socialmente justos, a partir da compreensão de direitos e deveres enquanto cidadão, pois o acesso à Justiça enfatizado na primeira vertente da obra, não tem demonstrado ser suficiente para se ter um Direito de qualidade e efetividade na prestação jurisdicional, principalmente no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, onde o jurisdicionado pode socorrer-se do Judiciário sem a necessidade de estar assistido por advogado.

A FORMAÇÃO E A INFORMAÇÃO COMO FONTE DE CIDADANIA E EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Um dos fenômenos mais evidentes do Direito no mundo contemporâneo é a democratização do acesso à Justiça. Há alguns anos atrás, no

Brasil a não muitos, vários eram os obstáculos que os sistemas jurídicos criavam às chamadas pequenas causas e à prestação jurisdicional para autores individuais, especialmente aos pobres, pois o Estado era indiferente a incapacidade de muitas pessoas se valerem da Justiça, pois cabia a ele somente garantir a titularidade formal dos direitos.

Somente com as reformas introduzidas pelo *Welfare State*¹⁸² que os sistemas jurídicos começaram a se preocupar em dotar os indivíduos de condições de recorrerem à Justiça na qualidade de consumidores, locatários, empregados etc. Dessa forma, foram sendo introduzidas inovações no Processo Civil e no sistema judiciário, a fim de alcançar a busca de um instrumento efetivo para a pacificação social, permitindo uma nova forma de visão e de atendimento pela máquina judiciária, isto é, passou-se a atuar no judiciário de forma a satisfazer os seus clientes, do ponto de vista externo, atendendo a camadas da população que nunca tinham sido contempladas.

E, seguindo essa linha de raciocínio, considerando o primeiro obstáculo (econômico) encontrado por Cappelletti e Garth, propuseram estes mesmos autores, através da primeira onda renovatória, a implementação de meios que facilitassem o acesso à Justiça às pessoas que não tinham condições de arcar com os honorários advocatícios e custas processuais para fazer valer seus direitos. Daí surgiram os tribunais especializados, tendo nas pequenas causas uma de suas expressões mais importantes.

No Brasil, a primeira lei que tratou sobre os Juizados Especiais de Pequenas Causas foi a de nº 7.244/84. De acordo com o artigo 1º da referida lei, as causas de reduzido valor econômico, por opção do autor, poderiam ser processadas perante os Juizados Especiais de Pequenas Causas. O artigo 3º, por sua vez, dispunha que considerava-se como causas de reduzido valor econômico aquelas que não excedessem o teto de vinte salários mínimos, prevendo o artigo 9º, que demandante e demandado compareceriam sempre pessoalmente, podendo ser assistidos por advogado, sendo certo que, nos termos do artigo 51, o acesso ao Juizado, em primeiro grau de jurisdição, independia de pagamento, custas ou despesas.

Como se depreende, através do procedimento previsto na lei supra-mencionada, era possível não apenas se valer do Judiciário para causas

182 Estado de bem-estar social

consideradas de pequeno valor, que jamais recebiam a atenção dos advogados, assim como não havia a necessidade da assistência de advogado, nem, tampouco, era necessário pagar para ajuizar a demanda, barateando e possibilitando o acesso à Justiça, conforme previsto na primeira onda renovatória.

Em seguida, a Constituição da República de 1988 dispôs em seu artigo 5º, inciso XXXV, sobre a garantia constitucional de acesso à Justiça, criando mais mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro, para transpor o primeiro obstáculo visualizado por Cappelletti e Garth, como a instituição das Defensorias Públicas para atender a população carente, conforme previsto no artigo 134 da Constituição da República, bem como a criação dos juizados especiais para as causas de menor complexidade, nos termos dos artigos 24, inciso X e 98, inciso I, ambos da Carta Magna.

Posteriormente, em 27 de setembro de 1995, foi publicada a Lei nº 9.099/95, ainda em vigor, que revogou a Lei nº 7.244/84, e que fez criar os Juizados Especiais Cíveis Estaduais, com competência para processar e julgar causas de menor complexidade, nos termos do artigo 3º, sem a necessidade de assistência de advogado nas causas cujo valor não ultrapassa o teto de 20 (vinte) salários mínimos, sendo o acesso ao primeiro grau de jurisdição isento do pagamento de custas, taxas ou despesas, conforme previsto no artigo 54.

Contudo, tais mecanismos não têm demonstrando serem suficientes para eliminar a desigualdade jurídica imposta pelo sistema, pois sem uma formação adequada e, conseqüentemente, acesso à informação dos direitos e deveres de cada cidadão, por vezes, o que parece ser mais básico no Direito, é de total desconhecimento de pessoas que vivem em comunidades carentes.

Interessante observar, que há pesquisas que apontam para um “direito paralelo” vivido por comunidades em todo território nacional, como no estudo sociológico realizado por Boaventura de Sousa Santos sobre as estruturas jurídicas internas de uma favela do Rio de Janeiro, que denominou, ficticiamente, de Pasárgada. Em seu estudo, Santos afirma existir na comunidade um direito paralelo ao estatal, pois as relações presentes no caso estudado (habitação) eram tidas como ilegais e, conseqüentemente, não recebiam qualquer ajuda por parte do Estado. Desta forma, pergunta-se: de que adianta ter facilitação de acesso à Justiça, se o próprio Estado

“fecha os olhos” para situações como a descrita no estudo de Santos? E se as pessoas fossem conscientes de seus Direitos, será que não seriam efetivamente protegidas pelo Estado?

Nesse momento, importante ressaltar MENDES (2005, p. 22) ao tratar da igualdade, quando afirma que *no Brasil, o desafio consiste em fazer valer o instrumento jurídico como denominador comum, de forma isonômica, especialmente no que se refere à garantia e à proteção dos direitos civis, que como vimos são os que estão mais desprotegidos.*

Voltando a afirmação anteriormente feita, de que a criação dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, com a possibilidade das pessoas demandarem sem assistência de advogado, não demonstra ser suficiente para possibilitar acesso à Justiça com qualidade, já que, através de dados extraídos de relatórios elaborados pelo Núcleo de Primeiro Atendimento do XX Juizado Especial Cível da Comarca da Capital (Rio de Janeiro), o número de pessoas que se declaram analfabetas é ínfimo, sendo possível presumir a dificuldade de acesso para as pessoas de baixa instrução e carentes.

Segundo informações obtidas no sítio da EBC Agência Brasil¹⁸³, o analfabetismo caiu no país, mas ainda atinge treze milhões de pessoas, o que pode levar a várias conclusões, sendo a que interessa para o presente trabalho, de que através dos dados extraídos do Núcleo de Primeiro Atendimento do XX Juizado Especial Cível da Comarca da Capital cotejados com a informação da Agência Brasil, de que os analfabetos, semianalfabetos ou analfabetos funcionais não têm efetivo acesso à Justiça.

Logo, a criação dos Juizados Especiais, dando oportunidade ao jurisdicionado de demandar sem a assistência de advogado, também não garante, principalmente às pessoas com baixa instrução e carentes, acesso à Justiça, com eficiência e igualdade.

Tal se afirma porque uma primeira barreira à efetividade desse mecanismo de acesso à Justiça seria o próprio Poder Judiciário, como salientou Rubens R. R. Casara, em artigo intitulado “Poder Judiciário: Tradição e Opressão”(2015, p. 209):

183 Disponível < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2014-09/Analfabetismo-cai-0,4-pontos-percentuais-mas-ainda-atinge-13-milh%C3%B5es>> Acesso em: 05 Abr. 2019.

A burocratização, marcada por decisões conservadoras em um contexto de desigualdade e insatisfação, e o distanciamento da população fazem com que o Judiciário seja visto como uma agência seletiva a serviço daqueles capazes de deter poder e riqueza. Se por um lado, pessoas dotadas de sensibilidade democrática são incapazes de identificar no Poder Judiciário um instrumento de construção da democracia; por outro, pessoas que acreditam em posturas fascistas (na crença da força em detrimento do conhecimento, na negação da diferença, etc.) aplaudem juízes que atuam a partir de uma epistemologia autoritária.

Vale lembrar, ainda, que de acordo com ANDRADE (2014, p. 191) a tentativa de deixar o Direito e sua interpretação autônomos em relação às “irritações” sociais é, antes de tudo, uma tentativa de limitar o campo jurídico, de restringir aqueles que podem participar do debate e da fundamentação do direito na sociedade. Ademais, o “juridiquês” próprio dos Tribunais, acaba por dificultar o acesso à Justiça.

No que diz respeito a instituição das Defensorias Públicas, também não atendem a expectativa, a ponto de garantir, com plenitude, o acesso à Justiça a todos os necessitados. ALVES (2005, p. 32), em seu trabalho intitulado “A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça”¹⁸⁴, não só demonstra como confirma a afirmativa acima, ao ressaltar que o modelo de assistência jurídica existente no Brasil, comparado a outros países, é vanguardista, contudo, o grande desafio é sempre o de dar vida às normas legais, e aplicar efetivamente o que está na lei e, em relação a assistência Jurídica no Brasil não é diferente, pois apesar de estar previsto constitucionalmente e legalmente, não há aplicação efetiva do que está na lei.

Em sua conclusão ALVES (2005, p. 396) aponta que não há um modelo perfeito de sistema de assistência jurídica estatal. Prossegue asseverando que:

184 Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Assim, podemos afirmar que, no caso dos sistemas de assistência jurídica a ser prestado pelo Estado aos que dela necessitam, por melhor que seja o modelo adotado, se não for destinado o volume mínimo de recursos necessários para seu funcionamento, jamais produzirá os resultados desejáveis. Igualmente, no caso de um modelo supostamente menos eficiente, caso os recursos investidos sejam abundantes, certamente bons resultados serão alcançados, ainda que com certo desperdício de dinheiro que, certamente, fará falta para suprir outras necessidades sociais.

Por fim, ALVES (2005, p. 408) aponta, dentre os grandes problemas encontrados no sistema brasileiro de assistência jurídica, a falta de investimentos adequados e necessários para o pleno funcionamento das Defensorias, assim como grande sobrecarga de trabalho resultante da existência de uma demanda bem superior à capacidade dos órgãos de atuação, dentre outros.

Por conseguinte, a simples instituição da Defensoria Pública, repete-se, não é suficiente para garantir acesso à Justiça.

Retornando a Boaventura de Sousa Santos, mas não a Pasárgada, sociólogo português, encarregado de investigar as possíveis relações entre direito e sociedade, e que coordena o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa pertencente ao Centro de Estudos Sociais (CES) da Faculdade de Economia de Coimbra em parceria com o Ministério da Justiça de Portugal, traça distinção entre acesso à Justiça, conforme estipulado pelo Projeto Florença, e acesso à Direito (indissociável do acesso à Justiça) compatibilizando-se com acesso à informação, consulta e patrocínio jurídicos.

PORTO (2009, p. 33), ao escrever sobre o Projeto Florença, diz o seguinte:

No final dos anos setenta, Mauro Cappelletti e Brian Garth (1978) coordenaram um grande projecto de investigação sobre o acesso ao direito e à justiça. Nesse projecto, propuseram dois caminhos analíticos. O primeiro, identificava o acesso ao direito e à justiça com a igualdade no acesso ao sistema judicial e/ou à representação por um advogado num litígio. O segundo, mais amplo, encarava o

acesso ao direito como garantia de efetividade dos direitos individuais e coletivos. É a visão mais abrangente que privilegiamos. [...] O nosso estudo parte da hipótese geral que o acesso ao direito depende do funcionamento da sociedade e do Estado. Assim, garantir o acesso ao direito é assegurar que os cidadãos, em especial os socialmente mais vulneráveis, conhecem os seus direitos, não se resignam face à sua lesão e têm condições para vencer os custos de oportunidade e as barreiras económicas, sociais e culturais a esse acesso¹⁸⁵.

PORTO (2009, p. 47) ainda ressalta que:

No Brasil, todavia, deve ser levado em conta que a cidadania enquanto projeto democrático expandido pelo Estado Social e seguindo a tríade direitos civis, políticos e sociais, tal qual desenvolvido por Marshall, só foi oficialmente inserida com o advento do processo de redemocratização – mesmo sabendo que muitos dos direitos objetivamente considerados sociais foram implantados bem antes da “atmosfera democrática” característica da Constituição Cidadã de 1988.

E é considerando esta linha de raciocínio que se observa a necessidade de possibilitar o efetivo acesso à Justiça da população mais humilde através do direito básico à educação, como forma de obter formação e informação em busca de um Direito de qualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nelson Mandela, em seu discurso proferido no lançamento do *Mind-set Network*, afirmou que “a educação é a arma mais poderosa que você pode usar para mudar o mundo”¹⁸⁶.

185 apud

186 [Nelson Mandela](#) MANDELA, N. Lighting your way to a better future. Planetarium. University of the Witwatersrand, Johannesburg, South Africa. 16th July 2003.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 6º, elevou o direito à educação a um direito fundamental social e o artigo 205 do mesmo diploma legal assevera que a educação, sob o ponto de vista do direito, se presta ao desenvolvimento pleno da pessoa, ao preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

É possível, através do ensino jurídico na educação de base, disseminando o conhecimento de direitos e deveres civis, políticos e sociais aos alunos do ensino fundamental, alcançar a segunda finalidade da expressão acesso à Justiça encontrada por Cappelletti e Garth, mas não enfatizada no Projeto Florença, e, conseqüentemente, dar efetivo Acesso à Justiça aos de baixa instrução e carentes.

Assim, o ensino jurídico na educação de base poderá cumprir uma das funções sociais do Direito e permitir que o aluno-cidadão compreenda seus direitos e deveres e saiba exercê-los com consciência, possibilitando, inclusive, a resolução de conflitos através de meios alternativos.

Sabe-se que a educação tem relevante papel para a formação do indivíduo e o ensino jurídico deve participar de tal formação, proporcionando acesso à Justiça através do conhecimento de institutos jurídicos básicos.

Diógenes Belotti Dias, em seu artigo *Da Academia de Direito para as escolas de educação básica*, faz o leitor refletir sobre a *essencialidade do ensino do direito nas escolas de educação básica para construção e efetivação da cidadania*¹⁸⁷ e nos leva a responder aos seguintes questionamentos: a educação como direito fundamental ou o direito como elemento transformador da educação? Como entender a educação como direito fundamental se não se sabe direito o que é direito?

O ensino jurídico que se faz menção é o que pode e deve ser transmitido aos alunos do ensino fundamental, ou seja, dos anos iniciais, dos seis aos dez anos, com duração de cinco anos, e anos finais, dos onze aos quatorze anos, com duração de quatro anos, totalizando os nove anos do ensino fundamental, cumprindo, inclusive a diretriz mencionada no artigo 27 da Lei nº 9.394/96.

Importante mencionar, que não se trata de ensinar aos alunos do ensino fundamental, com profundidade, os institutos que são estudados numa

187 DIAS, Diogenes Belotti. *Da Academia de Direito para as escolas de educação básica*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50086&seo=1>>. Acesso em: 05 Abr. 2019.

graduação superior do curso de Direito, mas os direitos e deveres civis, sociais e políticos básicos, para que possam ser exercidos, até porque, nos termos do artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, *ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*.

Assim, tão importante quanto ter a facilitação de acesso à Justiça, é ter consciência de seus direitos e deveres enquanto cidadão para obter um Direito de qualidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleber Francisco. *A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça*. 2005. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2005.

ANDRADE, A. L. A. O desafio do ensino jurídico: um estudo da história do Direito em Apontamento. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 66, p. 187-195, set – dez. 2014. Disponível em < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista66/revista66_187.pdf> Acesso em: 05 Abr. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168 p. Título original: *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*.

T. H. Marshall. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

CASARA, R. R. R. Poder Judiciário: Tradição e Opressão. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 206-211, jan – fev. 2015. Disponível em < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_206.pdf> Acesso em: 05 Abr. 2019.

MENDES, R.L.T. Igualdade à Brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. In: AMORIM, M.S.; KANT DE LIMA, R.; MENDES, R.L.T. (Org.) **Ensaio sobre a igualdade jurídica**: acesso

à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-34.

PORTO, Julia Pinto Ferreira. *Acesso à justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. 2009. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1977), “The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada Law”, *Law and Society Review*, 12, 5-126.

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A SISTEMÁTICA DE NOMEAÇÃO DOS MINISTROS DO STF

Saulo de Medeiros Torres

1 INTRODUÇÃO

Levando-se em consideração a relevância que o Supremo Tribunal Federal (STF) vem adquirindo recentemente, pode-se verificar no âmbito acadêmico e na opinião pública, debates a respeito da atual sistemática de indicação e investidura dos membros do citado Tribunal e as dificuldades que tal procedimento poderia gerar para a independência decisória da mencionada instituição.

O interesse atual em relação à atuação do STF se configura em virtude de que alguns temas polêmicos estão sendo discutidos neste Tribunal e também por conta do impacto que suas decisões podem causar na sociedade, como por exemplo: fidelidade partidária; aborto de fetos anencefálicos; novos modelos de entidade familiar (união homoafetiva); pesquisas com células tronco entre outros.

Segundo Newton Tavares Filho (2006), as normas que regulamentam a sistemática de composição do STF e o modo como seus integrantes são escolhidos, ficam em evidência, pois a orientação política, ideológica ou jurídica dos seus componentes, ganham destaque em virtude das consequências que podem advir de suas opiniões.

A atual disciplina básica da forma de investidura dos membros do STF encontra-se prevista no Artigo 101, caput conjuntamente com seu

respectivo Parágrafo Único da Constituição Federal (CF) de 1988. Sintetizando o citado dispositivo, verifica-se que os membros do STF serão indicados pelo Presidente da República, sendo que essa indicação tem que ser aprovada pelo Senado Federal.

Conforme os ensinamentos de Maria Fernanda Jaloretto e Bernardo Pinheiro Machado Mueller (2011) as críticas que vem sendo feitas ao atual modelo é que o mesmo poderia trazer problemas para a independência nas decisões que são tomadas pela Corte e a possibilidade de interferências dos detentores dos Poderes Políticos. Na opinião de Diana Soares Machado (2006) em virtude da concentração de poderes na figura do Presidente da República na escolha dos membros do STF e a sua atuação discricionária durante a mesma, haveria um risco de formar-se uma relação pessoal entre a autoridade que nomeou e o magistrado nomeado, questionando-se assim a própria legitimidade das decisões do Tribunal.

Portanto, a abertura de uma vaga no STF gera discussões sobre como seus membros são escolhidos, vislumbrando-se também a apresentação de alternativas para fomentar a democratização da investidura daqueles que irão compor o órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil.

Diante do exposto, percebe-se a relevância que o tema abordado no presente estudo assume, especialmente pelo fato de encontrar-se em curso algumas Propostas de Emendas Constitucionais (PEC'S) que tem por objeto a alteração do atual sistema de indicação dos membros do STF.

O presente estudo tem por objetivo geral analisar a sistemática de investidura dos Ministros do STF, à luz da CF de 1988. Tem por objetivos específicos: a) esclarecer o funcionamento do modelo em vigor de investidura dos seus membros; b) apontar as críticas que são feitas ao sistema atual de investidura; c) comentar algumas propostas de mudanças para o sistema atual de investidura.

O trabalho está organizado da seguinte forma: a) breve explanação da evolução histórica da composição Supremo Tribunal Federal ao longo das Constituições brasileiras; b) abordagem geral e sucinta acerca das características do STF, com a finalidade de apresentar uma visão panorâmica do mesmo; c) análise do atual modelo em vigor de investidura, apontando-se as críticas ao mesmo e também as propostas de mudanças sugeridas.

A metodologia empregada na elaboração deste trabalho consistiu basicamente em levantamento bibliográfico acerca do tema e a análise de

algumas Propostas de Emendas Constitucionais que tratam a respeito de mudanças para o Artigo 101 da CF de 1988.

2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vem se constatando hodiernamente, que a atuação do STF tem ganhado destaque no panorama social brasileiro, crescendo cada vez mais o interesse por parte da opinião pública e dos trabalhos acadêmicos, acerca da atuação do Tribunal e dos seus membros.

Essa expansão na atuação do STF, em detrimento dos demais Poderes, configura um dos significados atribuídos por Oscar Vilhena Vieira (2008) para a expressão Supremocracia. Na opinião de Vieira (2008) alguns motivos explicam esse aumento da atuação do STF: a) ampliação dos legitimados para impetrar as ações diretas, conforme previsto no art. 103 da Constituição de 1988, pois no modelo que vigorava antes da atual Magna Carta, apenas o Procurador-Geral da República possuía tal legitimidade, conferindo uma abertura para outros atores políticos; b) o processo de constitucionalização do direito, proporcionou um aumento da litigiosidade constitucional, haja vista que diversos temas de índoles sociais, econômicas e públicas passaram a ter previsão em nível constitucional, limitando a liberdade dada ao corpo político; c) a Constituição de 1988, cuidadosa em proteger as suas disposições contra o ataque dos Poderes Públicos, atribui ao STF amplos poderes de guardião constitucional, com competência para julgar a constitucionalidade das leis e as omissões constitucionais dos Poderes Legislativo e Executivo.

Assunto que possui relação com a temática em análise é a denominada judicialização da política e das relações sociais, que nas palavras de Luís Roberto Barroso (2011, p. 360), “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. De acordo com Barroso (2011) um dos fatores que contribuem para que esse fenômeno seja cada vez mais percebido é que os Poderes Legislativo e Executivo se afastam de decidir temas polêmicos que poderiam trazer algum desgaste com a opinião pública, preferindo que os mesmos sejam solucionados pelo Poder Judiciário, como por exemplo as uniões homoafetivas.

Deste modo, como desdobramento do contexto ora debatido, “quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 2011, p. 362).

Assim, em virtude desse papel que o STF vem desempenhando, o interesse em analisar a forma como os membros do mesmo são escolhidos, tem merecido destaque, em virtude da força e a influência que as decisões desse Tribunal podem assumir na sociedade brasileira.

2.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE SUA COMPOSIÇÃO

Como antecedente remoto concreto da criação do STF, aponta-se o Supremo Tribunal de Justiça, constituído sob a égide da Constituição Imperial de 1824. A influência do período imperial é notada também nos registros feitos por Gilmar Ferreira Mendes (2010) e Uadi Lâmmego Bulyos (2011), que mencionam o fato de D. Pedro II ter encomendado um estudo sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos.

O STF foi inicialmente organizado de acordo com o estabelecido no Decreto 848 de 1890. A Constituição de 1891 confirmou a sua criação, trazendo em seu art. 56, as diretrizes acerca da composição e forma de escolha dos membros do STF. O Tribunal era composto por 15 membros, sendo estes nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, preenchidos os requisitos do notável saber e da reputação.

As mudanças trazidas pela Constituição de 1934 foram (art. 74): a) Redução do número de membros do Tribunal (passou para 11 membros); b) O STF passou a ser chamado de Corte Suprema; c) Enalteceu que o requisito do notável saber deveria ser jurídico e que o requisito da reputação deveria ser ilibada; d) Previsão de limites etários mínimo e máximo para ser indicado.

Entre as modificações advindas sob a égide da Constituição de 1937 (arts. 97 e 98) destacam-se: a) Alteração do limite etário máximo (passou para 58 anos); b) Retorno da denominação Supremo Tribunal Federal; c) Substituição do Senado Federal pelo Conselho Federal.

Na Constituição de 1946 (art. 129, I e II; art.99) cabe destacar os seguintes pontos: a) Não estabelecimento de limite etário máximo; b) Pre-

visão da aposentadoria compulsória aos 70 anos. O Ato Institucional (AI) nº 02/1965 conferiu nova redação ao art. 98 da Constituição de 1946, para aumentar a composição do STF (passou a contar com 16 membros).

No contexto da Constituição de 1967 (art. 113), a elevação da composição do STF feita pelo AI nº 02/1965 foi ratificado. No geral, manteve-se a sistemática vigente na Constituição de 1946.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 01/1969, manteve os mesmos critérios da Constituição de 1967, reduzindo a composição (passou para 11 membros, redução que tinha sido feita pelo AI/1967).

A análise do modelo da Constituição de 1988 será feito no tópico 4.1 do presente trabalho.

2.2 BREVES CARACTERÍSTICAS

Segundo o art. 92, parágrafo único da CF de 1988, o STF é sediado na Capital da União e com competência sobre todo território nacional. E de acordo com o previsto no art. 92 da CF de 1988, percebe-se que o STF encontra-se previsto como um dos órgãos do Poder Judiciário.

De um modo geral, as competências do STF, podem ser divididas em dois grandes grupos: Originárias e Recursais. De acordo com Alexandre de Moraes (2013), na competência originária, o STF analisa a questão em única instância, já na competência recursal a análise é feita em última instância. Para Moraes (2013), as competências do STF estão previstas basicamente nos arts. 102 e 103 da Constituição Federal de 1988.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinouver e Cândido Rangel Dinamarco (2006) caracterizam o STF como um órgão de superposição. Essa característica se dá pelo fato do STF não fazer parte nem da Justiça comum e nem da especial, sobrepassando-se sobre as mesmas (CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, 2006). Segundo Cintra, Grinouver e Dinamarco (2006) tal competência de superposição do STF estaria enaltecida sobretudo na atribuição de processar e julgar o Recurso Extraordinário.

Do ponto de vista interno, o STF possui a seguinte organização: Plenário e duas Turmas. O Regimento Interno do STF (RISTF) é que irá tratar dessa divisão orgânica, estabelecendo de modo geral que: a) Cada Turma será composta por 5 Ministros (O Presidente do STF não participa

da composição das Turmas); b) O Plenário tem sua competência prevista nos arts. 5º ao 8º do RISTF; c) As Turmas estão com suas competências previstas nos arts. 8º e 9º do RISTF; d) O Presidente do Tribunal é eleito pelo seus próprios pares, na forma estabelecida pelo RISTF.

O atual RISTF foi aprovado em 1980 e encontra-se em vigor desde essa data, com as alterações que lhe foram sendo feitas.

3 ESCOLHA DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Segundo Oliveira (2009), com o aparecimento de uma nova vaga no STF, as discussões acerca da forma de escolha dos seus membros ficam em evidência. Trata-se, assim, do debate em torno do Artigo 101 da CF de 1988.

3.1 ANÁLISE DO MODELO EM VIGOR

A atual sistemática de escolha dos Ministros do STF e a composição do mesmo estão basicamente previstas no Art. 101 da CF de 1988, anteriormente apontado. O mencionado dispositivo prescreve que:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Relacionado com o tema ora comentado, é interessante apontar também o inciso XIV, do Art. 84 da CF de 1988. Complementando o quadro dos dispositivos constitucionais pertinentes a matéria, é relevante elencar o dispostos nos seguintes dispositivos: Art. 52, III, a; Art. 12, § 3º, IV e o Art. 14, § 1º, I todos da CF de 1988.

Analisando o conjunto dos dispositivos constitucionais supramencionados, conclui-se que os requisitos atualmente em vigor para alguém ser

Ministro do STF: a) Ser brasileiro nato; b) Estar desfrutando os direitos políticos; c) Possuir mais de 35 anos e menos de 65 anos; d) Possuir notável saber jurídico e reputação ilibada.

Nessa abordagem sistemática do texto constitucional, encontra-se também as autoridades que encontram-se envolvidas na escolha e na nomeação dos membros do STF: a) Presidente da República (responsável por indicar e nomear, sendo que a nomeação só acontece após a aprovação pelo Senado Federal); b) Senado Federal (responsável por aprovar o nome indicado pelo Presidente da República).

Em relação à exigência do notável saber jurídico, parcela da doutrina entende que há a necessidade de que o candidato a uma vaga no STF seja Bacharel em Direito. Nesse sentido, Silva (2012) entende que é um desdobramento implícito do requisito do notável saber jurídico, a necessidade da formação em Direito. O citado autor acrescenta que:

Não bastam, porém, a graduação científica e a competência profissional presumida do diploma; se é notável o saber jurídico que se requer, por seu sentido excepcional, é porque o candidato deve ser portador de notoriedade, relevo, renome, fama, e sua competência digna de nota, notória, reconhecida pelo consenso geral da opinião jurídica do país e adequada à função (SILVA, 2012, p. 548).

Michel Temer (2008) defende a necessidade do postulante ao cargo de Ministro do STF ser bacharel em Direito. No mesmo sentido, é a opinião de Bulos (2011). Segundo as lições André Ramos Tavares (2005, p. 381): “Não basta, portanto, tratar-se de pessoa com formação acadêmica. Mais do que isso, é de impor um plus, que demonstre a referida capacidade para além de qualquer dúvida razoável”.

Para reforçar o citado posicionamento, aponta-se o seguinte aspecto histórico, explanado por Bulos (2011): Na vigência da Constituição Federal do Brasil de 1891 só se fazia menção ao notável saber, sem qualifica-lo como jurídico. Diante desse contexto, o Presidente da República Floriano Peixoto, nomeou um médico para ocupar uma vaga no STF. Porém, o Senado Federal (SF), recusou a citada nomeação com base em parecer elaborado no sentido de que apenas juristas poderiam ser membros do STF.

Trazendo um posicionamento em sentido contrário, entendendo que não é exigível o bacharelado em Direito para postular ao cargo de Ministro do STF, aponta-se a opinião de Alexandre de Moraes (2013).

Apesar do posicionamento antes mencionado de Moraes, vem prevalecendo na prática das indicações recentes para as vagas de Ministros do STF, a preponderância de candidatos que possuem formação jurídica (Bacharel em Direito). Analisando a atual composição do STF, percebe-se que todos os membros do tribunal possuem formação jurídica.

Sobre a interpretação do requisito da reputação ilibada, o mesmo diz respeito ao comportamento que o indicado para o cargo de Ministro do STF possui, a sua postura ética, fazendo-se uma análise da sua vida pregressa. De acordo com Peixoto (2012, p. 63): “A postura proba implica a inexistência de condutas desabonadoras do indicado em sua vida familiar”.

Em relação ao estabelecimento de limite etário mínimo (no modelo adotado pela CF de 1988: 35 anos) e limite etário máximo (no modelo adotado pela CF de 1988: 65 anos), André Ramos Tavares (2005, p. 380) leciona que: “A idade mínima decorre da necessária experiência que o exercício do cargo exige”. No que tange ao limite etário máximo, a opinião de Tavares (2005) é no sentido de que ele é estabelecido em virtude da perda da dinamicidade que é exigida para exercer as funções desempenhadas pelo cargo e também pelo fato de alguns regimes prescreverem uma aposentadoria compulsória para o funcionalismo público.

Aponta-se que o Presidente da República, na indicação dos membros do STF, agiria de forma discricionária. Ou seja, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos no texto constitucional, o Presidente da República teria uma liberdade de escolher o nome que em sua avaliação, tenha capacidade para exercer as atribuições de Ministro do STF.

Segundo Tavares (2005), no Brasil, adotou-se, o modelo de indicação por autoridades políticas. Deste modo, no modelo existente no Brasil, a forma de seleção dos membros do STF é diferente da seleção realizada para a carreira inicial da magistratura (através do concurso público).

Peixoto (2012) explica qual motivo que leva a diferenciação acima mencionada, enaltecendo que o caráter diferenciado se deve ao fato dos assuntos que são decididos no STF (por exemplo: Manutenção do equilíbrio federativo, manutenção do equilíbrio entre os Poderes, proteção dos direitos fundamentais, controle de constitucionalidade e manutenção da repartição constitucional de competências). Moraes (2013) também defende o tratamento diferenciado dado para a investidura dos membros do STF, enfatizando justamente o fato dos seus julgamentos envolverem os

atos das mais altas autoridades estatais, sobretudo as leis elaboradas pelo Poder Legislativo.

3.2 ALGUMAS CRÍTICAS AO MODELO EM VIGOR

Serão abordadas no presente tópico algumas críticas que são apontadas ao modelo em vigor da escolha dos Ministros do STF. Não há a intenção de expor todas as posições contrárias à sistemática atual e sim apontar as críticas mais recorrentes, sem a pretensão de esgotar o tema.

Primeiro aspecto crítico que a ser apontado diz respeito ao excesso de poderes na figura do Presidente da República, haja vista que somente o Chefe do Poder Executivo é quem possui a prerrogativa de fazer a indicação de algum nome para ocupar uma vaga no STF. A questão enaltecida por essa abordagem é no sentido de proporcionar uma maior democratização nesse processo de indicação de candidatos, descentralizando da figura do Presidente da República tal atribuição.

De acordo com Peixoto:

A indicação autônoma de parcela dos ministros do STF pelo chefe do Poder Executivo, pelo Judiciário, pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados seria conveniente por proporcionar um balanceamento entre os poderes na designação dos membros do Tribunal (PEIXOTO, 2012, p. 123).

Hans Kelsen (2003) defendia que a forma de escolha dos membros dos Tribunais Constitucionais fosse equilibrada, não fazendo a defesa nem da eleição pelo Parlamento e nem da nomeação exclusiva por parte do Chefe do Executivo, propondo uma combinação entre ambos os modos de recrutamento.

Segundo aspecto crítico que merece ser enaltecido, diz respeito à atuação do SF. Aponta-se que a atuação deste órgão vem sendo de simplesmente homologar as indicações feitas pelo Presidente da República, cumprindo um papel de mera formalidade.

Newton Tavares Filho (2006, p. 8) elucida que: “Frequentemente a Câmara Alta não toma para si uma responsabilidade fundamental do parlamento, em descompasso com seu papel constitucional,

aprovando de modo automático o nome que lhe é submetido pelo Presidente”.

Um viés histórico, trazido por Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira (2009), esclarece a atuação do SF nessa escolha dos membros do STF: O SF rejeitou cinco indicações do Presidente da República, todas em 1894.

Terceiro aspecto crítico que pode ser destacado é a ausência de participação da Câmara dos Deputados (CD). Para Peixoto (2012), com a inclusão do citado órgão haveria, pelo menos do ponto de vista teórico, uma maior possibilidade de representação da população. Essa abordagem iria ter como principal fator para não ser levada em consideração, o seguinte argumento: A CD poderia ter uma atuação semelhante a do SF, meramente protocolar, homologatória.

Quarto aspecto crítico enfatizado é o perigo para a falta de independência na atuação do indicado. Tavares Filho (2006, p. 8) expõe que, “a influência de laços de amizade e compromisso entre os indicados e o Presidente da República ou sua base parlamentar não são estranhas à nossa prática constitucional”.

Do ponto de vista formal, a previsão de garantias para assegurar uma atuação independente dos membros do STF (e do Poder Judiciário em geral) estão prescritas no Art. 95 da CF de 1988.

A crítica ora comentada possui ligação com a primeira divergência apontada no presente tópico: Como há excesso de poderes na figura do Presidente da República, recaindo sobre este a prerrogativa da indicação, existiria a possibilidade de prejuízo ao aspecto democrático da mesma.

Haveria conexão também com o segundo óbice apresentado no presente tópico: O caráter de mera formalidade da avaliação feita pelo Senado Federal, haja vista que esse órgão exerceria um papel meramente homologatório das indicações do Presidente da República, acabando por prevalecer na realidade a vontade do Poder Executivo (PEIXOTO, 2012).

Tavares (2005) sintetiza a crítica anteriormente analisada, abordando que teria-se um risco de se configurar um relacionamento indesejado entre o Presidente da República e o Tribunal Constitucional, um tipo de cumplicidade, permitindo a perda de neutralidade do Tribunal. Para essa perda não se configurar na realidade o autor enfatiza a importância das garantias da independência funcional.

3.3 ALGUMAS PROPOSTAS DE MUDANÇAS DO MODELO ATUAL

Neste tópico serão apontadas algumas Propostas de Emendas Constitucionais (PEC's) que tem por objeto modificar a sistemática atualmente em vigor da forma de escolha dos Ministros do STF, sendo feita uma abordagem sucinta de quatro propostas.

Na PEC 378/2014, de autoria do Deputado Federal Zé Geraldo, destaca-se os seguintes pontos: a) previsão de mandato de 10 anos para os Ministros do STF, proibindo-se a recondução e o exercício de um novo mandato; b) escolha dos Ministros do STF dividida entre Presidente da República (05 membros), SF (02 membros), CD (02 membros), STF (02 membros); c) aprovação dos nomes escolhidos pelo Presidente da República por três quintos dos votos dos membros do SF; d) aprovação dos nomes escolhidos pelo SF, CD e STF pelo voto de três quintos dos votos dos respectivos membros; e) os novos membros seriam escolhidos a partir de listas tríplexes elaboradas por diversas instituições (ex: Poder Judiciário, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, faculdades de Direito que possuam programa de doutorado em funcionamento a pelo menos 05 anos).

Na PEC 03/2013, de autoria do Senador Fernando Collor, enaltece-se as seguintes proposições: a) composição do STF com 15 membros; b) elevação do limite etário mínimo para 45 anos; c) inclusão do requisito formação jurídica; d) estabelecimento de mandato de 15 anos para os Ministros do STF; e) aprovação da escolha do Presidente da República por dois terços do Senado Federal; f) os membros do STF seriam escolhidos a partir de listas quádruplas elaboradas por diversas instituições (ex: Poder Judiciário, Ministério Público e Ordem dos Advogados do Brasil); g) previsão de impedimentos para participar das listas quádruplas.

Na PEC 275/2013, de autoria da Deputada Federal Luíza Erondina, é mister enfatizar: a) criação de uma Corte Constitucional, substituindo o STF; b) a Corte Constitucional seria composta por 15 membros; c) os Ministros da Corte serão nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da CD e do SF; d) os membros da Corte seriam escolhidos a partir de listas tríplexes elaboradas por diversas instituições (ex: Poder Judiciário, Minis-

tério Público e Ordem dos Advogados do Brasil); e) elevação dos limites etários mínimo e máximo para respectivamente 40 e 60 anos.

Na PEC 44/2012, de autoria do Senador Cristóvão Buarque enfatiza-se: a) escolha dos Ministros do STF pelo Senado Federal, por dois terços dos seus membros; b) os Ministros do STF serão escolhidos a partir de uma lista sêxtupla elaborada por diversos órgãos (ex: Poder Judiciário, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil e CD); c) recebidas as indicações, o Presidente da República formará lista tríplice, enviando-a ao Senado; d) previsão de impedimentos para participar das listas; e) a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do SF procederá à sabatina pública de cada indicado, formalizando a escolha do nome a ser submetido ao Plenário do Senado; f) o Plenário, por maioria qualificada, aprovará a indicação (em caso de não aprovação a PEC estabelece um procedimento a ser seguido).

Na PEC 12/2010, de autoria do Senador Marconi Perillo, aponta-se: a) definir o que vem a ser notável saber jurídico: atividade jurídica não inferior a 10 anos e o preenchimento de dois dos requisitos apontados na PEC (Mestrado em Direito, teses e trabalhos publicados, atuação destacada); b) trazer a definição de reputação ilibada: inexistência de condenação penal contra o indicado; c) nomeação dos membros do STF pelo Presidente da República, baseada em uma lista tríplice elaborada pelos Tribunais Superiores.

Tavares Filho (2006) e Moraes (2013) defendem a substituição do requisito do notável saber jurídico, pois o mesmo seria vago e subjetivo. Desta forma, ao invés da mencionada exigência, poder-se-ia colocar requisitos mais objetivos, como por exemplo a experiência profissional. Essa proposta pode ser encontrada, por exemplo na PEC 12/2010.

Tavares Filho (2006) e Peixoto (2012), defendem uma elevação do quórum de aprovação dos nomes indicados pelo Presidente da República, pois haveria a necessidade de um consenso parlamentar maior em torno do nome indicado, aumentando assim o controle e o grau de representatividade da indicação. Essa sugestão doutrinária pode ser visualizada, por exemplo nas PEC'S 378/2014, 03/2013 e 44/2012.

Acerca das PEC'S acima analisadas, observa-se que embora possuam pontos divergentes acerca de como modificar a forma de escolha dos Ministros do STF, possuem aspectos em comum, destacando-se: a escolha

dos indicados a partir de listas elaboradas por diversas instituições e a diminuição do excesso de poderes do Presidente da República, reduzindo assim, a sua discricionariedade.

4 CONCLUSÃO

Em virtude dos temas que estão sendo debatidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dos impactos que suas decisões estão trazendo na sociedade brasileira, cresce cada vez mais o interesse em torno dos membros que fazem parte deste tribunal e como os mesmos são selecionados.

No atual regramento em vigor, à luz da Constituição Federal de 1988, a sistemática para a investidura e escolha dos Ministros do STF, envolveria dois atores: O Presidente da República e o Senado Federal. Esse modelo vem vigorando no Brasil, com poucas alterações, desde a Constituição Federal de 1891.

Em razão da atuação meramente formal do Senado Federal e do excesso de poderes na figura do Presidente da República, aponta-se o risco para uma perda de independência decisória do STF, pois prevalece na prática a vontade do Poder Executivo no processo de escolha dos membros do Tribunal, tendo-se o perigo de uma relação pessoal entre a autoridade que indica e o indicado.

Para diminuir tal perigo, as garantias da magistratura se afiguram relevantes para proporcionar uma atuação autônoma por parte dos juízes do nosso órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Algumas críticas e propostas de alterações foram feitas ao modelo atual de investidura dos membros do STF, tendo a intenção de aprimorar o sistema vigente.

Nesse contexto, destacam-se a proposta de descentralizar a prerrogativa da indicação da figura do Presidente da República, proporcionando a participação de outras instituições e conferindo um caráter mais democrático ao processo de escolha. Sugestão interessante também é a proposição de participação da Câmara dos Deputados durante o processo de escolha, permitindo a participação das duas Casas do Congresso Nacional

É mister destacar também a sugestão de aumentar o quórum de aprovação do nome indicado para preencher uma vaga de Ministro do STF. Com isso, haveria a necessidade de um maior consenso em torno do nome

do candidato, enaltecendo assim a representatividade durante a escolha.

No lugar do atual requisito subjetivo do notável saber jurídico, é interessante o estabelecimento de critérios mais objetivos, que enfatizem a experiência e a qualificação profissional do indicado, diminuindo, assim, a discricionariedade na hora da escolha.

Deste modo, as críticas e propostas de alterações que foram feitas ao modelo atual de investidura dos membros do STF, possuem a finalidade de aperfeiçoar o modelo atual, enfatizando uma maior democratização do processo de escolha, reforçando desta forma, sua legitimidade decisória.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BULOS. Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOUEVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. O procedimento de escolha dos ministros do supremo tribunal federal – uma análise empírica. **Revista Economic A Analysis of Law Review**. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/viewArticle/9>>. Acesso em: 19/06/2014.

KELSEN. Hans. **Jurisdição constitucional**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Diana Soares. **A politização do supremo tribunal federal diante do mecanismo de escolha de seus ministros**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <<http://www.bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 22/06/2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. **Sobre a recusa de nomeações para o supremo tribunal federal**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/550/1009>>. Acesso em: 26/06/2014.
- PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação dos seus ministros**. São Paulo: Método, 2012.
- TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TAVARES FILHO, Newton. **Democratização do processo de nomeação dos ministros do supremo tribunal federal**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2006. Disponível em: <<http://www.bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 22/06/2014.
- TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, Dez. 2008

A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO DENTRO DA ANÁLISE DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

Vanessa Almeida Dutra

Introdução

O Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem como forma de Estado a federação, como forma de governo a república, como sistema de governo o presidencialismo, e como regime de governo a democracia, trazendo em seu ordenamento um vasto rol de direitos e garantias individuais ou coletivas.

Além disso, alguns fundamentos como a independência dos poderes e o estabelecimento de uma proteção jurídica do indivíduo, através de direitos humanos e fundamentais, existem e devem ser aplicados em todas as relações, sejam estas jurídicas ou não.

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Carta Magna, está inserida no topo do ordenamento jurídico nacional, e enuncia em seu preâmbulo, os princípios constitucionais, bem como as ideias que foram essenciais ao processo de criação desta. E mesmo não tendo força normativa, pode-se dizer que são importantes para o cenário jurídico.

Devido ao momento histórico em que a Constituição Federal foi promulgada, é possível perceber e analisar diversas características quanto a sua elaboração e ao seu conteúdo. Dado a seu caráter analítico, em nenhum

momento o legislador demonstrou ter intenção ou vontade de deixar de proteger determinada situação, conseguindo alcançar, então, uma estabilidade de relações, ou seja, uma segurança jurídica bastante extensa.

Vale trazer à tona que a Constituição Federal também foi responsável por um movimento conhecido como constitucionalização do processo, que tem por objetivo integrar o processo às regras e princípios constitucionais a fim de que este melhor se adeque como meio de obtenção da satisfação almejada no litígio.

Ademais, o acesso à justiça é um tema de extrema relevância para os sujeitos do mundo jurídico e, conseqüentemente, para a efetivação dos princípios formadores do Estado Democrático de Direito.

As bases legais do Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal constitui o topo da pirâmide do ordenamento jurídico brasileiro e traz em seu texto diversas garantias individuais e coletivas, na forma de regras e princípios, sejam, por exemplo, processuais gerais ou fundamentais. Por esta razão, é importante analisar e estudar o conceito desses elementos dentro do âmbito jurídico.

A teoria normativa-material de Robert Alexy defende que toda e qualquer norma deve ser classificada em regra ou princípio, baseando-se unicamente na diferença do modo de sua aplicação para a resolução de conflitos. A regra constitui uma norma que deve ser cumprida se, e somente se, for aplicável ao caso concreto.

Para Alberto do Amaral Júnior, a teoria geral do direito estabelece distinções entre regras e princípios nos seguintes termos:

Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de “tudo ou nada”, que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e conseqüências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente ex-

cludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente.

Os princípios exprimem o cerne dos valores que queremos implantar na sociedade e vão orientar todo o ordenamento normativo, bem como a hermenêutica jurídica. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, a estrutura do Estado Democrático de Direito está intimamente ligada a esse conteúdo, visto que os mesmos conseguem, de forma ampla, tratar dos mais variados assuntos.

A versão que melhor traduz esta noção é a de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para 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.

Seja através de regras, seja através de princípios, a finalidade do ordenamento jurídico é produzir uma solução específica para determinado conflito, sendo esta pautada, em sua totalidade, pelos limites da legalidade jurídica. É de notório conhecimento que, apesar de possuírem objetivos em comum, as regras e os princípios são constituídos de formas diferentes.

As regras têm um conteúdo essencialmente técnico, o que as tornam, de certo modo, mais imutáveis que os princípios, já que estes são normas de conteúdo aberto e, portanto, capazes de serem adaptados às necessidades apresentadas durante o processo de evolução da sociedade.

Nesse sentido é fundamental fazer referência ao princípio do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) que traz, em seu conceito jurídico, muito mais do que o respectivo significado literal. A referida norma concede à ação judicial garantias processuais fundamentais, ou seja, segurança jurídica, equidade, prazo minimamente razoável, além da capacidade de se produzir uma decisão eficaz. Isso corrobora, em grande parte, o entendimento de que nada adianta o cidadão conseguir atingir o Poder Judiciário com uma demanda a ser solucionada mas

não alcançar a resposta necessária; ou ainda que alcance, o momento já não lhe seja oportuno.

Tão visceral quanto o princípio acima, é o da garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV), o qual é considerado indispensável a todos os processos, sejam judiciais, administrativos, disciplinares ou militares. O alegado princípio é responsável por trazer condições essenciais ao bom funcionamento do cenário jurídico, além de ser um dos principais fundadores do conceito de “processo justo”.

Na busca pela melhor interpretação acerca do devido processo legal, a doutrina questiona se este apresenta apenas um sentido formal, isto é, processual, ou se também apresenta um aspecto material ou substantivo. Por sentido formal entende-se a possibilidade de a parte ter efetivamente acesso à justiça, enquanto que por sentido substantivo, entende-se a garantia do direito material em si.

O devido processo legal tem influência no surgimento e na aplicação de princípios como o da isonomia, o do juiz natural, o da inafastabilidade da jurisdição, o da proibição de prova ilícita, o da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição, o da motivação das decisões judiciais, entre outros.

Para que haja a concretização do devido processo legal, ainda é essencial que se considere o princípio do contraditório, segundo o qual todo e qualquer ato praticado no decorrer do processo seja resultante da participação ativa das partes, e o princípio da ampla defesa, que consiste no direito das partes de trazer argumentos que as defendam e de demonstrá-los dentro nos limites legais estabelecidos (CF, art. 5º, inciso LV). Ambos, por sua vez, estão profundamente ligados à noção de processo e de justiça, visto que possibilitam ao magistrado ter uma visão mais completa do cenário em que este se encontra. E isto, sem fazê-lo perder a postura imparcial que lhe é cabível e necessária.

Assim também ocorre com o princípio da motivação das decisões judiciais, o qual, antes utilizado apenas como fundamento de um possível recurso, agora é interpretado de maneira a contribuir com a comprovação da imparcialidade do magistrado e da legalidade da decisão proferida. Nesse sentido, Piero Calamandrei entende que:

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia da justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento

to topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.

A motivação da sentença é tão importante que, de acordo o texto do Código de Processo Civil, no artigo 1013, §3º, inciso IV, deve-se decretar a nulidade da sentença não fundamentada. Ressalte-se, ainda, que traz a aludida lei uma série de exigências a fim de que a motivação da decisão seja considerada válida. Nesse sentido elenca o artigo 489, §1º, incisos I a VI.

Sem dúvida, não há como fazer um estudo acerca do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV) sem se considerar todos os princípios que juntos vão se traduzir na sua essência. E entre eles, além dos já citados, não podemos deixar de elucidar a importância do princípio do duplo grau de jurisdição, que garante aos litigantes a impetração de um recurso a fim de que uma decisão seja revista, tendo sido ela proferida pelo juiz de primeiro grau ou pela jurisdição superior, o que se traduz na possibilidade de reforma de uma causa já julgada, assegurando assim, uma maior justiça.

Lado a lado com o princípio acima exposto, está o da imparcialidade (CF, art. 37, caput), que vincula a atuação do magistrado e dos serventuários, a uma postura sem qualquer tipo de interferência de cunho pessoal, político ou religioso, por exemplo.

No que tange ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput e inciso I), quando interpretado de forma literal garante apenas as mesmas oportunidades às partes envolvidas em determinado cenário jurídico. Porém, a tendência que vem sendo aplicada atualmente decorre da igualdade real, ou seja, tratar igualmente os iguais, e desigualmente, os desiguais, na medida de suas desigualdades. É com fulcro nesse raciocínio que a instituição da Defensoria Pública ou que a gratuidade de justiça são baseadas.

O princípio da publicidade (CF, art. 37, caput) originou-se na Revolução Francesa com a reação contra os juízos secretos e de caráter inquisitivo que antecederam. Posteriormente a Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, no seu artigo 10º, veio garantir a publicidade popular dos juízos. Atualmente o princípio da publicidade dos atos processuais é considerado instrumento fundamental na fiscalização sobre as atividades dos magistrados, promotores e advogados.

No sentido de dar efetivação ao princípio da publicidade dos atos pro-

cessuais temos inovações, como a criação da TV Justiça e da Rádio Justiça, que visam proporcionar ao cidadão comum, residente em qualquer estado da federação, um acompanhamento das decisões acerca das matérias constitucionais. Esta iniciativa traz, além da publicidade, uma maior elucidação da população, o que sem dúvida resulta num aguçamento de sua capacidade de entendimento sobre as atividades do Poder Judiciário.

Devido a sua essencialidade para o devido processo legal, o princípio da publicidade deve ser amplamente aplicado, tendo suas hipóteses de restrição taxativamente elencadas.

Deve-se saber que, podem estar relacionados com o conteúdo referido acima, os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência. Ou ainda, aqueles que trazem seu conteúdo, de forma implícita, como o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, e o princípio do impulso oficial.

Ainda com fito de efetivar as garantias previstas, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que também é conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi devidamente assinada e ratificada pelo Brasil, passando a integrar o ordenamento jurídico através do Decreto n° 678, de 06 de novembro de 1992.

Desde esse momento, consagrou-se mais um mecanismo que tem como finalidade, a promoção do estabelecimento de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, acrescido do cumprimento de direitos fundamentais da pessoa humana como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros, proibindo inclusive a escravidão e a servidão humana.

O pacto tem uma influência marcante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e compreende o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, e titular de condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

Vale ressaltar, que as normas citadas acima, zelam pelo equilíbrio das partes e das autoridades envolvidas, de alguma forma, nas relações com o Poder Judiciário, fatores imprescindíveis à concretização do devido processo legal.

O Projeto Florença e o direito de Acesso à Justiça

O “Projeto Florença” para o Acesso à Justiça foi elaborado com o escopo de estudar, sob um enfoque multidisciplinar, temas relevantes para a matéria, tais como repensar o conceito do acesso à justiça, analisar os obstáculos que o impedem materialmente e sugerir soluções que importem a superação desses obstáculos.

Esse projeto representou um novo paradigma no estudo do direito processual, uma vez que não foi resultado de uma visão essencialmente teórica, mas sim prática, baseado na realidade vivida nos sistemas judiciários estudados.

Teve origem na cidade italiana de Florença, entre os anos de 1973 e 1978, com a participação de vinte e três países, e foi coordenado por Mauro Cappelletti, em colaboração com Bryant Garth e Nicòlo Trocker. Cappelletti tentou demonstrar que é fundamental haver uma adaptação dos instrumentos jurídicos em disputas, principalmente naquelas em que as partes são desiguais, como nos casos em que uma das partes é o indivíduo e a outra é o Poder Público.

Tal estudo resultou em um relatório, que identificou problemas e apresentou soluções para o Judiciário. Uma das maiores preocupações diz respeito a três grandes pontos, quais sejam, a questão econômica, as desigualdades entre as partes em uma demanda e os entraves processuais.

Em virtude de todas as questões apontadas, o Projeto Florença trouxe algumas soluções práticas para as barreiras e problemas relacionados ao acesso à Justiça, ensejando as chamadas ondas renovatórias de acesso à justiça.

A Primeira Onda Renovatória do Projeto Florença tratou da assistência jurídica integral e gratuita, ou seja, do acesso à justiça aos hipossuficientes. Neste contexto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth identificaram três grandes problemas, sendo eles, a atividade jurisdicional seria dispendiosa na sociedade moderna; o tempo de espera para a obtenção da decisão jurisdicional era demorado; e existia uma desconfiança nos advogados.

A Primeira Onda Renovatória de Acesso à Justiça está relacionada com a Lei de Assistência Judiciária (Lei 1.060/50), além de ter influenciado a criação da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios. A Lei 1.060/50 é anterior ao Projeto Florença e suas pro-

postas, e desde que foi instituída trouxe inúmeros benefícios referentes à gratuidade aos pobres no exercício pleno das atividades judiciárias. Já a Defensoria Pública, apesar de ser um órgão relativamente recente na história constitucional brasileira, também possui a função de tentar ampliar o acesso ao Poder Judiciário, na medida em que institui mais uma porta de entrada no Poder Judiciário.

Enquanto isso, a Segunda Onda Renovatória do Projeto Florença abrangeu a proteção jurisdicional efetiva dos interesses difusos e coletivos. Devido a isso o foco do estudo foi o tratamento dos direitos difusos, ou seja, direitos supraindividuais, referidos a grupos, categorias e coletividades. O processo visto tradicionalmente como uma lide entre duas partes ao lado de questões como legitimidade e atuação dos magistrados, restringia e prejudicava o conhecimento de situações atinentes aos direitos difusos.

Com a Constituição Federal de 1988, os direitos coletivos foram reconhecidos, e por isso houve uma preocupação por parte do Estado em solucionar os conflitos referentes a tais direitos.

É válido ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor, através da lei 8.078/90, sofreu bastante influência da Segunda Onda Renovatória de Acesso à Justiça, e pode ser vista como uma das principais mudanças para o cenário jurídico brasileiro neste momento.

Além das mudanças já citadas anteriormente, é possível destacar algumas leis que versem acerca do processo coletivo, como a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), a Lei da Ação Pública (Lei 7.347/85), a Lei do Mandado de Segurança Coletivo (Lei 12.016/09), a Lei do Mandado de Injunção Coletivo (Lei 13.300/16), além da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.249/92).

E por fim, a Terceira Onda Renovatória apresentou proposições ligadas a alterações de procedimentos jurisdicionais, estruturas dos tribunais, criação de juízes informais que incentivem a conciliação.

O Código de Processo Civil e a nova interpretação jurídica do processo civil

O Código de Processo Civil foi sancionado em 2015, através da Lei 13.105/15, e representa uma grade mudança no cenário jurídico. Ele foi responsável pela propositura de diversas inovações, com escopo de me-

lhorar a prestação jurisdicional, e dessa forma, garantir um pleno e efetivo acesso à justiça.

O Novo Código de Processo Civil elenca alguns dispositivos que tangenciam a ideia de acesso à justiça qualitativo, já que são normas que trazem menos formalidade e maior celeridade ao processo. É válido destacar ainda, que tais conteúdos são fundamentais para garantir a efetivação dos preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito, além de tentar demonstrar a instrumentalidade do processo como meio de resolução de conflitos ocorridos na sociedade.

Consubstanciados nos primeiros dez artigos do Novo Código de Processo Civil, encontram-se um elenco de Princípios Constitucionais Processuais com fito de melhorar o processo jurisdicional. Apresentando aos sujeitos processuais a necessidade da cooperação, lealdade e garantia de uma decisão de mérito justa em tempo razoável, o Novo CPC ostenta um bojo de novos institutos a fim de concretizar a celeridade e a efetividade processual.

A nova legislação prima pelo saneamento de vícios processuais e também o aproveitamento de atos processuais que poderiam conduzir pela extinção do processo sem análise do mérito.

A primazia da decisão de mérito é consagrada também nos artigos 6º e 1029, §3º ambos do CPC, onde há a previsão de que o vício pode ser, inclusive desconsiderado, caso não se repete grave, bem como do próprio Princípio da Primazia da Decisão de Mérito.

É possível compreender que a solução do conflito judicial, ou seja, a satisfação do litígio deve ser a prioridade do ordenamento jurídico, a fim de que os princípios constitucionais sejam efetivos e eficazes, assim como corrobora o texto do artigo 1029, §3º do Código de Processo Civil.

Rui Barbosa em sua “Oração aos Moços”, em 1920, proferiu a máxima que resume com perfeição os efeitos da lentidão:

Mas Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e assim as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

Com a nova redação trazida pelo CPC agora temos uma presunção de veracidade da declaração de necessidade no caso das pessoas naturais.

Ressaltando ainda, que analisado caso a caso, hoje a concessão do benefício pode ser dada ainda de forma modulada, através de isenção parcial, desconto, parcelamento e etc.

Consagrando entendimento já exarado pela Súmula 481 do Eg. STJ, o Novo CPC positivou a possibilidade da pessoa jurídica, efetivamente hipossuficiente financeiramente, fazer jus ao benefício da justiça gratuita.

Neste diapasão, ratifica-se que o benefício da gratuidade de justiça também abrange as pessoas jurídicas que demonstrarem, por meio de prova, a insuficiência de recursos financeiros para arcar com as despesas processuais. Neste caso, não há presunção de veracidade da declaração de necessidade.

O ordenamento jurídico traz também previsão expressa para o *amicus curiae* em Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas. De acordo com o artigo 138, §3º do CPC, o respectivo instituto pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A fundamentação das decisões judiciais é condição *sine qua non* para a efetiva e correta aplicação dos preceitos democráticos. O §1º do artigo 489 do CPC elenca pontualmente “modelos” de sentença que não serão consideradas como fundamentadas, de maneira que prestigia o contraditório e estabelece que “o modelo de decisão passa a ser cooperativo, no qual o provimento é construído com diálogo, hermeneuticamente, entre o juízo e os demais partícipes, na busca da melhor solução para o caso em debate” (PEDRON, 2016, p. 33).

De acordo com Alexandre Câmara, a expressão “fundamentação da decisão judicial” e a expressão “motivação da decisão judicial” possuem sentidos diferentes, na medida em que a primeira é baseada em argumentos jurídicos, dotados de legalidade; e a segunda é baseada em explicações e convicções pessoais, não podendo então, servirem de argumentos de uma decisão judicial.

A constitucionalização do processo é a ideia de ver o processo como um instrumento ativo, buscando uma interação entre os institutos e funcionamento do direito processual e os princípios e valores derivados da Constituição Federal. Este fenômeno não é um novo ramo do direito processual, mas sim um ponto de vista metodológico da mesma disciplina, conforme demonstra Nelson Nery Júnior.

A partir da vigência do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) houve uma maior preocupação com os princípios e garantias, tanto explícitos quanto implícitos, originais ou interpretados, pertencentes ao ordenamento jurídico nacional.

Nesse sentido o Código de Processo Civil em seu artigo 1º define que:

O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

De tão vitais que são as garantias encerradas nas normas processuais, não se pode permitir que as mesmas sejam; de forma alguma, deturpadas ou descumpridas no curso do devido processo legal, sob pena de contaminar os direitos fundamentais por este, protegidos. Nessa acepção Juan Montero Aroca vem defender o caráter essencialmente técnico das regras processuais, já que este as protege da introdução de ideias políticas. Enquanto que para Joan Picó I Junoy, algumas garantias processuais são tão viscerais que se deveria dar-lhes a importância de regra constitucional.

Em consonância Antônio Carlos de Araújo Cintra acrescenta que:

Hoje, acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.

Outro ponto extremamente importante trazido por Joan Picó I Junoy diz respeito a harmonia que deve estar presente na relação entre as normas processuais e o direito material, visto que o excesso de garantia pode levar a ineficiência do processo, ou, na contramão, a busca exagerada pela eficácia pode acarretar na violação das garantias básicas da atividade do juiz, e por isso, a máxima eficiência deve ser retirada do processo, sem que isso incorra em desrespeito as garantias processuais do juiz e das partes.

Para que haja a efetiva aplicação das condições que, acima foram expostas, é necessário que se observe os preceitos fundamentais descritos na Constituição sem, contudo, perder de vista o direito material almejado. Neste caso, o equilíbrio entre o direito material e o direito processual fundamentado nos princípios constitucionais é que vai manifestar a legalidade do ordenamento jurídico.

Assim, a Constituição Federal, em razão da imprescindibilidade da atividade processual para tornar efetiva a tutela dos direitos individuais e coletivos, bem como da justiça social, estabeleceu em seu texto as regras e os princípios que orientam as atividades processuais. Tendo o Código de Processo Civil se orientado por tais normas para descrever os procedimentos adequados. Estão a legislação e a doutrina trabalhando no sentido de tornar a aplicação do direito, mais dinâmica e eficaz, cumprindo, desta forma, as premissas do devido processo legal.

Não há como tecer um estudo acerca do tema sem mencionar o primordial princípio da boa-fé. Devido a sua importância, o mesmo já vem exposto no início do Código de Processo Civil, no artigo 5º, “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”, estabelecendo-se assim, a lisura da conduta, não só das partes e seus patronos, mas também de testemunhas, magistrados, membros do Ministério Público e demais serventuários.

Vale destacar a existência de boa-fé (subjetiva) como elemento de suporte para alguns fatos jurídicos. Mas, não há que se falar, portanto em princípio da boa-fé subjetiva. Quando se refere ao princípio da boa-fé, se está analisando a boa-fé (objetiva) processual, que é uma norma de conduta capaz de criar situações jurídicas, ativas ou passivas, em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada.

É importante salientar que o conteúdo do referido princípio está totalmente relacionado ao cenário do regime democrático, e que jamais poderia associar-se a qualquer redução ou limitação de direitos. No entendimento de Joan Picó I Junoy, ao eliminar algum dos direitos das partes, poderes discricionários são conferidos ao juiz, ou seja, quando se procura obter a eficácia em detrimento das garantias, o direito material poderá restar violado.

Na visão de Juan Montero Aroca, a boa-fé processual é condição *sine qua non* para o bom e correto funcionamento das relações

jurídicas, sejam elas de direito contratual, de família, das coisas, de sucessões, além das relações pessoais. Tanto a boa-fé procedimental quanto a boa-fé subjetiva influenciam na atuação daqueles que estão envolvidos em uma relação processual, e devem existir em todas as fases desta. É necessário acrescentar que cabe ao magistrado exercer o controle da boa-fé processual das partes sem que isso acarrete prejuízo ao processo.

Ainda faz-se necessário dizer que o mencionado princípio pode ser visualizado através de diversos deveres anexos e processuais, tais como a verdade objetiva, a lealdade, a honestidade, a ética, a cooperação entre o juiz e as partes, além da imparcialidade na conduta e nas decisões proferidas pelo magistrado.

Conforme os estudos de Joan Picó I Junoy, o cenário jurídico perfeito seria aquele que houvesse uma postura intermediária, ou seja, uma posição que esteja em equilíbrio com todas as necessidades do Estado e da Justiça. E que poderia ser encontrado na medida em que a máxima eficácia processual fosse atingida sem violar qualquer garantia das partes que estivessem envolvidas na respectiva relação.

Sendo o princípio da verdade real, aquele em que o juiz, para decidir o processo, deverá estar efetivamente convencido acerca da veracidade dos fatos alegados, constata-se o quanto este pode ser útil à aplicação da boa-fé processual, na medida em que um dos deveres da Jurisdição é demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Assegurando-se, então, a realização da justiça.

Em suma, todos os sujeitos envolvidos na lide, ao praticarem atos processuais, devem lealdade ao processo conforme o princípio da boa-fé processual, que por ser uma cláusula geral, como descrito no artigo 5º do Código de Processo Civil, é dotado de grande flexibilidade, devendo o magistrado adequá-lo ao caso concreto.

Conclusão

O Estado Democrático de Direito é um conceito que engloba qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica.

É importante destacar que o acesso à justiça é um direito social que pertence, simultaneamente, aos indivíduos e à sociedade, e que não deve se restringir aos limites do acesso aos órgãos judiciais e ao aparelho judiciário estatal. O acesso à justiça justo e célere deve ser compreendido como condição *sine qua non* para o efetivo acesso à ordem jurídica.

Vale destacar que Cappelletti e Garth afirmaram que as reformas processuais não devem ser vistas, e muito menos aplicadas, como sendo soluções prontas e milagrosas.

Flávio Quinaud Pedron afirma que o chamado “acesso à justiça” não pode ser apenas formal, mas sim, capaz de colocar o partícipe do discurso de aplicação do direito pelo Judiciário na condição de seu coautor. Isso consiste na modernização do conceito de contraditório, ou seja, agora deve ser visto como direito de participação na construção da decisão judicial.

Ainda com base nos estudos de Pedron, podemos vislumbrar no novo CPC um complexo normativo muito mais afeito às transformações quer fáticas do contexto social, quer os pressupostos teóricos do discurso jurídico contemporâneo, que o da legislação de 1973. De certa forma, pode ser visto como uma defesa do ativismo judicial, auxiliando então, a diminuição dos problemas causados pela falta de estrutura do Poder Judiciário.

Mauro Cappelletti defende que

Um sistema destinado a servir pessoas comuns, tanto como autores, quanto como réus, deve ser caracterizado pelos baixos custos, informalidade e rapidez, por julgadores ativos e pela utilização de conhecimentos técnicos bem como jurídicos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 93 e 94).

Maria Tereza Aina Sadek (2014, p. 57) acredita que “o direito de acesso à justiça não significa apenas recurso ao Poder Judiciário sempre que um direito seja ameaçado. Esse direito envolve uma série de instituições estatais e não estatais.”. E que é preciso considerar “ao menos três etapas distintas e interligadas: o ingresso visando à obtenção de um direito, os caminhos posteriores à entrada e, finalmente, a saída”.

E ainda sobre este mesmo instituto, Kazuo Watanabe entende que

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de pos-

sibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. (WATANABE, 1985, s.p.).

Em suma, o devido processo legal deve ser visto como um conjunto de ideias e características que juntas relacionam-se, e têm como finalidade basilar o cumprimento e a real efetivação dos conceitos aqui envolvidos. Faz-se necessária a correta aplicação dos princípios trazidos por este trabalho, bem como eventualmente de outros supervenientes, a fim de que através de um processo justo, equilibrado, sustentado pelos princípios constitucionais referentes à matéria, se possa fazer uma justiça que, ao mesmo tempo baseada em valores éticos, seja também célere e eficaz. É possível entender que um dos mecanismos mais importantes a fim de garantir o exercício da cidadania plena encontra base no ato de assegurar o acesso efetivo à máquina jurídica e judiciária. E que o referido acesso também precisa ser visto como um movimento transformador das perspectivas acerca da justiça social.

Bibliografia

- AROCA, Juan Montero. **Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal**. In: AROCA, Juan Montero. *Proceso Civil e Ideologia*. 3 ed. Buenos Aires: Astrea, 2016. Capítulo 17.
- BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. op. cit., p. 78.
- ECONOMIDES, K. **Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça” – epistemologia versus metodologia**. In: PANDOLFI, S. et al (orgs). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

- Federa, S. T. (s.d). **Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos.** Acesso em 25 de 06 de 2018, disponível em Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver/NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>
- Júnior, A. A. (1998). **Princípios e Regras: diferenças.** Acesso em 25 de 06 de 2018, disponível em Âmbito Jurídico: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11088
- JUNIOR, Humberto Theodoro. **Processo justo e boa-fé objetiva:** Repulsa aos atos contraditórios e desleais – *Venire contra factum proprium, suppressio, surrectio e tu quoque.* In: ZUFELATO, Camilo; YARSHEL, Flávio Luiz. **40 anos da Teoria Geral do Processo: Passado, Presente e Futuro.** São Paulo: Malheiros, 2013. p. 467 – 504.
- JUNOY, Joan Picó. **El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: um debate mal planteado.** In: AROCA, Juan Montero. *Processo Civil e Ideología.* 3 ed. Buenos Aires: Astrea, 2016. Capítulo 7.
- JUNQUEIRA, E. **Acesso à justiça – um olhar retrospectivo.** Revista Estudos Históricos, n° 18, pp. 289 – 402, 1996.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2009. p. 362 - 364.
- SADEK, M. T. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos.** Revista USP, n° 101, pp. 55 – 66, 2014.
- Vilas-bôas, R. M. (1998). **Princípios Constitucionais do Direito Processual Civil.** Acesso em 25 de 06 de 2018, disponível em Âmbito Jurídico: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10180&revista_caderno=21

POLÍTICAS PÚBLICAS

VIGIAGUA MANAUS: POLÍTICAS PÚBLICAS E A AGENDA 2030

Bárbara Dias Cabral

INTRODUÇÃO

No 8º Fórum Mundial da Água, as metas da Agenda 2030 foram discutidas em relação aos temas Clima, Pessoas, Desenvolvimento, Urbano, Ecossistemas, Finanças, Compartilhamento, Capacidade e Governança. Entre outros aspectos, a água como direito humano à vida foi discutida, assim como investimentos em tecnologia e segurança hídrica, ações de adaptação às mudanças climáticas, uso da água na agricultura e consumo de energia.

Tem por objetivo apresentar o Programa VIGIÁGUA-Manaus como uma Política Pública alinhada aos objetivos e metas da Agenda 2030. Esta pesquisa tipifica-se em qualitativa, bibliográfica e interpretativa.

Para tanto, o trabalho se propõe a delinear os termos Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. Num segundo momento, apresentará a Agenda 2030 da ONU e sua relação com políticas públicas hídricas. Por fim, destacará pontos importantes do Programa VIGIAGUA-MANAUS.

DELINEANDO QUESTÕES CONCEITUAIS

Antes de aprofundar nas questões técnicas cabe trazer definições conceituais sobre Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável, para dirimir eventuais dúvidas sobre a temática. É a proposta deste primeiro capítulo.

O que são políticas públicas

Uma política pública “é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público [e] possui dois elementos fundamentais: intencionalidade pública e resposta a um problema público” (SECCHI, 2014, p. 1).

Para o Dicionário de Políticas Públicas (2015, p. 338), elas são definidas como: o conjunto de estratégias e ações articuladas, adotadas por autoridade governamental formalmente constituída, que visam alcançar um resultado público e a satisfação. No mesmo sentido, Bucci (2013, p. 38-39) afirma sobre Políticas Públicas que:

são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados [...], os quais devem [...] visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Políticas Públicas são as atividades do governo em prol de seus governados, de forma ordenada e objetiva. Consoante Lopes e Amaral (2008, p. 5 e 7), Políticas Públicas:

são o conjunto de ações e decisões do governo, voltadas para a solução (ou não) de problemas da sociedade [...] são totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público. [...] são o resultado da competição entre os diversos grupos ou segmentos da sociedade que buscam defender (ou garantir) seus interesses. Tais interesses podem ser específicos – como a construção de uma estrada ou um sistema de captação das águas da chuva em determinada região – ou gerais – como demandas por segurança pública e melhores condições de saúde.

Conforme a Teoria Geral do Estado e a Constituição Federal (art. 1º, p.ú.), o Estado recebe poder de seu povo para exercê-lo em benefício

deste. Quando assim se manifesta, pode-se dizer que houve uma política pública. Tal definição é de suma importância para melhor compreensão do que se segue.

O que é Desenvolvimento Sustentável

Muitas são as dúvidas quando o assunto é Desenvolvimento Sustentável. O conceito clássico é do Relatório Brundtland ou “Nosso Futuro Comum”. Em 1987 ele o definiu como: o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades.

Tal conceito foi eternizado na Constituição Federal, no art. 225:

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

Por se tornar direito fundamental no Brasil, muitos doutrinadores o compreendem também como Princípio. É o caso de Antunes (2012, p. 26): O princípio do desenvolvimento [...] materializa-se no direito ao desenvolvimento sustentável, que se encontra presente em diferentes textos normativos nacionais e internacionais.

No mesmo sentido está o pensamento de Sirvinskas (2010, p. 183-185) sobre desenvolvimento sustentável, quando afirma que ele:

procura conciliar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico para a melhoria da qualidade de vida do homem, buscando a utilização racional dos recursos naturais não renováveis com o objetivo de alcançar a tão propalada justiça social. Também é conhecido como meio ambiente ecologicamente equilibrado ou ecodesenvolvimento.

Fiorillo (2007, p. 30) completa o raciocínio dizendo que:

O princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória

entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.

Pode-se perceber que a doutrina brasileira confirma o conceito de Desenvolvimento Sustentável impresso no Relatório Brundtland. Vai mais além: devido à previsão constitucional, o interpreta como princípio do ordenamento jurídico pátrio. Todos convergem a um mesmo entendimento: a melhoria da qualidade de vida das pessoas no mundo.

A AGENDA 2030 DA ONU E POLÍTICAS PÚBLICAS

Segundo as palavras das Nações Unidas (ONU, 2015), a Agenda 2030: é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade. Ela também busca fortalecer a paz universal com mais liberdade. Ainda diz que tanto os países quanto as partes interessadas devem implementá-la, por meio de parceria colaborativa.

O capítulo abordará a Agenda 2030 da ONU, com foco no objeto nº 6 para o desenvolvimento sustentável, que trata das questões relativas à água. Em seguida, tratará do documento “Articulando os Programas de Governo com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Em seu texto dá sugestões práticas ao Brasil, inclusive sobre recursos hídricos, para que o governo brasileiro consiga implantar com sucesso os ODS.

Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e a água

A Agenda 2030 (ONU, 2015) é composta por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas integradas e indivisíveis, equilibrando as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.

Os Objetivos e metas do Desenvolvimento Sustentável tem como meta estimular a ação mundial para os próximos 15 anos em áreas de importância crucial para a humanidade e para o planeta. Participe dos recursos naturais, a água é um dos temas de maior destaque da Agenda 2030.

Tal documento reconhece que o esgotamento dos recursos naturais e os impactos negativos da degradação ambiental, incluindo a escassez de água doce, acrescentam e exacerbam a lista de desafios que a humanidade enfrenta.

Em sua visão, reafirma os seus compromissos relativos ao direito humano à água potável e ao saneamento e onde há uma melhor higiene. Para tanto, decidiu conservar e utilizar de forma sustentável os oceanos e mares, recursos de água doce, bem como combater a escassez de água e a poluição da água e fortalecer a cooperação sobre a desertificação.

Abordou a questão da gestão ambientalmente racional, por meio do uso mais eficiente de água e energia. Pretende erradicar doenças transmitidas pela água e o número de mortes e doenças por sua contaminação.

Muito se fala sobre a temática “água” na Agenda 2030. Porém, cumpre aqui destacar dentre seus 17 objetivos o Objetivo 6. Visa assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos.

Com 8 metas, tal objetivo propõe-se até 2030 a alcançar para todos: o acesso universal e equitativo a água potável e segura, saneamento e higiene, reduzir a poluição, aumentar o abastecimento, implementar a gestão integrada dos recursos hídricos, ampliar a cooperação internacional, apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais.

Para 2020 há apenas uma meta relacionada ao Objetivo 6 da Agenda 2030: proteger e restaurar ecossistemas relacionados com a água¹⁸⁸, incluindo montanhas, florestas, zonas úmidas, rios, aquíferos e lagos.

Num mundo onde, segundo a própria ONU (INÁCIO, 2013), 1,1 bilhão de habitantes não têm acesso à água tratada e cerca de 1,6 milhão de pessoas morrem em razão de problemas de saúde decorrentes da falta desse recurso, é de suma importância se pensar no fator água.

Articulando os Programas de Governo com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável

Para que seja eficaz e transformadora como se propõe, para não ser mais do mesmo, ou simplesmente um documento esquecido nas gavetas dos chefes de Estado, a ONU preocupou-se em articular os programas de governo com a Agenda 2030.

188 Cabe lembrar que o Brasil possui 12% das reservas de água doce disponíveis no mundo. (INÁCIO, 2013)

Para tanto, a ONU redigiu o documento “Articulando os Programas de Governo com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” (ONU, 2018). Em suas palavras, propõe a ampliação da conscientização em torno da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e fazer uma chamada para que os programas de governo (ou seja, as políticas públicas) se alinhem a essa “linguagem comum”.

O texto traz 6 princípios que devem reger as agendas ambientais: não deixar ninguém para trás; universalidade; integralidade e indivisibilidade dos objetivos do desenvolvimento sustentável-ODS; enfoque inclusivo e participativo; apropriação nacional e enfoque baseado nos direitos humanos.

O documento segue informando que, para que o governo brasileiro incorpore os ODS em programas de governo é preciso: conhecer a Agenda 2030 e os ODS; diagnosticar a situação do País; ter visão de desenvolvimento; estabelecer objetivos programáticos em torno dos ODS; criar um Planejamento Estratégico e implementar mecanismos de prestação de contas.

Porém não aporta a responsabilidade da boa execução do Desenvolvimento Sustentável apenas nas costas do Estado. Dá 6 diretrizes aos cidadãos para que possam contribuir com tal processo. Tal ideia alinha-se à doutrina hodierna, a qual entende que as políticas públicas podem partir também de ações do mercado e da sociedade civil, e é fundamental que exista participação em todos os momentos, desde a elaboração até a avaliação (TENÓRIO *et al*, 2010).

Por fim, o texto apresenta cada um dos 17 ODS e mostra, de forma prática, como o Brasil pode se organizar para alcançá-los. Quando ao Objetivo 6¹⁸⁹, afirma que serviços de recursos hídricos de qualidade estão intimamente ligados à erradicação da pobreza e, em último nível, à dignidade da pessoa humana.

Vai à fonte do problema: sugere que se proteja as nascentes, rios e bacias e que se compartilhe tecnologias de tratamento de água para a concussão do objetivo. Aconselha que haja políticas, diretrizes, planos, programas, ações, estratégias, medidas institucionais e de planejamento e melhoria da governança da água.

O documento encerra incentivando grupos políticos, organizações sociais, organizações religiosas, o setor privado, os sindicatos e a academia

189 Assegurar a disponibilidade e a gestão sustentável da água e do saneamento para todas as pessoas.

a trabalhar de forma conjunta para “Não deixar ninguém para trás” – o primeiro dos princípios estabelecidos para a consecução dos ODS.

O PROGRAMA VIGIAGUA MANAUS

Conforme explanação do Ministério da Saúde (SAÚDE, 2016) o VIGIÁGUA consiste no conjunto de ações contínuas para que a água consumida pela população atenda ao padrão de potabilidade instituído na legislação vigente. Ademais, avalia e previne os possíveis riscos à população quanto os sistemas e as soluções alternativas de abastecimento de água, abarcando desde a captação até o ponto de consumo, incluindo estações de tratamento, reservatórios e sistemas de distribuição.

O presente capítulo apresentará o Programa VIGIAGUA-Manaus, de que forma vem sendo executado pelo poder público do município de Manaus, bem como sua importância para a consecução dos ODS e sua estreita ligação com a Agenda 2030.

Tal Programa concretiza o Objetivo nº 6 do Desenvolvimento Sustentável e é exemplo de concretização do documento da ONU “Articulando os Programas de Governo com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, no plano municipal.

Apresentação e a execução do Programa VIGIAGUA

O Programa Nacional de Vigilância da Qualidade da Água para Consumo Humano (VIGIÁGUA) tem como base legal a Portaria de Consolidação nº 5 sobre Normas e Ações do Sistema Único de Saúde (SUS)/2017, originada da Portaria nº 2.914/2011, do Ministério da Saúde.

Atualmente, no Amazonas, 23 municípios aderiram ao programa e realizaram o monitoramento da água. No Estado, a FVS coordena o programa apoiando os municípios, disponibilizando os insumos e equipamentos necessários para a implantação do laboratório para o monitoramento da qualidade da água a nível local, de responsabilidade das secretarias municipais de Saúde (FVS, 2019).

Segundo sítio oficial da Prefeitura de Manaus (MANAUS, 2018):

Um dos instrumentos do VIGIÁGUA é o Sistema de Informação de Vigilância da Qualidade da Água para Consumo Humano (SISÁGUA), que tem como objetivo auxiliar o gerenciamento de riscos à saúde associados à qualidade da água destinada ao consumo humano, como parte integrante das ações de prevenção de agravos e de promoção da saúde, previstas no SUS.

A partir dos relatórios emitidos pelo SISÁGUA¹⁹⁰, é possível avaliar o cumprimento das metas e diretrizes estabelecidas para o Município. Tem como finalidade armazenar informações sobre as inspeções sanitárias das formas de abastecimento de água e sobre o monitoramento da sua qualidade realizado pelo setor saúde.

Tais relatórios tem os parâmetros estabelecidos por meio da “Diretriz Nacional do Plano de Amostragem da Vigilância da Qualidade da Água para Consumo Humano”. Tal Diretriz tem por objetivo (SAÚDE, 2016):

fornecer subsídios técnicos para a implementação do plano de amostragem da vigilância da qualidade da água para consumo humano, por meio da definição de parâmetros, número mínimo de análises, frequência de monitoramento, assim como critérios de seleção de áreas e pontos prioritários para a coleta de amostras de água

O Programa VIGIAGUA (SAÚDE, 2019) desempenha um papel importante para garantir a qualidade e segurança da água para consumo humano no Brasil. No Estado do Amazonas, tal programa encontra-se previsto no Plano Estadual de Saúde Amazonas 2016–2019.

Tal Plano inicia com uma análise da Situação de Saúde no Amazonas, seguido de apresentação das condições socio sanitárias, condições de saúde da população, estrutura do Sistema de Saúde e serviços produzidos, condição das redes de Atenção à Saúde.

Trata também da questão da assistência farmacêutica, recursos financeiros, gestão da saúde, Ciência, Tecnologia, Produção e Inova-

190 O SISAGUA - SISTEMA DE INFORMAÇÃO DE VIGILÂNCIA DA QUALIDADE DA ÁGUA PARA CONSUMO HUMANO tem por objetivo manter atualizado um Banco de Dados com informações importantes, referentes as diferentes formas de Abastecimento de Água, visando análise e avaliação sobre a Qualidade da Água destinada ao Consumo Humano com objetivo de possibilitar melhor Planejamento das Ações de Vigilância no âmbito do SUS, conforme estabelecido na Portaria MS nº 518/04.

ção em Saúde e Gestão, Diretrizes, Objetivos, Indicadores e Metas. Por fim, faz uma análise do Processo e Monitoramento e Avaliação. Informa que a Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas (FVS/AM) desenvolve ações de execução, apoio técnico e supervisão do programa VIGIÁGUA.

O desague do Programa VIGIAGUA MANAUS na Agenda 2030

A Constituição amazonense (AMAZONAS, 1989) prevê no art. 177 que o gerenciamento de recursos hídricos deve ser feito mediante sistemas estaduais. Porém, consoante o § 1.º do art. 136, a água tratada é função social da cidade, ou seja, direito de todos os cidadãos.

Já a prevenção, eliminação e controle das consequências prejudiciais da poluição da água é competência do Estado e dos municípios conjuntamente (art. 230, II e XI), para assegurar o equilíbrio ecológico e o direito à informação.

Sobre o saneamento, trata a Constituição do Estado do Amazonas que cabe ao estado a formulação de política e os planos plurianuais estaduais. Com a participação dos municípios, que devem compatibilizar com ele os planos locais e regionais de saneamento.

No mesmo sentido da Constituição Estadual estão a Lei Orgânica e o Plano Diretor do Município de Manaus. A referida LOM (MANAUS, 1990) prevê que cabe ao Município o organizar e prestar, diretamente ou sob regime de permissão ou concessão o abastecimento de água e esgotos sanitários (art. 7º, VIII, b), por meio do respectivo órgão de planejamento urbano da municipalidade (art. 240).

Por sua vez, o Plano Diretor (MANAUS, 2016) fala em valorização da relação sustentável de Manaus com os rios Negro e Amazonas e demais cursos d'água (art. 4º, III). No inciso III do art. 6º reza que cabe ao Município a promoção da integridade das águas superficiais e subterrâneas do Município, por meio de ação articulada com as políticas estadual e federal de gerenciamento dos recursos hídricos.

Ademais, há no Município a Lei nº 1.192/2007 (Lei Pró-águas), que criou em Manaus, o Programa de Tratamento e Uso Racional das

Águas nas edificações. Todos estes preceitos legais estão estritamente de acordo com a Agenda 2030¹⁹¹ e seu ideal sobre águas.

As políticas públicas acima registradas são exemplos que ratifica as palavras de Varella (2004, p. 84), o qual afirma já é possível identificar no plano local ações que contribuem para a eficácia das normas de proteção ao meio ambiente, sendo fácil sentir o aumento no nível de consciência quanto à valorização das políticas neste sentido.

O Brasil recebeu a maior edição do Fórum Mundial da Água e cumpre seu objetivo: que é levar a água ao topo da agenda política e da sociedade. (WWF, 2018). Ou seja, dentre os objetivos da Agenda 2030, àqueles relacionados à água são prioridade.

Por meio de representantes políticos esteve presente o 8º Fórum Mundial da Água para demonstrar sua afinidade com a Agenda 2030. Na ocasião, o Prefeito Arthur Vigílio Neto afirmou que (D24AM, 2018):

Temos que estabelecer uma colaboração intra e extra Brasil, em todas às instâncias de governos, para que possamos fazer uma gestão mais integrada e justa dos recursos hídricos. Não temos esse problema de água no Amazonas, mas precisamos saber que o Brasil é um todo e precisamos saber uns ajudar aos outros [...] Sei da importância estratégica da minha região, e sei que é dever nosso, governar com responsabilidade. Sendo responsáveis também é dever nosso cobrarmos de parceiros nacionais e internacionais que sejam justos na hora de olhar para o desenvolvimento da nossa região.

Manaus, como restou demonstrado, preocupa-se com a questão hídrica de forma contundente. Não só por meio de sua legislação, mas principalmente, por meio de políticas públicas (especialmente mediante o Programa VIVIÁGUA Manaus), está alinhada aos ideais hídricos da Agenda 2030.

191 Como já dito, a Agenda 2030 é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal. O plano indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e 169 metas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Amazonas é o maior detentor de recursos hídricos do Planeta. Sua Capital, por sua vez, abriga a sede do desenvolvimento industrial do Estado: a Zona Franca de Manaus. Com esta responsabilidade em mãos, o Município conscientizou-se da necessidade de políticas públicas de desenvolvimento sustentável, especialmente voltadas aos recursos hídricos. O trabalho dividiu-se três capítulos.

O primeiro delimitou o termo Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável conforme entendimento da doutrina contemporânea. O segundo mostrou que os objetivos do Desenvolvimento Sustentável estão intimamente relacionados à questão hídrica. Também provou que a ONU se preocupou com a execução de Políticas Públicas ligadas aos ODS por meio do documento “Articulando os Programas de Governo com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”.

O terceiro capítulo concluiu que o Programa VIGIAGUA-MANAUS é um exemplo de política pública alinhada ao objetivos do desenvolvimento sustentável da Agenda 2030, em especial ao 6º ODS. Em termo de legislação e políticas públicas, Manaus caminha em direção à finalidade da Agenda 2030. Cumpre ao Município fiscalizar a execução legislativa e política da questão.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Constituição do Estado do Amazonas**. Promulgada em 5 de outubro de 1989.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O Conceito de Política Pública em Direito**. In: Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). São Paulo: Saraiva, 2013.

D24AM. Arthur defende a universalização dos recursos hídricos em Fórum Mundial da Água. Disponível em: <https://d24am.com/amazonas/arthur-defende-universalizacao-dos-recursos-hidricos-em-forum-mundial-da-agua/> Acesso em 27 mar de 2019.

Dicionário de Políticas Públicas: volume 2/ Carmen Lúcia Freitas de Castro, Cynthia Rúbia Braga Gontijo, Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto (organizadores). – Barbacena: EdUEMG, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FVS. **Exposição organizada pela FVS, Seduc e Funasa marca Dia Mundial da Água.** 2019. <http://www.fvs.am.gov.br/index.php/noticias/766-exposicao-organizada-pela-fvs-seduc-e-funasa-marca-dia-mundial-da-agua> Acesso em 26 mar de 2019.

INÁCIO. **Brasil possui 12% das reservas de água doce disponíveis no mundo.** Disponível em: <http://inacio.com.br/2013/03/brasil-possui-12-das-reservas-de-agua-doce-disponiveis-no-mundo/> Acesso em 25 mar de 2019.

MANAUS. **Lei Orgânica do Município de Manaus.** Promulgada em 5 de abril de 1990.

_____. Lei Complementar nº 002, de 16 de janeiro de 2014. DISPÕE sobre o **Plano Diretor Urbano e Ambiental do Município de Manaus** e dá outras providências. Disponível em: <http://dom.manaus.am.gov.br/pdf/2014/janeiro/DOM%203332%20.01.2014%20Es.pdf> Acesso em 19 mar de 2019.

_____. Lei nº 1.192, de 31 de dezembro de 2007. **CRIA, no município de Manaus, o Programa de Tratamento e Uso Racional das Águas nas edificações – PRO-ÁGUAS.** Disponível em: http://semmas.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2010/10/lei_pro_aguas.pdf Acesso em 27 mar de 2019.

_____. Vigilância da qualidade da água em Manaus é selecionada para participar de evento da ONU. Publicado em 07 de março de 2018. Disponível em: <http://www.manaus.am.gov.br/noticia/vigilancia->

-da-qualidade-da-agua-em-manaus-e-selecionada-para-participar-de-evento-da-onu/ acesso em 26 março de 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. SUS. Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017. **Consolidação das normas sobre as ações e os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde.** Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0005_03_10_2017.html Acesso em 26 mar de 2019.

_____. Portaria nº 2.914, de 12 de dezembro de 2011. **Dispõe sobre os procedimentos de controle e de vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade.** Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2914_12_12_2011.html Acesso em 26 mar de 2019.

_____. **Diretriz Nacional do Plano de Amostragem da Vigilância da Qualidade da Água para Consumo Humano.** 2016. Disponível em : http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretriz_nacional_plano_amostragem_agua.pdf Acesso em 26 mar de 2019.

_____. **Vigiagua.** Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/vigilancia-em-saude/vigilancia-ambiental/vigiagua/> Acesso em 26 mar de 2019.

ONU. Relatório Brundland: Nosso Futuro comum. 1987. Disponível em <https://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues> Acesso em 25 mar de 2019.

_____. **Agenda 2030.** Publicada em 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/> Acesso em 25 mar de 2019.

_____. **Articulando os Programas de Governo com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Publicado em 2018. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/articulando-os-programas-de-governos-com-a-agenda-2030-para-o-de.html> Acesso em 26 mar de 2019.

Políticas Públicas: conceitos e práticas / supervisão por Brenner Lopes e Jefferson Ney Amaral; coordenação de Ricardo Wahrendorff Caldas – Belo Horizonte : Sebrae/MG, 2008. Disponível em <http://www.mp.ce.gov.br/nespeciais/promulher/manuais/MANUAL%20DE%20POLITICAS%20P%C3%9ABLICAS.pdf> Acesso em 26 mar de 2019.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas:** conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2° Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014

SUSAM. **Plano Estadual de Saúde Amazonas 2016-2019.** 2015. Disponível em: http://www.saude.am.gov.br/docs/pes/pes_20162019_ver_ini.pdf Acesso em 26 mar de 2019.

TENÓRIO, F. G. et al. **Da participação à cidadania deliberativa:** os processos decisórios participativos na implementação das políticas públicas na região do Noroeste Colonial Gaúcho. In: EnAPG, 4., 2010, Vitória. Anais...Rio de Janeiro: ANPAD, 2010.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003

WWF. **Resumo Final do 8º Fórum Mundial da Água.** Disponível em: <http://8.worldwaterforum.org/en/news/final-release-8th-world-water-forum> Acesso em 27 mar de 2019.

CRIANÇAS E ADOLESCENTES FORA DO LUGAR: ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL VERSUS DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Carlos Alberto Maciel Públio

Livia Diana Rocha Magalhães

1. INTRODUÇÃO

As novas garantias legais previstas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como base de formação racional e de interpretação das normativas internacionais de direitos humanos, aprovadas pela ONU para criança e adolescente, especialmente, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 1989, exigiram a implantação de políticas públicas específicas na área social pelo município. Ao mesmo tempo em que essas concepções eram plasmadas e consolidadas, novos órgãos previstos na norma legal – ECA – eram implantados, como o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Conselho Tutelar e a Rede Socioassistencial, composta de diversos órgãos de atendimento, passando, assim, a intervir na realidade concreta do dia a dia das práticas sociais de atenção aos direitos de crianças e adolescentes.

Contudo, esses documentos legais e, principalmente, a operacionalização prática desses comandos não permaneceram imunes as regras e métodos de controle engendrados pelo Estado e exigidos pela sociedade em diversos contextos sociais.

A implantação dessas legislações e das novas práticas, seja do ponto de vista da interpretação, seja na efetivação no interior das unidades de acolhimento, encontram-se eivada de uma memória social da criança e do adolescente excluídos socialmente e comumente reconhecidos como desvalidos e, sobretudo, delinquentes – um sujeito perigoso, de segunda ordem, que depende de políticas públicas corretivas e filantrópicas, digno de caridade –, muito embora tenha ocorrido, ao longo das últimas décadas, aprofundamento das discussões e reivindicações da efetivação dos direitos humanos e a democratização e humanização dos espaços de acolhimento de crianças e adolescentes.

Com isso, analisamos a prática de institucionalização de crianças e adolescentes no município do Vitória da Conquista, especialmente a Casa de Acolhimento, querendo compreender como determinadas experiências legais e sociais passadas de institucionalização de crianças e adolescentes, que atravessaram o tempo e continuam sendo referenciadas nos dias atuais como práticas cotidianas que se mantêm.

Assim, buscamos perscrutar, ouvir e dialogar com os sujeitos envolvidos nesse processo em Vitória da Conquista, Bahia –membro(s) da equipe técnica da Casa de Acolhimento, promotor público, defensor público, juiz, conselheiros tutelares, advogado, voluntário do Programa Família Acolhedora, assistentes sociais, psicólogo, educadores sociais, coordenadores de projetos, crianças e adolescentes institucionalizados –, para verificar onde ancoram suas memórias acerca do processo de institucionalização, a partir de vivências concretas e reais.

Tomamos o ECA como referência de construção de um quadro social no avanço da superação da concepção legal e social da criança e do adolescente como “menor” e em seguida, discutimos como o processo de institucionalização local, enquanto avança em suas transformações, reitera várias matrizes de controle social de crianças e adolescentes “abandonados” ou “desviantes”, formalmente amparadas no devido processo legal e na dignidade da pessoa humana, pilares constitucionais do estado democrático de direito.

Recorremos às discussões formuladas por Halbwachs (1985) de que a memória se localiza nos indivíduos, nos grupos, nas visões de mundo de uma sociedade, ou seja, nos quadros sociais de referência de uma sociedade acerca de um dado fenômeno, objeto. Nesse sentido, podemos dizer

que há experiências que não estão autorizadas e vigentes nas normativas que tratam da defesa e proteção de crianças e adolescentes, mas que sobrevivem e apresentam dificuldades em se adequar ao quadro social da criança e do adolescente como sujeitos de direitos humanos, sustentado no paradigma da proteção integral, que garante legalmente e socialmente cidadania às crianças e adolescentes. É uma cidadania que exige mais deveres do Estado, da sociedade e da família. Nesse sentido, crianças e adolescentes, que antes estavam sob o crivo da tutela do livre arbítrio do juiz, passaram para a tutela legal do Estado, da sociedade e da família.

Por essa razão, o estudo do processo de construção social de direito é essencial para que possamos entender como as experiências permanecem e são mantidas ou reformuladas pelas memórias individuais, que nunca são apenas dos indivíduos, mas dos grupos de referência e da sociedade. Como considera o sociólogo Halbwachs, toda recordação é atualizada por determinados interesses sociais, coletivos (HALBWACHS, 1985); os indivíduos reconstróem o passado, segundo os interesses presentes e os quadros sociais de referência.

2. A MEMÓRIA DO VIVIDO, RECEBIDO E TRANSMITIDO: legislações e práticas sociais de institucionalização de crianças e adolescentes.

Genericamente poderíamos dizer que a institucionalização compõe um quadro social da memória brasileira, seja do ponto de vista governamental, seja do ponto de vista da própria sociedade, um método de controle social que reproduz, quer no presente, quer no passado, ambiguidades que transitam entre a “proteção” e a “punição”, mantendo a duplicidade de sentimentos que sempre acompanhou a construção dos direitos de crianças e adolescentes no país. O Estado, por sua vez, cede cada vez mais às pressões sociais para construção de mais espaços fechados e criação de métodos de controle social.

As discussões e aprovação do ECA direcionam a concepção sobre essa criança e esse adolescente como sujeitos de direito em peculiar condição de desenvolvimento. O encaminhamento para serviço de acolhimento, isto é, o afastamento da criança e do adolescente do seu núcleo familiar de origem, passou a ser concebido como último recurso, por isso o caráter

excepcional e provisório da medida (Art. 92; Art.101), voltada à proteção e ao superior interesse da criança e do adolescente e aplicada nas situações previstas no Art. 98 do ECA.

Embora os direitos e as garantias estabelecidos no ECA tenham inaugurado no país um paradigma socioassistencial que reorganiza projetos, programas, serviços e a assistência social centralizados na valorização da família como local de permanência de crianças e adolescentes, voltamos a dizer, a legislação estatutária não banuiu do seu interior a prática da institucionalização. Ao revés, a dispôs em um capítulo próprio, ao mesmo tempo em que preservou e requalificou certas intervenções sociais pretéritas na vida da criança e do adolescente e nas famílias, que dão continuidade às práticas de institucionalização.

Nesse mesmo sentido, Saraiva (2010), sem desconsiderar o caráter transformador legal e social do ECA, ponderou sobre aspectos contraditórios dessa legislação, pois, ao tempo em que se apresenta como emancipatória, reafirma métodos de controle social, organizados pelos setores conservadores do Estado para manter a ordem social, gerando interpretações ambíguas e contraditórias, capazes de revigorar e reacender valores anacrônicos insculpidos nas legislações menoristas aprovadas no Brasil para um público específico de crianças e adolescentes, os intitulados “menores”:

Encontramos contradições e ambiguidades não tão somente no corpo da norma, mas, também, no que diz respeito aos procedimentos práticos de operacionalização da lei no dia a dia dos órgãos de proteção e defesa da criança e do adolescente. Um de nossos entrevistados, que é advoga na área da infância e adolescência, relata:

Fico perguntando o que quer dizer exatamente essa proteção integral. A meu ver isso quer dizer tudo que diz respeito à vida da criança e do adolescente. Mas não é isso na prática. Os processos que envolvem alienação parental, por exemplo, quando um dos genitores difama o outro para a criança, ferindo o direito à convivência familiar saudável, vai para a vara de famílias, quando a criança ou o adolescente é estuprado vai para a vara penal. Quando se questiona isso, logo se diz que não se enquadra nas concepções do artigo 98. Como assim? Mas se você olhar bem, você vai encontrar, na verdade, na vara da infância os problemas sociais e familiares das crianças e adolescentes pobres. Essa linha divisória, essa dicotomia é a mesma passada, e o pior que não foi o ECA que estabeleceu isso, mas

uma interpretação de lá de trás, do direito menorista, que era assim e que foi ficando e ficou.¹⁹²

A fala do entrevistado rememora um quadro social de manutenção de concepções que deveriam ter sido superadas. A proteção integral de criança e adolescente parece ainda carregar uma “força” do passado, que dá continuidade a práticas sociais que deveriam ter sido remodeladas e atualizadas, segundo outros comandos legais. Poderíamos dizer que há uma memória jurídica menorista em curso, que sobreleva a legislação atual, que conserva a antiga divisão entre crianças e adolescentes “bem-nascidos” e que ficavam sob a tutela do “poder familiar” e crianças e adolescentes, tidos como problema social, os “menores”, que ficavam sob a tutela do Estado.

Na mesma esteira da questão processual, uma voluntária do Programa Família Acolhedora relata que, de uma maneira geral, a tramitação de processos que envolvem a institucionalização de crianças e adolescentes demora muito a chegar a uma decisão final na Vara da Infância e Juventude e que não é diferente na Comarca de Vitória da Conquista:

uma das deficiências da política local para a infância está relacionada com o apego ao formalismo e às exigências contidas no texto da norma legal pelo poder judiciário e pela rede socioassistencial como um todo, especialmente no que diz respeito à garantia da criança e do adolescente que tiveram os seus vínculos familiares rompidos de voltar para a sua família natural. Isto ocorre porque há uma insistência em cumprir esse requisito legal e que acaba fazendo com que os processos judiciais demorem meses ou até anos aguardando os pareceres sociais de reintegração. Enquanto isso, a criança permanece abrigada ou acolhida em uma família acolhedora por muito tempo, sem ter a oportunidade de ser inserida em uma família substituta pela modalidade da adoção.¹⁹³

A mesma situação é chancelada pela coordenadora do Programa Família Acolhedora em entrevista:

Realmente o excesso de cuidados e o desejo de que a criança e o adolescente retornem para a sua família de origem acabam dificultando o andamento do processo como um todo. Além disso, ainda tem a confecção

192Entrevista com advogado da área da infância e adolescência, realizada em 02 fev. 2016.

193 Entrevista com uma voluntária do Programa Família Acolhedora.

de relatórios por parte da equipe para instruir as decisões do judiciário. O processo judicial é formal e necessita obedecer etapas e, cada momento desse, leva um certo tempo, porém, o tempo da criança é outro, passa mais rápido.¹⁹⁴

A entrevistada bem como o promotor público da infância e da juventude¹⁹⁵ também confirmam que ainda há, por parte da rede socioassistencial, uma vinculação muito grande às iniciativas do judiciário e do Ministério Público. Para ele, o ideal é que a rede circule sem tanta dependência; na prática, porém, é como se esses órgãos fossem os mais importantes e os mais confiáveis para os atores sociais. Ele atribui a isso à própria forma centralizadora com que foram concebidos os juizados de menores e o juiz de menor na legislação anterior e que o tempo ainda não diluiu essas impressões, nem para os juízes de uma maneira geral e tampouco para a sociedade como um todo.

3. ANTECEDENTES DA HISTÓRIA E DA MEMÓRIA: A institucionalização de crianças e adolescentes na Casa de Acolhimento

Em Vitória da Conquista, as iniciativas de institucionalização de crianças e adolescentes pelo poder municipal ressurgiram de forma embrionária, a partir de 1997, sem uma proposta voltada realmente para a institucionalização, mas para o atendimento de um público de crianças e adolescentes que se encontravam em situação de risco e vivendo na rua. Eram indivíduos de diversas idades, da zona urbana ou da zona rural, envolvidos com o trabalho informal, moradores de bairros periféricos ou nômades, de passagem para lugares incertos. Normalmente estavam envolvidos com pequenos furtos, usavam “cola de sapateiro” ou “*thinner*”, pediam esmolas para se alimentarem ou disputavam com os adultos restos

194 Entrevista com a coordenadora do Programa Família Acolhedora, realizada no Programa Família Acolhedora, no Centro Integrado da Criança e do Adolescente, de Vitória da Conquista, em 19 jan. 2016.

195 Entrevista com o Promotor da Infância e Juventude da Comarca de Vitória da Conquista, realizada no Centro Integrado da Criança e do Adolescentes de Vitória da Conquista, em 14 jan. 2016.

de comidas que “futucavam” no lixo do comércio local. É o que Bursztyn (2000) chama de pessoas descartáveis, porque passam a viver do que sobra do lixo do consumo, em um mesmo cenário marcado pelo que excede e pelo que falta. É o descarte social e o consumismo se unindo, um vivendo do outro em um mesmo local e criando indignação de quem passa, seja porque não concorda com a injustiça social, seja porque se sente ameaçado e, por isso, reclama providências do poder público municipal.

A partir de 1997, começou uma aproximação do poder público com as crianças e adolescentes em situação de rua. Esses meninos e meninas, na sua grande maioria, tinham família. A rua era para eles um espaço de sobrevivência. As famílias exigiam que fossem para os espaços públicos e que retornassem com alguma soma em dinheiro ou com alimentos; entretanto, uma vez não conseguindo e sabendo das consequências, permaneciam longe do ambiente de casa.

Entrevistamos um jovem que vivenciou morar na rua nos anos de 1997. Para ele, a rua significava sobrevivência e, também, liberdade:

Na rua a gente tinha tudo, tinha comida, tinha dinheiro, que davam pra nós, tinha roupa, tinha diversão, tinha amizade. Era assim que a gente vivia lá no bairro; e, em casa, a gente não tinha nada disso, a gente ouvia e entendia o outro, a gente se abraçava e respeitava o lugar do outro. Quando os educadores sociais começaram a se aproximar de nós, bateu logo a desconfiança, a gente pensou que era a polícia disfarçada, mas, depois, fomos acreditando.¹⁹⁶

O relato do entrevistado ancora sua memória na noção daquilo que pode ser usufruído ao viver na rua. Traz o acesso a certos direitos básicos que jamais chegariam a ele em seu bairro ou em sua residência. Traz também as estratégias de sobrevivência que se exigem em uma convivência grupal entre os usuários dos espaços urbanos. Aos poucos esses indivíduos vão desenvolvendo formas variadas de sensibilizar a população e conseguir alimentos, diversão, lugares para se abrigarem. Como se ver, a vida cotidiana desses sujeitos é marcada por uma memória de negação de direitos básicos que impossibilita o desenvolvimento completo, como saúde, educação, moradia, lazer, esporte.

196 Entrevista com um jovem que viveu na rua no período de 1997

As primeiras aproximações do poder público municipal com o propósito de encaminhar essas crianças e adolescentes para um local mais seguro começou com a Unidade de Acolhimento Noturno, para o pernoite das crianças e adolescentes que viviam com as suas famílias na rua ou transitando temporariamente por ela, ou, mais precisamente, vivendo da rua e daquilo que ela podia oferecer como forma de sobrevivência.

A Casa de Acolhimento Noturno apresentou-se, inicialmente, como um local transitório, de passagem, sem que representasse uma rotina; era para garantir um mínimo de direitos à população de crianças e adolescentes em situação de rua. Era formada por uma equipe de educadores sociais, que trabalhavam nas ruas da cidade por meio da aproximação das crianças e adolescentes que se encontravam em situação de risco. O objetivo era criar vínculos entre os educadores sociais e as crianças e adolescentes e, depois, convidá-los para frequentar a Unidade de Acolhimento Noturno, como realmente ocorreu.

Os meninos e meninas chegavam às 17 horas na Unidade, tomavam banho, trocavam de roupa, jantavam e, logo em seguida, participavam das atividades pedagógicas: narração de histórias, filmes, músicas, palestras sobre direitos, aulas de alfabetização, sempre com a interação e participação de todos. Em seguida, todos dormiam e, no dia seguinte, às 08 horas, depois do café, eles deixavam o local. Com isso, aos poucos, meninos e meninas iam relatando suas histórias de vida, suas necessidades, enfim, seu cotidiano nas ruas da cidade, ao tempo em que os educadores sociais faziam suas intervenções e sugestões de encaminhamentos, a partir dos vínculos de solidariedade que iam sendo construídos: “A gente chegava lá no final da tarde, havia a revista para ver se tinha arma ou drogas, mas a gente não levava, tinha que respeitar. Eram as regras, e a gente cumpria.”¹⁹⁷

O ex-educador social da Casa de Acolhimento Noturno rememora a implantação das ações de educação, afirmando que, no início, foi muito difícil até conquistarem a confiança dos meninos e meninas. Sua memória se sustenta nas dificuldades iniciais de formação de laços de confiança, já que eles não acreditavam que houvesse um interesse real de proteção por eles a partir de um julgamento sobre os motivos que os levaram a optar

197 Entrevista com ex-acolhido da Unidade de Acolhimento Noturno.

pela rua, mas foi justamente essa estratégia que favoreceu a construção da confiança recíproca:

[...] eles se sentiam protegidos naquele espaço. Lembro-me uma noite, porque a gente dormia lá com eles, eram garotos de todos os tipos, envolvidos com drogas, com a violência, eles estavam protegidos ali, mas nós estávamos vulneráveis com eles. Então, numa noite daquelas, um deles acordou gritando muito forte, era um menino grande, um negrão, com os olhos bem abertos, dizendo que não tinha culpa pelo que aconteceu, sofrendo, chorando. Depois fui conversar com ele e acalmá-lo, ele tinha fugido uma época da Famec com o amigo e saltaram para dentro de uma casa para tomar banho de piscina e o seu amigo se afogou e, segundo ele, não teve tempo de salvá-lo, e o amigo morreu.¹⁹⁸

Nas palavras do nosso entrevistado percebemos o quanto essas crianças e adolescentes trazem em sua memória a dor, medo, a angústia, as perdas, a dissolução de seus vínculos familiares e sociais, e como foi a importante a Casa de Acolhimento Noturno como uma oportunidade para esses sujeitos em situação de vulnerabilidade se refazerem psicologicamente e socialmente, para a criação de outras formas de sociabilidade baseada na confiança e na segurança. Ao mesmo tempo, a interferência dessa ação na vida dessas crianças e adolescente vai demarcando uma outra memória social presa em um quadro legislativo baseado no cuidado, na proteção e garantia da cidadania, tensionando uma memória “oficial” de que esses indivíduos são perigosos ou coitadinhos. Segundo Halbwachs (1985), é no contexto das relações sociais que construímos as nossas lembranças, as quais estão impregnadas das memórias sociais dos que nos cercam, dos grupos, de maneira que, ainda que não estejamos em presença deles, o nosso lembrar e a maneira como percebemos o que nos cerca se constituem nesse emaranhado de experiências.

3. A CASA DE ACOLHIMENTO

Vitória da Conquista, aos poucos, foi desenvolvendo programas de assistência à criança e ao adolescente, compondo uma rede socioassisten-

198 Entrevista com o ex-educador social da Casa de Acolhimento Noturno.

cial de diversos órgãos de atendimento, ao tempo em que ampliava as políticas públicas de defesa da criança e do adolescente.

Em 2006, a eficácia do modelo de acolhimento institucional adotado pela Casa de Acolhimento Noturno, com possibilidade de crianças e adolescentes retornarem às ruas, passou a ser questionado pela equipe de profissionais da Unidade, a ponto de se indagar sobre o perigo à dignidade e à formação completa daqueles indivíduos em constante confronto com a polícia, com outros moradores, com as gangues que disputavam territórios e poder no espaço urbano. Enfim, tornava-se urgente um espaço definitivo de permanência e tornava-se urgente também uma intervenção com a possibilidade de retorno dessas crianças e adolescentes às famílias ou a reorganização de seus contextos sociais numa perspectiva de proteção, mas fora do ambiente de rua.

Oficialmente a existência legal da Casa de Acolhimento se deu com a inscrição no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, em 2012, e do Registro nº 027, em 2013, que aconteceu após visita de monitoramento e inspeção do local, em consequência, em 2014 o órgão colegiado emitiu o atestado de funcionamento, com validade de dois anos.

A convivência na Casa busca aproximar-se a uma rotina da família, entretanto, o local guarda as características de uma instituição que subordina os acolhidos a um sistema de regras e horários definidos para realização das atividades, delimita a utilização dos espaços e a autonomia de circulação. Há procedimentos acerca da troca de turno dos profissionais, da entrada e saída de crianças e adolescentes, que ocorrem de forma sistemática; da utilização coletiva de objetos e utensílios sem qualquer tipo de personalização, a não ser aquele que se refere à diferença de sexos e tamanhos em decorrência da idade, inclusive as roupas.

A Instituição dispõe de uma equipe multidisciplinar que atende no próprio local, composta de assistente social, psicóloga, educadores sociais e nutricionista. As crianças são encaminhadas pelo juiz da vara da infância e juventude. No segundo período de junho a dezembro de 2015, a unidade havia acolhido 40 internos, entre esses, 22 foram reinseridos posteriormente em suas famílias, houve 01 fuga e 03 adoções. No final do semestre, o relatório informou que havia 24 crianças e adolescentes institucionalizados. Apesar do documento demonstrar agilidade, os profissionais da rede

municipal socioassistencial alegam que não é a regra, pois há demora no retorno para a família e há também precipitação no afastamento da criança e do adolescente do seu núcleo familiar, grande parte dessas tensões estão relacionadas a uma memória passada e renitente que continua atuando no interior da rede socioassistencial de acolhimento. Segundo a assistente social da Casa de Acolhimento, se a institucionalização ocorre como primeira e única ação na vida desses indivíduos é porque há falhas no atendimento da rede socioassistencial. Para ela,

O atendimento a essa família deveria ter ocorrido na fase inicial do problema, pelo Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) localizado nos bairros, lá na ponta do atendimento. Muitas vezes no dia a dia do seu entendimento, ao aproximar dessa família, descobrimos várias situações que poderiam ter sido resolvidas lá no início do atendimento e que colaboraria para a ausência de cuidados necessários e que acabaram transformando em negligência para com os filhos e, conseqüentemente, fomentando a retirada da criança e do adolescente do espaço de casa.¹⁹⁹

Coaduna com o sentido desse relato a compreensão de Rizzini (2006) sobre a importância do atendimento realizado no âmbito da própria família, nos casos em que se detecta a violação dos direitos da criança ou do adolescente. A meta é esgotar no início dos problemas todas as possibilidades de apoio à família vulnerabilizada. Em alguns casos, esse apoio responde a situações bastante específicas, entre as quais se destacam: famílias, cujas situações diversas de vulnerabilidade social dificultam o cumprimento das responsabilidades parentais, como estipula o Art. 22 do ECA²⁰⁰; crianças sozinhas, ou com mães e irmãos que buscam nas ruas uma forma de sobrevivência.

Entretanto, as relações conflituosas no interior da família não ocorrem exclusivamente por questão de pobreza, pois os grupos familiares no Brasil ainda guardam, na formação da sua estrutura, a herança do modelo onde a mulher e filhos assumem uma postura de subordinação e submissão ao homem, a quem devem obediência e respeito. É desse modelo que advém uma relação familiar baseada em sanções, decorrendo, assim, as

199 Entrevista com a assistente social da Casa de Acolhimento.

200 No artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente consta que, aos pais incumbem o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

práticas autoritárias como castigo físico e psicológico perpetrado pelo marido/pai em relação à conduta dos membros, e que, muitas vezes, ficam encobertos ou silenciados mediante comportamentos omissivos das vítimas ou da própria comunidade.

Eles são crianças e adolescentes de ambos os sexos, com predominância, no momento da pesquisa, do sexo masculino, negras, com faixa etária entre 04 e 13 anos. Geralmente estão na escola, mas apresentam baixo rendimento escolar. Elas gostam da instituição, mas todas têm a esperança de retornar para as suas famílias de origem ou de um dia serem adotadas; a diversão, a brincadeira e a liberdade também foram temas constantes nos relatos, nossa primeira entrevistada disse que

Tenho saudade de minha rua, de meus amigos, de soltar pipa o dia todo, de andar de bicicleta, de fazer tantas coisas lá, lá é bom, a gente é livre o tempo todo para ficar na rua. Minha mãe ganhou uma casa do governo e é pra lá que nós vamos, quero ir logo pra rua. Gosto daqui, sempre gostei, desde o dia que cheguei. Tem comida, tem cama, tem os amigos, tem alguns que são chatos, perturbam a gente, tem festa, tem aniversário, tem passeio. Amanhã a gente vai pra o shopping, é bom, tem escola, eles ajudam nas tarefas.²⁰¹

Halbwachs (1985) ressalta a importância do espaço como um quadro social que localiza e evoca a memória. Segundo ele, a memória não acontece fora de um contexto espacial, pois o espaço é parte de uma realidade duradora, através do qual as impressões se desencadeiam. Ao falar da rua, imediatamente as memórias individuais do entrevistado se entrelaçaram ao universo das brincadeiras com os grupos de amigos. A família aparece como uma possibilidade de retorno ao espaço físico de convivência, onde, certamente, está o seu grupo afetivo.

Nossa segunda entrevistada relatou que estranhou tudo quando chegou à Casa de Acolhimento, ao se deparar com um espaço de convivência composto por diversos indivíduos. Mas, paulatinamente, teve que se adequar àquela realidade:

Quando cheguei aqui achei tudo diferente, estava vazio, depois, à tarde, chegaram todos da escola. Fiquei assustada, depois acostumei, aqui é bom, fiz amigas, converso como elas, tem a comida, a gente conversa com

201 Entrevista com criança acolhida de 09 anos

a psicóloga, com todos, tem hora pra comer, pra dormir, gosto disso. [...] Acho que vou senti saudades daqui, tem as brincadeiras, os passeios, as festas.²⁰²

As crianças institucionalizadas ao falar de espaço institucional imediatamente se reportam a uma memória de enquadramento e ajustamento de conduta como forma de sobrevivência. O nosso terceiro entrevistado também se reporta ao seu espaço de convivência para falar de suas memórias. É do passado marcado pela insegurança que ele parte para reelaborar a sua perspectiva de futuro:

Eu moro nas Pedrinhas. Lá é bom, gosto da rua, dos meus amigos, de jogar bola no campo, da pastoral do menor, faço atividades lá, mas a minha vó disse que, quando eu sair daqui, que a gente vai pra roça. Vamos comprar uma casa lá. Nas Pedrinhas tem violência, tem matança na rua, sei lá, tem uns caras muito estranhos, vivem sempre por ali.²⁰³

Para Halbwachs (1985) as crianças, em geral, constroem lembranças a partir da experiência com os grupos sociais que as cercam, no caso a família, entretanto, os nossos entrevistados, precocemente, apesar do especial destaque dado à família, trazem vivências de outros quadros sociais, como o espaço da rua, marcado muitas vezes pelas experiências de violência, ou seja, apesar da tenra idade, são crianças que apresentam múltiplas memórias.

A nossa última entrevistada não é de Vitória da Conquista. Ela veio conhecer seus familiares. Ela tem treze anos. Sua memória se reporta a uma situação de conflito que envolve experiências afetivas e descobertas sexuais, as quais não deseja lembrar:

Eu não sou daqui da cidade. Minha vó me buscou para conhecer a família. Sou de outro estado, vim, mas deu uma baita confusão, inventaram coisa sobre mim [...] não quero falar sobre isso, é muito triste. Não volto aqui nunca mais, não quero ver eles, a Casa de Acolhimento me ajudou.²⁰⁴

Os espaços, quaisquer que sejam eles, consignam marcas que revelam os objetivos e propósitos; no caso do espaço institucional, este exerce um papel importante na ressignificação das dores e dificuldades dos acolhidos, por isso o caráter de acolhimento. Entretanto, as instituições, apesar das

202 Entrevista com criança acolhida de 11 anos

203 Entrevista com criança acolhida de 11 anos

204 Entrevista com adolescente acolhido de 13 anos

transformações legais e da humanização no atendimento, é um espaço que ainda expressa muitas características de uma sociedade de controle, organizada com regras rígidas e uma rotina marcada pela impessoalidade o que, certamente, interfere de forma consciente ou inconsciente nos indivíduos que nela habitam. No caso de crianças e adolescentes, quanto maior o tempo no espaço institucional maior a possibilidade de identificação e introdução desse modelo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao trazer à tona determinadas versões sobre a criança e o adolescente institucionalizados e sobre os marcos legais regulatórios, colocamos em evidência que muitas ideias, concepções ou valores que permeiam a sociedade são demarcações de memórias que, uma vez transvertidas de emancipatórias, ainda colaboram para reforçar mais situações de exclusão social do que a autonomia de grupos alijados dos seus direitos e garantias fundamentais.

Percebemos que a rede socioassistencial de acolhimento institucional de criança e adolescente em Vitória da Conquista encontra-se em processo de construção e de amadurecimento, porém, o processo de institucionalização mostrou fissuras por onde revelou práticas que se assemelham às respaldadas pelas legislações pretéritas como, por exemplo, a institucionalização precoce de crianças e adolescentes; a centralização do processo de institucionalização de crianças e adolescente na esfera judicial; a persistência na reintegração familiar de crianças e adolescentes no seu núcleo de origem, permitindo, assim, que a institucionalização se prolongue por muito tempo.

Essa desqualificação das famílias em situação de vulnerabilidade social, tratadas como incapazes, deu sustentação, e ainda dá, à prática recorrente de rompimento do vínculo familiar de crianças e adolescente e à institucionalização como a primeira medida a ser utilizada pelas redes socioassistenciais. Memória que reforça ainda mais a condição desses indivíduos como excluídos socialmente e revalida o quadro social da institucionalização como forma de proteger crianças e adolescentes das más influências do seu meio social e familiar, além de resguardar a sociedade da presença incômoda desses indivíduos e de fomentar práticas mais ostensivas de memória de controle social das classes vulneráveis.

BIBLIOGRAFIA

BURSZTYL, Marcel (Org.). **No meio da rua**: nômades, excluídos e viradores. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. São Paulo: Centauro, 1985.

PÚBLIO, Carlos Alberto Maciel. **Memória social e coletiva da institucionalização de crianças e adolescentes no município de Vitória da Conquista, Bahia, e seus reflexos na Casa de Acolhimento (1997 a 2015)**. Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade. Tese (doutorado). Vitória da Conquista, Bahia, 2016.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma; NAIFF, Luciene; BAPTISTA, Rachel. **Acolhendo crianças e adolescentes**: experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária. São Paulo: Cortez; Brasília; Distrito Federal: Unicef; Rio de Janeiro: Puc-Rio, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: NA CONCEPÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS ADVINDOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO FORÚM DE ITAIPAVA

Claudia A. S. Pires

Stephane M. da Rocha

Felipe Dutra Asensi

INTRODUÇÃO

A proposta da Justiça Restaurativa é tornar os processos mais humanizados, sua forma de aplicação, não quer dizer que não haverá punição, mas que haverá uma nova oportunidade de aplicação da pena. Um exercício de reflexão acerca das alternativas para se promover uma sociedade mais justa. A Justiça Restaurativa inseri a Mediação de Conflitos, como uma ferramenta para se obter sucesso nessas soluções, utilizando suas etapas do processo na área penal, “A Justiça Restaurativa herdou da Mediação, em especial da abordagem transformativa, algumas de suas características, tais como o propósito transformador dos diálogo entre pessoas comprometidas com realidades distintas e antagônicas, o foco na responsabilidade relacional, a busca do atendimento de necessidades e interesses de ambos operando com o binômio do empoderamento de cada um e o reconheci-

mento mútuo. Sob esse enfoque, é possível considerarmos o pertencimento da Justiça Restaurativa aos mecanismos de solução de conflitos e reconhecermos que veio incrementar e enriquecer esse conjunto de práticas.”(GRECCO , 2014: p. 57)

Há quem considere um dia mais sagrado que outro. Há quem considere iguais todos os dias. Cada um deve estar plenamente convicto em sua própria mente (...) por isso esforcemo-nos em promover tudo quanto conduz à paz e a edificação mútua.(Romanos 14:5 e 19)

O objetivo desse trabalho é demonstrar que a justiça restaurativa pode ser uma possibilidade para alguns casos, buscando uma solução para os conflitos, procurando evitar que para o futuro ocorra reincidências com os mesmos atores do processo. Buscando mudanças significativas na postura dos atores envolvidos, sendo responsabilizados por suas atitudes e escolhas equivocadas. E que a Administração Pública precisa estar engajada nesse retorno do indivíduo para a sociedade, já que todos sofremos com a falta de Políticas Públicas para essa reinserção.

Pesquisa descritiva, com estudo empírico e bibliográfico, na cidade de Petrópolis, estudo realizado de julho de 2018 a dezembro de 2019, estarão sendo analisados os dados coletados no Tribunal de Justiça, com as coordenadoras do Jecrim e dos atendidos no Projeto Leões, que funciona na Catedral Metodista de Petrópolis, no Centro da cidade, e atende a 12 usuários advindos do Tribunal, com aulas de Pães e derivados, sem custo nenhum, tendo como voluntárias do Projeto, Eu e Graça Fernandes(mediadoras do Tribunal), Stella Maris e Madelaine Maynards(funcionárias do Jecrim), uma vez por mês, com o professor Ricardo Gonzalez, com o objetivo do empreendedorismo e reinserção no mercado de trabalho.

No atual mundo que vivemos, com infinitos valores e costumes, diferentes dos nossos, o conflito se torna quase inevitável, com valores, expectativas e interesses diversos, o que torna cada vez mais difícil, o consenso e equilíbrio entre as pessoas.

O principal ponto é reconhecer essas diferenças, saber ouvi-lás e tentar se colocar em um lugar que tenha empatia com o outro. A solução de um conflito é um trabalho de buscar o interesse em comum das partes.

O conflito não é algo que necessite ser enfrentado negativamente. É quase impossível uma relação interpessoal inteiramente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e cir-

cunståncias personalíssimas. A consciência do conflito como fenômeno essencial à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. (ZANETTI; CABRAL, 2016: pg. 530)

O mediador ocupa a posição intermediária entre duas pessoas, se colocando na posição de imparcial, com relação as diferentes versões dos fatos trazidas pelos atores, buscando o equilíbrio e a igualdade entre elas. Buscando a harmonia, o acordo ou conciliação entre duas verdades, criando através de ideias intermediárias uma nova forma de se observar a realidade, podendo uma verdade estar contida na outra. Mediar é ajudar as pessoas a elaborarem uma ou mais versões verdadeiras e justas para os participantes.

O propósito do diálogo é percorrer todo o processo do pensamento e mudar o modo como ele acontece coletivamente. Na realidade, não temos dado muita atenção ao pensamento como processo. Temos nos ligado a pensamentos, mas nossa atenção se dirige somente aos conteúdos, não ao processo. (BOHM, 2005: pg. 38)

JUSTIÇA RESTAURATIVA

Michael Sandel(2012, p.321) explora três abordagens da justiça. Uma delas diz que justiça significa maximizar a utilidade ou o bem-estar – a máxima felicidade para o maior número de pessoas. A segunda diz que justiça significa respeitar a liberdade de escolha – tanto as escolhas reais que as pessoas fazem em um livre mercado (visão libertária) quanto as escolhas hipotéticas que as pessoas deveriam fazer na posição original de equanimidade (visão igualitária liberal). A terceira diz que justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum. O autor é a favor de uma versão da terceira abordagem. A abordagem utilitária é defeituosa por fazer da justiça e dos direitos uma questão de cálculo em vez de princípio, sem considerar diferenças qualitativas. O primeiro problema (utilitarismo) é resolvido com as teorias baseadas na liberdade; o segundo (libertarismo), não. Ainda que discordem entre si quanto a quais direitos devem ter maior peso do que as considerações utilitárias, concordam que certos direitos são fundamentais e devem ser respeitados. Segundo essas teorias, o valor moral dos objetivos perseguidos, o sentido e significado da

vida, a qualidade e o caráter da vida comum que compartilhamos situam-se fora do domínio da justiça.

No Brasil, temos o sistema retributivo, punitivo, que tem na penalidade sua fonte de ressocialização e a justiça restaurativa, sendo implementada em várias cidades, tentando compreender as relações humanas.

O aparecimento de novos modelos sociais ao lado das liberdades individuais é fruto da evolução que se inicia pela crítica ao caráter formal das liberdades consagradas, pois a liberdade assegurada igualmente a todos não teria como tornar-se realidade pela falta de condições de alguns em exercê-las. (AGUIAR, 2009: p. 21)

O livro *Justiça Restaurativa em Ação*, cita o Brasil, entre diversos países que vêm adotando a justiça restaurativa, em parceria com o programa das Nações Unidas para o desenvolvimento- PNUD, começando em três Estados da Federação – São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal. Apesar de abordagens diferentes, todos buscam uma nova forma de se fazer justiça no país, dada a ineficiência das medidas tradicionais de justiça, que são consideradas muito punitivas e pouco eficazes do ponto de vista da reeducação.

O mesmo livro descreve os relatos dos projetos existentes no Brasil, todos em 2005:

Em São Paulo, o projeto “Justiça e Educação: Parceria para a cidadania”, tem foco voltado para os conflitos em ambiente escolar.

Em Porto Alegre, o projeto “Justiça para o Século XXI”, tem como objetivo também os adolescentes, mas que cumprem medidas sócios-educativas.

No Distrito Federal, com um alvo diferente, atende os casos com pena máxima prevista em lei de até dois anos, de menor potencial ofensivo. Tem como objetivo testar as práticas restaurativas para o sistema penal, avaliar a percepção dos operadores, verificar a eficácia.

A justiça restaurativa se apresenta como um movimento que se abre criativamente para essa nova dimensão, atualizando a maneira pela qual o valor Justiça (dentro e fora do Poder Judiciário) é concretizado; não apenas quando ocorre algum tipo de desequilíbrio social, mas também, antes mesmo que o desequilíbrio ocorra, nutrindo e sustentando a harmonia da tei relacional. (GRECCO, 2014: p. 19)

A justiça restaurativa tem como foco o restabelecimento do equilíbrio social, do dano, da recuperação da vítima, da participação da comunidade e a ressocialização do infrator. O enfoque será nas consequências, o crime será apenas um ato, uma ação que causou dano a outra pessoa e sua comunidade. O aparecimento de novos modelos sociais ao lado das liberdades individuais é fruto da evolução que se inicia pela crítica ao caráter formal das liberdades consagradas, pois a liberdade assegurada igualmente a todos não teria como tornar-se realidade pela falta de condições de alguns em exercê-las. (AGUIAR, 2009: p. 21)

Idealizado pelo Estado o aparelho punitivo tem por finalidade a aplicação da sentença penal, objetivando a ressocialização, impondo ao condenado uma sanção pela prática de um ato criminoso, através da pena, única capaz de afastar o caos.

O vínculo entre Estado e Direito desenha-se como uma relação de interdependência pela qual o Estado utiliza o Direito como instrumento de sua ação política e, ao mesmo tempo, regula e é regulado nessa sua ação pelo próprio Direito. (AGUIAR, 2005: p. 17)

Cabe ao Estado, detentor do poder punitivo, como resposta pelo crime cometido, aplicar a pena, sendo um dos meios de controle social, transmitindo uma falsa sensação de manter a ordem, passando a ser vista como indispensável para a pacificação dos conflitos sociais.

Pensar que a pena é a única resposta do Direito Penal ao crime praticado, foi determinante no ramo desse direito, passando a limitar e impedir que outras propostas, que não fossem sancionatórias, fossem criadas. Para a sociedade, não existe Direito Penal sem Pena.

As teorias retributivas da pena erguem-se sobre a justa retribuição e aplicação de um castigo pelo mal causado, não tendo qualquer outra finalidade, somente realizar a justiça. Há uma compensação entre o crime e a pena.

Immanuel Kant (1724-1804) apresenta uma proposta alternativa para a questão dos direitos e deveres, uma das mais poderosas e influentes já feitas por um filósofo. Ela não se fundamenta na idéia de que somos donos de nós mesmos ou na afirmação de que nossa vida e nossa liberdade sejam um presente de Deus. Ao contrário: parte da idéia de que somos seres racionais, merecedores de dignidade e respeito. (SANDEL, 2016: p. 136)

A justiça restaurativa vai muito além da resolução de conflitos, busca a solução transformativa e construção da Paz, procurando prevenir, reduzir,

transformar e ajudar o indivíduo a se recuperar de toda a violência sofrida em todos os sentidos, desenvolvendo e cultivando relacionamentos sustentáveis entre si e com o meio ambiente.

Na construção da Paz buscamos desenvolver uma nova cultura, nos distanciarmos de nossos impulsos e emoções naturais, por isso é imprescindível o envolvimento da Administração Pública e da comunidade.

Justiça Restaurativa é um subconjunto das Práticas Restaurativas, que são processos formais e informais que respondem ao crime ou infração, ou precedem o delito. Quando temos relações e conexões entre os indivíduos, torna-se mais fácil responder aos delitos, restaurando a ordem social e criando um ambiente equilibrado e positivo.

PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

No modelo tradicional de justiça, faz-se uma investigação que tem como finalidade incriminar o agente responsável pelo delito. No modelo restaurativo, o crime é o ponto de partida para a busca de um diálogo construtivo entre os envolvidos, resolvendo e reparando os danos. Não quer dizer que não haverá um julgamento e responsabilização, mas essa será de uma forma humanizada.

Outra distinção, no modo de enxergar a restrição de liberdade, as punições tradicionais, no qual aquele que provoca um dano a outrem se torna vítima do Estado, equivalendo uma punição adequada a seu delito. Já a restaurativa busca resgatar a necessidade de reparar os danos como forma de promoção da justiça.

Um perigo constante ronda a dimensão do óbvio e do concreto. Trata-se da possibilidade de se perder a compreensão de que o aparente do aparente é sempre a representação de uma redução quando percebido pela perspectiva da existência(...) Quem não enxerga não sabe o que vê; quem vê, por sua vez, pensa que tudo o que se vê é o que é. Daí a reflexão: “Tem olhos, mas não veem; tem ouvidos, mas não ouvem; tem nariz, mas não sentem o olfato”.(BONDER, 2010: p. 17)

A partir do conflito que a Justiça Restaurativa ganha força, primeiro dá voz à vítima, para conhecer os danos causados, servindo como informação dos impactos, para que a mediação possa ser ferramenta na resolução das contendas. Não quer dizer que não punição, mas uma visão huma-

nizada de alguns delitos, que seriam permitidos por Lei ser avaliados pela Justiça Restaurativa.

Ao contrário do processo comum, de viés retributivo, que tem por objetivo principal identificar o autor e fazer a adequação típica impondo uma medida ao infrator, a Justiça Restaurativa preocupa-se em saber quem foi afetado, qual a repercussão do fato e que obrigações se originaram a partir do ocorrido, seja em relação à vítima, comunidade e também autor. (GRECCO, 2014: p. 28)

É a partir da visão de diversidade de pensamentos e verdades, que o modelo restaurativo encoraja as pessoas a chegarem a um acordo, pois os impactos causados pelo conflito afetam ambos os lados na relação. O conflito tem uma nova linguagem, oferecendo espaço para dialogar sobre os temas abordados, com o objetivo de atingir o coletivo. Que fique claro, que nos casos penais, nem todos são permitidos esse tipo de acordo, são delitos de potencial leves, que não incluem homicídio, entre outros.

O mediador é um gestor de conflitos comprometido com a promoção do diálogo a ser estabelecido em um contexto de confiança, que auxilia as pessoas envolvidas a reformularem a situação do conflito em que se encontram. (AGUIAR, 2005, pg. 102)

A justiça restaurativa deixa de se preocupar com quem está errado e enfoca os valores que estão sendo violados.

A justiça restaurativa é regulada por princípios, que servem de norte para a regulamentação do sistema de cada país. Existindo para alguns estudiosos os seguintes princípios: voluntariedade, consensualidade, confidencialidade, celeridade, urbanidade, adaptabilidade e imparcialidade.

A justiça restaurativa, nesse sentido, foca nos ocorridos, preocupando-se com as necessidades das vítimas e as consequências para esta e para a comunidade, mas também, e de modo essencial, no enfoque de atendimento às necessidades do autor. (GRECCO, 2014: pg. 28)

- *Princípio da Imparcialidade*, na imparcialidade o mediador deve compreender e auxiliar a todos de forma imparcial, evitando facilitar ou ajudar a resolver o conflito entre as partes, não se envolvendo com as frustrações e anseios dos mesmos, procurando somente auxiliar as partes para encontrar a melhor solução.
- *Princípio da Voluntariedade*, a voluntariedade reflete a atuação dos envolvidos, sem que sofram constrangimento, coação ou

obrigatoriedade. Sendo explicado para as partes o método, seus direitos e forma de atuação. A participação tem o objetivo de restaurar as relações e não dar uma sentença, é uma opção de cada um.

- *Princípio da Confidencialidade*, as informações fornecidas durante a conciliação serão sigilosas. As questões pessoais e íntimas das partes devem ser mantidas em sigilo tanto pelas partes como pelos mediadores e colaboradores, não podendo ser chamado em juízo para depor a favor de nenhuma das partes o mediador.
- *Princípio da Consensualidade*, a consensualidade será aplicada durante toda a abordagem, além de concordarem com a participação, devem entender o funcionamento, regras, andamento e os princípios utilizados. Ser encaminhado para a justiça restaurativa, não quer dizer uma confissão do réu e sim uma disponibilidade de encontrarem juntos o equilíbrio, uma harmonia.
- *Princípio da Celeridade*, a justiça restaurativa devido a ausência de formalidades apresenta maior celeridade de execução. Alguns autores acreditam que a imposição de prazos é necessário para que o acordo não se estenda de forma demasiada, prejudicando a eficiência do sistema, mas não existe regra para a quantidade de sessões de mediação.
- *Princípio da Urbanidade*, o cumprimento das regras será exigido, para que haja um bom relacionamento e equilíbrio das relações, devendo haver disciplina. O bom comportamento, urbanidade, mostrará a evolução do relacionamento entre as partes, aprendendo a se respeitar e ouvir, buscando entender a necessidade um do outro.
- *Princípio da Adaptabilidade*, a flexibilidade da justiça restaurativa é importante para a escolha do melhor procedimento, adaptando o método para a necessidade percebida pelo mediador no momento da resolução do conflito, não existe um melhor padrão, mas sim o melhor para aquele caso que está sendo analisado, o mediador precisa ter a sensibilidade e optar por um ou até mesclar a utilização dos métodos.

1.2- VALORES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

No livro, *Mediação e Justiça Restaurativa*, os valores restaurativos podem ser 03(três) grupos:

O *primeiro* seriam os valores impostos ao processo restaurativo, diretrizes que devem ser observadas. São eles:

- a **não dominação**, minimizando as diferenças de poder entre os envolvidos;
- o **empoderamento**, implicação direta do anterior, compreensão dos pontos de vistas diferentes dos envolvidos e abertura para que seja exposto o que cada indivíduo sente, poder de voz a todos;
- **obediência aos limites estabelecidos como sanções**, não podem ocorrer humilhações;
- **escuta respeitosa**, equilíbrio entre as partes;
- **preocupação igualitária com todos os participantes**, ter um desfecho proveitoso;
- **accountability**, os envolvidos poderem escolher qual processo participar, restaurativo ou penal, respeitando os tratados.

O *segundo* grupo de valores, compreende as diretrizes, podendo medir o grau de sucesso. São os valores de cura e restauração, norteadores do processo, podendo ter aspecto material, emocional, psicológico ou social.

O *último* grupo é o fruto dos desígnos de cada indivíduo, já que envolve os fatores de caráter psicológico e pessoal, de um lado o perdão e a compaixão por parte da vítima e do outro o remorso e sentimento de responsabilização do ofensor perante o delito.

Para Zehr, existem 03(três) pilares da justiça restaurativa como conceitos centrais são:

- *Enfoque no dano*- preocupação com a vítima e danos sofridos pelo ofensor;
- *Obrigações oriundas de danos causados*- criação de um senso de responsabilização dos ofensores e a responsabilidade dentro do conflito;
- *Comprometimento e participação*- todos são partes importantes no processo, vítima, ofensor, familiares e comunidade.

Para outro grupo, bastante forte, os valores (vítimas, ofensores e comunidade; responsabilidade de todos os envolvidos; respeito a diversidade cultural; equilíbrio dos poderes) e princípios fundamentais da conceitualização de Justiça Restaurativa deverão estar presente tanto no processo quanto nos resultados.

As práticas restaurativas e mediadoras se inserem no contexto do conflito de uma forma muito mais profunda do que o processo penal e o sistema punitivo são capazes de fazer.

A essência da estratégia de derrubar barreiras é a ação indireta. Você procura contornar a resistência de seu oponente. Em vez de tentar enfiar uma nova idéia na cabeça dele, você o estimula a ir buscá-la do lado de fora. Em vez de dizer a ele o que deve fazer, deixa que ele mesmo chegue a sua conclusão. Em vez de tentar quebrar a resistência dele, você lhe dá condições para que ele mesmo vença a própria resistência. Em suma, a estratégia de derrubar barreiras é a arte de deixar que o outro faça o que você quer. (URY, 2004: *pg. 17*)

Na justiça restaurativa, o perdão é polêmico. De um lado a justiça tradicional, punitiva, que infelizmente não leva em conta o perdão e do outro lado, a restaurativa, que pode ajudar ou não a conseguir se chegar ao perdão verdadeiro, através de encontros com a vítima. Criou-se um conflito entre as duas correntes de pensamento.

Mas na verdade, o reconhecimento do lugar do perdão é fundamental para a resolução de conflitos, que existe nas relações humanas e sociais.

Para se promover a justiça é necessário o arrependimento e perdão, criando em conjunto uma aproximação da vítima e do autor, na construção de uma solução do conflito, buscando uma solução justa, sendo reforçado pela mediação de um profissional capacitado.

Uma forma de comunicação alienante da vida é o uso de julgamentos moralizadores que implicam que aqueles que não agem em consonância com nossos valores estão errados e são maus. (ROSENBERG, 2006: *pg. 48*)

O mediador na justiça restaurativa tem um papel de ser o facilitador, este tem a função de tornar fácil um trabalho, estar a disposição para facilitar um diálogo, que muitas vezes pode estar rompido, ou com danos irreversíveis.

Pode definir o facilitador como um profissional que auxilia o grupo a alcançar seus objetivos em diferentes contextos: social, familiar, educa-

cional, profissional, organizacional. Sua atuação consiste primeiramente em ajudar um grupo de pessoas a definir seus objetivos comuns e, depois em acompanhar o percurso do grupo para a realização destes objetivos. (GRECCO, 2014:pg. 129)

O facilitador é um terceiro neutro, que após a capacitação e preparação, com técnicas e metodologias, ajudará as pessoas, de forma equilibrada e consensual, a encontrar a solução dos conflitos, refletindo qual será seu melhor caminho.

Ele será um construtor de novas possibilidades, acompanhando com a escuta ativa as necessidades e princípios elencados durante as sessões, buscando equilibrar as diferenças entre as pessoas, possibilitando as partes encontrarem a solução de forma consensual do conflito. Respeitando a confidencialidade e respeito, observando as necessidades e anseios das partes.

ATENDIMENTOS

O projeto ainda está na fase de construção e aprendizado, com oficinas de Pães e derivados, que ocorreram entre janeiro e dezembro de 2018, a próxima fase será de treinamento de empreendedorismo e inserção no mercado de trabalho.

Total de atendidos: 12

Mês de agosto a dezembro de 2018			
Atendidos da Violência Doméstica no Jecrim	10	Atendidos pelo projeto Leões	6
Atendidos de crimes mais graves no Jecrim	15	Atendidos pelo projeto Leões	6 (2 mulheres)

CONSIDERAÇÕES

A justiça restaurativa se propõe a dar resposta à ineficiência da justiça tradicional em solucionar conflitos, tendo como parâmetro a humanização e a socialização do acesso à justiça. Um novo significado tem sido dado, onde a vítima e o ofensor, cooperam para chegar a um objetivo razoável para ambas as partes.

No processo da justiça restaurativa, os indivíduos implicados num conflito, deixam de ser diferenciados, pelo nome de vítima e ofensor, para serem considerados partes envolvidas. O ofensor, em vez de se eximir da culpa, é chamado a responsabilidade e exposições das razões e justificativas que o levaram a cometer tal delito, existindo a possibilidade de restaurar os danos causados, construindo uma verdade consensual, não apenas para um dos lados, mas para os dois.

Devemos pensar na possibilidade de mudarmos o nosso modo de pensar e avaliar tudo que acontece ao nosso redor, sem julgar.

A justiça requer que voltemos para a cura das vítimas, dos responsáveis pelas ofensas e da comunidade que foi lesada pelo crime, sendo que os mesmos se envolvam de modo ativo no processo de justiça.

Nessa visão a Administração Pública poderá ajudar a promover Políticas Públicas para que esse cidadão que foi condenado tenha a possibilidade de mudar o comportamento perante toda a sociedade. O projeto Leões trabalha no desenvolvimento de projetos para sua reinserção no mercado de trabalho e na sociedade, e a Administração Pública poderá colaborar dando oportunidades de emprego dentro da própria máquina pública de acordo com a habilidade de cada um.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Carla ZamithBoin. *Mediação e Justiça Restaurativa: A Humanização do Sistema Processual como forma de realização dos princípios Constitucionais*. São Paulo: Editora QuartierLatin do Brasil, 2009.
- ALMEIDA. Tania. *Caixa de ferramentas: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014.
- BÍBLIA Thompson-Almeida Edição Contemporânea. São Paulo: Editora Vida, 2005.
- GRECCO. Aimée e outros. *Justiça Restaurativa em Ação – Práticas e Reflexões*. São Paulo: Editora Dash, 2014.
- MARTINS. José de Souza. *Linchamentos: A justiça popular no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2015.

ROSENBERG. Marshall B. *Comunicação não – violenta*. São Paulo: Ágora, 2006.

SANDEL. Michael J. *Justiça- O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

URY. Willian. *Supere o não: negociando com pessoas difíceis*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2004.

ZANETI Jr. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multi-portas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para os conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA POBREZA E DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO

Darlan Alves Moulin

Introdução

Este artigo visa tratar da importância das políticas públicas para a redução da pobreza e efetivação do Direito Humano ao Desenvolvimento. Questiona-se, como problemática, se a pobreza é capaz de privar as pessoas do acesso às capacidades substanciais necessárias à autodeterminação de melhores condições de vida, devendo ser enfrentada pelo Estado por meio de implementação de políticas públicas ou se ela é mero problema pessoal, devendo ser enfrentado e resolvido pelas próprias pessoas, sem a participação ativa do Estado.

Cogita-se que a pobreza é um dos principais obstáculos à plena efetivação do Direito Humano ao Desenvolvimento, hipótese esta confirmada por meio do presente estudo, uma vez que a pobreza priva milhões de pessoas de terem acesso a melhores condições de vida, impossibilitando-as de autodeterminarem-se na busca por uma vida digna; impedindo, desta forma, a plena efetivação do Direito Humano ao Desenvolvimento a milhões de pessoas.

Desta forma, o presente trabalho traz uma reflexão da pobreza como

um obstáculo a plena efetivação deste valioso Direito Humano e de como as políticas públicas podem ser utilizadas para reduzir os níveis de pobreza e desigualdades sociais que assolam as sociedades pós-modernas, sendo um excelente instrumento a disposição do Estado para cumprir os objetivos constitucionais, concretizando a máxima proteção à Dignidade Humana.

Busca-se, então, a possibilidade de se reconhecer as políticas públicas como um valioso instrumento a disposição do Estado para a redução da pobreza e concretização do Direito Humano ao Desenvolvimento. Para tanto, utilizou-se os métodos de revisão bibliográfica e análise documental para se reconhecer a importância das políticas públicas na redução da pobreza e na efetivação deste valioso Direito.

1. A pobreza como obstáculo a plena efetivação do Direito Humano ao Desenvolvimento

Para que haja a plena efetivação do direito humano ao desenvolvimento, é necessário que todas as causas de privação das capacidades humanas sejam eliminadas, garantindo condições materiais mínimas, possibilitando as pessoas se autodeterminar e decidir os caminhos pelos quais devem percorrer na busca por uma vida digna (SEN, 2010).

É importante esclarecer que essas causas de privações das capacidades humanas acabaram por se agravar devido ao aumento das desigualdades sociais existentes nas sociedades pós-modernas, oriundas das últimas crises socioeconômicas. Por tais razões, a realização do direito humano ao desenvolvimento enfrenta sérias dificuldades para a sua efetivação, já que se dispõe garantir a máxima proteção à dignidade humana (SOUSA, L. M., 2010, p. 83).

Amartya Sen (2010, p. 120) demonstra que existem muitas causas de privação das capacidades humanas básicas necessárias ao pleno desenvolvimento humano. Dentre essas causas, o autor cita a pobreza como sendo uma das responsáveis pela privação das liberdades substantivas necessárias para a autodeterminação das pessoas, que almejam uma vida digna. Assim, a pobreza pode ser definida como a “deficiência de capacidades básicas para alcançar certos níveis minimamente aceitáveis”. (SEN, 2012, p. 172).

Sustentando esse entendimento, Melina Girardi Fachin (2015, p. 336-337) afirma que:

[...] a pobreza, em si, é uma fonte de privação que impede que os indivíduos acessem outras liberdades fundamentais e possam desempenhar suas capacidades e funcionamentos. A pobreza, sobretudo na sua versão mais extrema, implica desempoderamento não apenas material dos indivíduos; há também reflexos políticos, sociais, culturais, enfim, vulnerabilidades de diversas outras ordens produzidas pela miséria. Esta é a primeira fonte de privação a ser removida na busca holística do desenvolvimento.

É imprescindível, portanto, demonstrar o posicionamento de Nicolás Ângulo Sánchez (2005), que declara que a pobreza não se refere apenas à ausência de renda econômica, mas está relacionada com a ausência de desenvolvimento das capacidades substanciais que permitem à pessoa se autodeterminar na busca por uma vida digna, devido à escassez ou privação aos recursos básicos. É importante demonstrar as consequências que essa escassez ou privação aos recursos básicos pode acarretar na vida de milhões de pessoas,

A escassez captura a mente. [...] quando experimentamos qualquer tipo de escassez somos absolvidos por ela. A mente se direciona automaticamente e fortemente para as necessidades não supridas. Para o faminto, essa necessidade é a comida. Para as pessoas ocupadas, pode ser um projeto a ser concluído. (MULLAINATHAN; SHAFIR, 2016, p.18).

Assim, “a escassez é mais do que o simples desprazer de ter muito pouco. A escassez muda a maneira como pensamos. Ela se impõe em nossas mentes. [...] a escassez opera de maneira inconsciente. Ela captura a atenção quer o dono da mente queria ou não”. (MULLAINATHAN; SHAFIR, 2016, p. 18-20).

Desta forma, a pobreza pode capturar a mente de milhões de pessoas, impedindo-as de obter o pleno desenvolvimento humano, por meio do acesso às condições materiais mínimas. Essas não estão relacionadas apenas a renda, mas sim as condições minimamente necessárias em todos os aspectos da vida da pessoa. Nesse sentido, Regina Vera Villas Bôas e Durcelania da Silva Soares (2017, p. 76) atestam que:

[...] É certo que a pobreza não é um fenômeno fácil de ser conceituado, podendo ser apreciado por vários prismas, entre outros o do

biológico, do médico, do político, do sociológico, do economista, considerada situação de que, para a maioria das pessoas, a pobreza está relacionada diretamente ao fator econômico, sendo, pois, medida com base nos rendimentos, a partir de fundamentos que levem em conta, unicamente análises econômicas.

É importante esclarecer que a pobreza objeto desse estudo é aquela que viola os direitos humanos por não possibilitar às pessoas as condições mínimas para obterem uma vida digna. Nessa perspectiva, verifica-se que:

Ocorre que o interesse atual é a pobreza, com a visão de violação dos direitos humanos, e a partir de uma vida digna. Não se pode falar em dignidade da pessoa humana quando milhões de pessoas vivem em condições indignas por causa da pobreza. A definição de pobreza ora esperada é aquela que está em desacordo com os direitos sociais, econômicos e, principalmente, aquela que ofende aos direitos humanos e não unicamente aos que estão relacionados aos padrões econômicos. (VILLAS BÔAS; SOARES, 2017, p. 77).

Daisy Rafaela da Silva (2014, p. 138) faz uma análise sobre o aumento da pobreza e das desigualdades sociais relacionados às exigências da sociedade do consumo. Para a autora, a pobreza pode ser definida como:

[...] a privação de capacidades básicas e não somente a baixa renda, cujo critério é amplamente difundido, e tradicional de identificação da pobreza. A perspectiva da pobreza como privação de capacidades envolve, também, a renda baixa, sendo fator principal da pobreza. A baixa renda é, com efeito, um fator determinante para uma vida pobre.

Por esse ponto de vista, Daisy Rafaela da Silva e Grasielle Augusta Ferreira Nascimento (2017, p. 309) lecionam que “a pobreza, viola a dignidade humana, na medida em que impossibilita a inserção do cidadão na sociedade do consumo, não dá condições de liberdade para que possa querer, desejar, ser e ter ou não. Estar na linha da pobreza significa estar impedido de ser livre”. A sociedade do consumo acaba por agravar ainda mais as mazelas sociais, uma vez que discrimina e coisifica aqueles que

não detêm recursos financeiros para consumir aquilo que o mercado lhes impõe.

Assim, a pobreza pode ser compreendida em duas dimensões principais: a econômica e a social. A pobreza econômica está associada à escassez de recursos financeiros que possibilitam a satisfação das necessidades básicas das pessoas. Já a pobreza social está relacionada com a ausência do pleno desenvolvimento humano devido à exclusão social já que muitas pessoas estão submetidas, principalmente nos países ricos e industrializados. Para elas muitos direitos básicos que auxiliam na efetivação do pleno desenvolvimento humano não são concretizados (SOUSA, L. M., 2010, p. 84).

Lívia Maria de Sousa (2010, p, 84) afirma que “[...] a privação e a escassez dos meios e recursos básicos impedem o pleno desenvolvimento da personalidade e da capacidade da pessoa humana, sendo o maior obstáculo para que elas possam exercer os seus direitos de forma livre”. Desta forma, percebe-se que a pobreza social está relacionada com a negação a direitos básicos que possibilitam o pleno desenvolvimento das capacidades humanas.

Esse desenvolvimento não poderá ocorrer em sociedades que são afligidas por mazelas sociais, inviabilizando a ampliação das capacidades humanas necessárias à obtenção de uma vida digna, tais como a fome, a pobreza, o analfabetismo e os regimes totalitários, dentre outras problemáticas. Assim, importante citar o texto da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em que foi definido que:

[...] que a pobreza extrema e a exclusão social constituem uma violação da dignidade humana e que são necessárias medidas urgentes para alcançar um melhor conhecimento sobre a pobreza extrema e as suas causas, incluindo aquelas relacionadas com o problema do desenvolvimento, com vistas a promover os Direitos Humanos dos mais pobres, a pôr fim à pobreza extrema e à exclusão social e a promover o gozo dos frutos do progresso social. (ONU, 1993).

O grande crescimento econômico ocasionado pela globalização acabou por evidenciar as desigualdades já existentes entre os países considerados desenvolvidos e os subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, as

quais não estariam restritas apenas ao campo internacional. Verifica-se que no âmbito interno essas desigualdades se tornaram mais evidentes, porque acarretaram diversos reflexos negativos na efetivação dos direitos. Não apenas naqueles considerados sociais, econômicos e culturais, mas também naqueles ditos civis e políticos (SOUSA, L. M., 2010, p. 84).

Percebe-se, portanto, que a pobreza pode acarretar uma grave violação aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, bem como aos civis e políticos, já que ela acaba por impedir o pleno desenvolvimento das pessoas. Por tais razões, é extremamente importante distinguir as vertentes da pobreza.

Sonia Rocha (2006) leciona que a pobreza pode ser compreendida de duas formas: a absoluta e a relativa. A pobreza absoluta é aquela relacionada com a sobrevivência física das pessoas, ou seja, quando elas não possuem recursos financeiros que lhes garantam o atendimento das suas necessidades básicas para uma sobrevivência mínima. Quanto à pobreza relativa, a autora (2006, p. 11) afirma que ela está relacionada com as “[...] necessidades a serem satisfeitas em função do modo de vida predominante na sociedade [...]”.

Assim, percebe-se que na pobreza relativa as pessoas já têm garantido as condições mínimas para a sua sobrevivência, mas essas condições não lhe permitem satisfazer os padrões de vida impostos pela sociedade onde estão inseridos. Nesse sentido,

Pobreza extrema ou miséria significa que as famílias não podem satisfazer as necessidades básicas de sobrevivência. Elas sofrem de fome crônica, não têm acesso à saúde, não dispõem de água potável e esgoto, não podem oferecer educação para alguns ou todos os filhos e talvez não tenham um abrigo rudimentar – um teto para proteger da chuva, uma chaminé para tirar a fumaça do fogão – e artigos básicos do vestuário, como sapatos. Ao contrário das pobreza moderada e relativa, a miséria só ocorre em países em desenvolvimento. *A pobreza moderada* refere-se, em geral, a condições de vida em que as necessidades básicas são satisfeitas, mas com muita dificuldade. *A pobreza relativa* é, em geral, interpretada como sendo uma renda familiar abaixo de uma determinada proporção da renda média nacional. (DEBONE, 2016, p.10, grifos do autor).

Daisy Rafaela da Silva (2014, p. 40) acrescenta que “foi Tawnsend que trouxe a redefinição da pobreza, passando a significar não apenas não ter o nível mínimo de nutrição ou subsistência, mas também não atingir o padrão prevalecente numa dada sociedade”. Nota-se, então, que a pobreza vai muito além da insuficiência de recursos para a sobrevivência humana, muito além da ausência de renda.

Quanto a questão social relativa à pobreza, Tauã Lima Verdan Rangel afirma que:

[...] a pobreza baseia-se na acepção de necessidades fundamentais, estando em debate várias dimensões inerentes à noção de recursos, abarcando rendimentos, bens de capital, benefícios em espécie associados ao trabalho. Nesta perspectiva, pode-se considerar como pobre aquele que não tem o que comer, é analfabeto, não tem moradia, vive em condição precária de higiene, ou seja, não tem acesso a condições mínimas de uma existência digna. (2015, p. 80-81).

É extremamente necessário garantir as condições mínimas que possibilitam as pessoas gozarem uma vida digna, pois é somente por meio da concretização das condições materiais mínimas que se possibilitará o desenvolvimento humano e pleno exercício dos demais direitos, tendo em vista que “[...] a garantia positiva dos recursos mínimos para a existência digna é direito subjetivo dos indivíduos, uma vez que sua ausência representa a negação de todos os demais direitos humanos”. (SOUSA, L.M., 2010, p. 85).

Importante dizer que existe um direito subjetivo de cada indivíduo quanto à garantia positiva de utilização dos recursos públicos, que devem ser utilizados para resguardar o mínimo existencial para a obtenção de uma vida digna. Desta forma, percebe-se que o princípio da dignidade humana não está associado apenas à garantia da liberdade, uma vez que a ausência de recursos materiais mínimos para a obtenção de uma vida digna acaba por sacrificar a própria dignidade humana (SARLET, 2015a, p. 339).

Melina Girardi Fachin aponta sobre a garantia das condições materiais mínimas para que as pessoas possam ter uma vida digna e autodeterminarem suas escolhas. Nesse sentido, a autora (2015, p. 335-336) reafirma a

importância de tais condições materiais ao declarar que “a criação de um conjunto de capacidades que permitam universalizar uma base material mínima de vida, ao mesmo tempo em que elimina as privações, empodera os indivíduos à participação efetiva nos destinos de suas vidas”.

Quanto às consequências do rápido crescimento econômico, pode-se verificar que:

O crescimento econômico, que favoreceu apenas pequena parcela da sociedade, acabou contribuindo de forma assustadora para o aumento da desigualdade social e da concentração de renda, atingindo a dignidade da pessoa humana de grande parte da sociedade que se ver excluída e marginalizada, não tendo acesso a direitos essenciais como alimentação, moradia, saúde, lazer entre outros. (SOUSA, L. M., 2010, p. 85).

Constata-se que esse crescimento econômico acabou por agravar ainda mais os problemas sociais, visto que aumentou as desigualdades, acarretando a exclusão social de diversas pessoas, que não conseguiram acompanhar esse rápido crescimento ficando em desalento pelo caminho, sofrendo as mais diversas privações das capacidades humanas necessárias à obtenção de uma vida digna.

Assim, é imprescindível que os direitos sociais, econômicos e culturais sejam realizados para se garantir a concretização da dignidade humana por meio da plena efetivação do direito humano ao desenvolvimento, já que este só poderá ser considerado completo, quando forem resguardados os direitos civis e políticos, bem como os econômicos, sociais e culturais, tanto no plano individual, quanto no coletivo, tendo em vista o caráter indivisível e interdependente dos direitos humanos de todos os povos (SOUSA, L. M., 2010, p. 86).

À vista disso, percebe-se que devido ao aumento das desigualdades sociais nas sociedades pós-modernas, houve também um grande acréscimo nos índices da pobreza e exclusão social devido à falta de investimentos públicos, inclusive financeiros, para a implementação de políticas públicas visando à concretização dos direitos sociais, que são indispensáveis para a eliminação das principais causas de privação das liberdades substanciais ou das capacidades humanas necessárias para a autodeterminação das próprias pessoas.

Nesse sentido, observa-se que:

Numa sociedade fortemente marcada por desigualdade social, não se pode falar em igualdade, nem mesmo em liberdade, sem que antes se promova a implementação de direitos sociais. Assim, para efetivar o direito ao desenvolvimento, é necessário garantir um mínimo de direitos sociais à pessoa humana. Não é suficiente eliminar regimes totalitários e garantir direitos civis e políticos, os quais eram realizados mediante o dever de abstenção do Estado, mas sim é indispensável a realização de direitos prestacionais, que dependem não só da existência de um aparato Estatal, mas, especialmente, de recursos financeiros para implementá-los. (SOUSA, L.M., 2010, p. 86).

Portanto, as causas de privação das liberdades substanciais somente serão eliminadas com a plena efetivação dos direitos sociais. Para que tais direitos sejam concretizados, torna-se necessário a implementação de políticas públicas eficazes que visem à erradicação ou redução da pobreza absoluta com a concretização das condições materiais mínimas para se garantir o pleno desenvolvimento humano, conforme será analisado a seguir.

2. A importância das políticas públicas para a concretização dos Direitos Sociais e plena efetivação do Direito Humano ao Desenvolvimento

Os direitos sociais, também conhecidos como direitos prestacionais ou de segunda dimensão, são aqueles que foram criados para possibilitar que as pessoas tenham melhores condições de vida, reduzindo as desigualdades e objetivando a concretização da justiça social. Esses direitos demandam do Estado uma atuação positiva, para que haja a sua concretização (NOBRE JÚNIOR, 2007, p. 03).

É importante esclarecer que os direitos sociais nasceram devido aos altos índices de desigualdades que assolavam os Estados e acarretaram diversas situações de necessidade e de exclusão social para os seus titulares. Tais direitos são caracterizados como direitos de libertação da necessidade, os quais objetivam a promoção social das pessoas, em ob-

servância à concretização da igualdade material (NOBRE JÚNIOR, 2007, p. 03).

Assim sendo, nota-se que os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas direitos por meio do Estado, uma vez que a sua concretização depende de certas prestações materiais, que devem ser efetivadas pelo poder público (KRELL, 2002, p. 19). Desse modo, as políticas públicas devem ser elaboradas e efetivadas pelo Estado independentemente que haja regulamentação ou edição de novas legislações relacionadas à matéria social, já que tais políticas são consideradas como instrumentos de efetivação dos direitos sociais (DANTAS; SILVA, 2015, p. 55).

Desta forma, percebe-se que “a expressão ‘política pública’ apresenta o substantivo ‘política’, que deve ser entendido como meta ou diretriz a alcançar, correspondente a uma melhoria em algum traço político, econômico ou social da sociedade”. (DANTAS; SILVA, 2015, p. 55).

Essas políticas podem ser definidas como programas governamentais, que não se restringem a atos ou normas singulares, mas sim a uma atividade estatal composta por uma série ordenada de atos e normas de vários tipos que são conjugados visando a concretização de um objetivo determinado (COMPARATO, 2003, p. 249-250).

Ampliando esse entendimento, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (2006, p. 76) define políticas públicas como sendo um “complexo de objetivos, previamente definidos, relacionados com os meios racionalmente possíveis e adequados para atingi-los”. Já Eros Grau (2008, p. 25) afirma que a expressão política pública “designa a atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade”.

As políticas públicas, por isso, podem ser compreendidas como ações intencionais, que são construídas por um ator ou conjunto de atores com o objetivo de buscar soluções para uma problemática social, uma vez que tais políticas surgem a partir dos problemas sociais. É importante esclarecer que, em regra, os direitos fundamentais, especialmente os de cunho social, são efetivados por meio das políticas públicas, visto que de nada valeria o reconhecimento formal de tais direitos, sem os mecanismos instrumentais para a sua efetivação (FONTE, 2013, p. 39).

Validando esse entendimento, Darlan Alves Moulin e Yasmin Arbex(2018, p. 108) sustentam que:

É importante esclarecer que a concretização plena dos direitos socioeconômicos, os quais são responsáveis pela efetivação do direito ao desenvolvimento, exigem uma atuação responsável, contínua e comprometida do Estado para que possa ser integralmente concretizada. Ocorre que, caso não haja uma atuação eficiente no Poder Público, esses direitos somente estarão garantidos na Constituição, sem serem efetivados plenamente na sociedade e esse é o grande desafio em relação aos direitos socioeconômicos, ou seja, que o desenvolvimento da sociedade possa ser integralmente realizado para todos os indivíduos nela inseridos.

Além disso, as políticas públicas podem ser conceituadas como “instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de garantir igualdade de oportunidades aos indivíduos, tendo por objetivo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos”. (APPIO, 2006, p. 57).

Outro ponto de suma importância a ser analisado é o fundamento mediato das políticas públicas, ou seja, aquilo que acaba por justificar a sua criação. Tal fundamento pode ser entendido como a própria posituação dos direitos sociais. Assim, verifica-se que o Estado deve elaborar ações públicas e privadas que visem efetivar os direitos constitucionalmente previstos. Tais ações serão legitimadas por meio do convencimento de toda a sociedade sobre a importância de concretização dos direitos sociais (BUCCI, 2006, p. 135).

Somente por meio da realização de políticas públicas eficazes é que o Estado realizará, de forma ampla e sistemática, os objetivos previstos no Texto Constitucional, especialmente a concretização dos direitos fundamentais que demandam uma atuação positiva do Estado para a sua promoção, ou seja, os direitos sociais (BARCELLOS, 2005, p. 90).

É imprescindível, portanto, que o poder público cumpra os objetivos constitucionais e, para isso, faz-se necessário a implementação de ações e programas em diversas áreas de atuação do Estado, visando efetivar a prestação de serviços públicos que concretizem os direitos fundamentais e a igualdade material (BARCELLOS, 2005, p. 90).

Darlan Alves Moulin e Yasmin Arbex (2018, p. 109) afirmam que:

Desta forma, com o objetivo de concretizar o Estado de Bem-Estar Social, é imposto ao Estado o dever de promover políticas públicas que visem o desenvolvimento socioeconômico da sociedade com a concretização dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, resguardando a esses direitos a plena eficácia jurídica, tendo em vista a sua condição de direitos sociais fundamentais.

Além disso, é importante esclarecer que a realização de políticas públicas depende de prévia autorização orçamentária, pois é somente por meio da autorização legislativa para gastos públicos que tais políticas poderão ser efetivadas. Nesse sentido, constata-se que:

[...] a execução de políticas públicas depende de gastos públicos. Logo, é no processo político-jurídico de orçamento que encontra-se a gênese. Assim, as leis orçamentárias e planos plurianuais, todos de iniciativa exclusiva do executivo e aprovados pelo Legislativo, simboliza o nascimento ou anulação das políticas públicas. A importância da tratativa de políticas públicas reside nas considerações já esboçadas de que elas são os meios necessários para a efetivação dos direitos sociais. (DANTAS; SILVA, 2015, p. 56).

Observa-se, ainda, que as políticas públicas necessitam ser previamente planejadas e formuladas para que se obtenha êxito em sua implementação. É por meio desse planejamento que será possível traçar metas que devem ser alcançadas com tais políticas. Essas metas devem estar relacionadas com a concretização dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social. Desse modo, observa-se que:

[...] antes da implementação de qualquer ação governamental, imprescindível uma fase prévia de planejamento e formulação. É preciso definir, em razão de cada política pública, quais os objetivos e metas a serem alcançadas. É necessário colher informações técnicas, custos, formas de execução mais adequadas em função de diversas variantes fáticas que exigem dimensionamento. Trata-se, pois, de um processo que envolve profundo conhecimento dos fatos envolvidos, dos objetivos próximos e remotos e finalmente, uma decisão com manifestação da vontade política. (ALONSO; DANTAS, 2016, p. 149).

Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 40-42) esclarece que a elaboração e a posterior implementação das políticas públicas pode ser decomposta em três fases fundamentais, as quais podem ser classificadas como programa, ação-coordenação e processo. Quanto a essas fases, a referida autora reitera que:

O programa remete ao conteúdo propriamente dito de uma política pública. A definição prévia desse conteúdo se faz necessária não apenas quando se delineiam as alternativas, mas também quando se toma a decisão que redundará na implementação da política pública. Do mesmo modo, a fase de avaliação requer os contornos precisos dos resultados propostos na fase inicial. [...] A dimensão material da política pública está contida no programa. É nele que se devem especificar os objetivos e atingir os meios correspondentes. Tais parâmetros serão úteis na avaliação dos resultados da política pública, após sua implementação.

Quanto à fase da ação-coordenação, a referida autora (2006, p. 44) esclarece que quando se planeja a realização de políticas públicas é necessário “[...] buscar a coordenação, seja na atuação dos poderes públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos, seja no interior do Governo entre as várias pastas, e seja ainda considerando a interação entre organismos da sociedade civil e o Estado”.

Quanto à terceira e última fase, Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 44) avalia que as políticas públicas acabam por envolver a noção de processo como uma “sequência de atos tendentes a um fim, procedimento agregado do elemento contraditório. Este último, no contexto de formulação de políticas públicas, associa à abordagem jurídica inequívoca dimensão participativa”.

Percebe-se, então, que o planejamento, desenvolvimento e efetivação das políticas públicas são atividades complexas, já que acabam por envolver diversas fases que acabam por se complementar, visando alcançar o objetivo para o qual foram desenvolvidas: a concretização dos direitos sociais.

Desta forma, nota-se que a concretização dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social, está relacionada com a elaboração e efetivação de boas políticas públicas, pois tais direitos demandam uma atua-

ção positiva do Estado, que é responsável pelo cumprimento dos objetivos constitucionais, visando à efetivação da igualdade material. É por meio das políticas públicas que as problemáticas sociais são eliminadas, possibilitando, assim, a plena efetivação do desenvolvimento humano.

Nesse sentido, as políticas públicas são instrumentos indispensáveis para se alcançar a concretização dos direitos fundamentais sociais. Tais instrumentos deverão ser previamente elaborados e executados a curto, médio e longo prazo, de forma a possibilitar o pleno desenvolvimento das capacidades humanas, indispensáveis para que as pessoas tenham uma vida digna, uma vez que:

É importante considerar que os direitos fundamentais, principalmente os de natureza social, econômica e cultural somente poderão ser completamente implementados com uma atuação positiva do Poder Público, sem a qual tais direitos não teriam efetividade. Assim, é imperioso esclarecer que há necessidade da Administração Pública assumir a sua função de garantidora e concretizadora dos direitos constitucionalmente garantidos, através de políticas públicas eficazes com o objetivo de garantir a todas as pessoas o mínimo existencial visando à concretização da dignidade da pessoa humana. Por tais razões, essas políticas públicas necessitam ser criadas e organizadas com um planejamento em curto, médio e longo prazo, bem como ser realizadas por meio de ações pontuais do Estado com objetivos pré-determinados. Com a implementação de políticas públicas bem planejadas, o Estado obstará as barreiras sociais, econômicas e culturais que dificultam a efetividade dos direitos individuais, sociais, econômicos e culturais constitucionalmente garantidos a todos os indivíduos. (MOULIN; ARBEX, 2018, p. 106).

É por meio das políticas públicas que muitas das causas de privação das capacidades humanas, tais como a pobreza, serão vencidas, uma vez que elas objetivam efetivar a igualdade material de modo a permitir que as pessoas desenvolvam as suas liberdades substanciais que lhes empoderarão para se autodeterminarem nas escolhas para a obtenção de uma vida digna.

Considerações finais

Por meio do presente estudo, constatou-se que a pobreza é uma das principais causas de privação das capacidades substanciais que empoderam o ser humano, permitindo que este se autodetermine na busca por melhores condições de vida. A pobreza impede o haja o pleno desenvolvimento do indivíduo, não podendo ela ser confundida apenas com a ausência ou insuficiência de recursos financeiros, mas sim como a impossibilidade de acesso e permanência às condições mínimas para uma vida digna.

Desta forma, observa-se que a efetivação do Direito Humano ao Desenvolvimento somente será possível quando as principais causas de privação das capacidades substanciais dos indivíduos forem eliminadas, possibilitando que todas as pessoas se autodeterminem na busca por melhores condições de vida.

Importante salientar que o Estado possui um papel essencial na concretização desse direito, devendo implementar políticas públicas de modo a garantir a toda a sociedade a efetivação da igualdade material, possibilitando que as pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica tenham acesso às condições materiais mínimas para a obtenção de uma vida digna. A função principal do Estado é construir uma sociedade livre, justa e solidária e isso só será possível com plena efetivação do Direito Humano ao Desenvolvimento por meio da implementação de políticas públicas eficazes que reduzam os níveis de pobreza e desigualdades sociais no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Ricardo Pinha; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. Direitos fundamentais sociais e políticas públicas: uma relação necessária. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 5, 2016, Montevideu, URU, **Anais do V Encontro Internacional do Conpedi**. Montevideu/Uruguai: CONPEDI, 2016. ISBN: 978-85-5505-256-9.

APPIO, Eduardo. **Controle Jurisdicional das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá. 2006.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 07 abr. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagens a José Afonso da Silva**, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira; SILVA, Maria Dos Remédios Fontes. A elaboração e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24, 2015, Belo Horizonte/MG, **Anais do XXIV Congresso Nacional do Conpedi**. Belo Horizonte: Dom Helder Câmara. ISBN: 978-85-5505-110-4.

DEBONE, Rebecca Rafart de Seras Hoffmann. **Pobreza Extrema: violação dos direitos humanos?** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limodad, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

KRELL, Andrea J. **Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (descaminhos) de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

MOULIN, Darlan Alves; ARBEX, Yasmin Juventino Alves. A solidariedade latino americana como instrumento de concretização da dignidade humana e do estado de bem-estar social. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 27, 2018, Salvador/BA, **Anais do XXVII Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux. ISBN: 978-85-5505-599-7.

MULLAINATHAN, Sendhil; SHAFIR, Eldar. **Escassez**: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas e nas organizações. Tradução de Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Best Business, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.19, ago. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm> Acesso em: 07 abr. 2019.

ONU. **Declaração de Viena e programa de ação de 1993**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 07 abr. 2019.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Segurança alimentar e nutricional em perspectiva regional**: Análise dos avanços do banco municipal de alimentos “Cecílio Correa Cardoso”, em Cachoeiro de Itapemirim-ES, como instrumento materializador da segurança alimentar e nutricional e do direito humano à alimentação adequada. 2015. Dissertação de mestrado em sociologia e direito. Universidade Federal Fluminense. RJ, 2015.

ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil**: Afinal, de que se trata? 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SANCHEZ, Nicolás Ângulo. **El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado**. Madri: Lepala, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Daisy Rafaela da. **O consumo na pós-modernidade: efeitos nas classes D & E**. Campinas, SP: Alínea, 2014.

SILVA, Daisy Rafaela da; NASCIMENTO, Grasiela Augusta Ferreira. A pobreza e o trabalho infantil: a face perversa da relação de consumo no Brasil envolvendo a infância pobre. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2, 2017, Santiago, Chile, **Actas del 2° Congreso Internacional de Derechos Humanos**. Escuela de Derecho de la Universidad Católica Silva Henríquez, con el apoyo del Centro Universitario Salesiano de São Paulo (UNISAL).

SOUSA, Livia Maria de. O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 9 – n. 32/33, p. 71-102 – jan./dez., 2010.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; SOARES, Durcelania da Silva. O direito humano à alimentação adequada. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2, 2017, Santiago, Chile, **Actas del 2° Congreso Internacional de Derechos Humanos**. Escuela de Derecho de la Universidad Católica Silva Henríquez, con el apoyo del Centro Universitario Salesiano de São Paulo (UNISAL).

POLÍTICAS PÚBLICAS DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL NO ESTADO DE ALAGOAS: O PAPEL DA SERIS/AL

Eliaquim Ferreira dos Santos

Stephanye Magda dos Santos Silva

Fernanda Vicon Rocha e Silva

Paulo Ricardo Silva Lima

1. INTRODUÇÃO

Sob a luz do Direito Moderno, pautado na existência de princípios sensíveis e basilares de todo o ordenamento que buscam a efetivação dos Direitos dos Cidadão, sobretudo o da Dignidade da Pessoa, faz-se necessário que haja uma busca de todos os meios possíveis e cabíveis para a obtenção dessa dignidade, não podendo os particulares e principalmente o Estado se omitir, devendo dentro dos limites do possível ser mais ativo e presente no cotidiano da sociedade, buscando entender e resolver os problemas comuns a ela.

Diante disso, há que se falar que as políticas públicas, são instrumento cabível para tanto, sendo programas de ação governamental que visam a coordenação dos meios à disposição do Estado, bem como das atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (FERREIRA, 2015). Sendo o Estado detentor de meios e recursos a serem utilizados visando o interesse da coletividade, deve ser ele o primeiro legitimado a buscar opções cabíveis, das mais di-

versas formas e a disposição da maior quantidade de pessoas possível, sendo vedada a discriminação de qualquer forma.

Pontua-se aqui, que em se tratando dos indivíduos que vivem em situação de cárcere, é nítido o preconceito e o estigma que os acompanha desde muito tempo, sendo muitas vezes negligenciados e entendidos como sendo cidadãos de segunda escala, esquecendo-se, portanto que o seu aprisionamento é situação transitória, e apesar de os feitos que justificaram a medida sejam de fato reprováveis sob a luz de uma sociedade organizada, as penas Restritivas de Direito não devem ter um caráter puramente retributivo, não sendo portanto um instrumento de vingança a fim de punir apenas por punir, nos termo da chamada “Lei de Talião” o famoso “olho por olho e dente por dente. Além do que, sua existência é necessária para que se busque o perfeito equilíbrio nas relações sociais entre os indivíduos, razão pela qual também se justifica a existência do Direito, como sendo uma ferramenta necessária para a composição de conflitos, estando em função da vida social favorecendo a o amplo relacionamento entre as pessoas e os grupos sociais, que é uma das bases do progresso da sociedade (NADER, 2017).

A pena acaba sendo um “bem necessário”, em substituição à vingança privada e/ou coletiva, e no caso da prisão, meio disponível para a proteção de bens jurídicos e para a solução de conflitos de alta lesividade (BACILA, 2016), é de certa forma instrumento para a proteção à vida, uma vez que sem ela não há como se falar nos outros bens e na hipótese de o cidadão ter que se retirar do seio da sociedade e levado a viver em reclusão, tal ação deve ser devidamente justificada, sobretudo nessa necessidade de proteção não só da coletividade que está a mercê de seu comportamento delitivo, bem como para sua própria proteção, pois é de conhecimento geral que o mundo da delinquência é pautado pela violência de todas as formas, e ainda que demore, um hora ou outra essa violência acaba chegando a quem está participando ativamente desse processo.

Além disso, a respeito das funções da pena e sua aplicabilidade, sobretudo em âmbito penal, é certo de que ela deve existir com um objetivo específico e determinado para que seja possível vincular o sistema penal a um fim, elegendo seu valor referencial, evitando, portanto a desigualdade e possibilitando o controle da atividade jurisdicional (JUNQUEIRA, 2004). Aqui, pontua-se que a respeito desses objetivos, aplicados ao caso

a ser estudado é possível citar um, a pena como ferramenta pedagógica, fazendo com que o apenado reflita sobre os seus atos, entendendo o grau de reprovabilidade atrelado a eles, que inclusive foi o que motivou o seu enclausuramento para que assim possa mudar seu comportamento, costumes, educação e, em geral tudo que tenha influenciado sua vida, para que então possa melhorar (Junqueira, 2004).

Ademais, a criação dessas ferramentas por parte do Estado, como no caso de Alagoas, demonstra uma mudança no prisma do entendimento retributivo de como as penas são entendidas pela sociedade, sendo importantes também para que se torne possível a ressocialização dos apenados e custodiados pelo estado, evitando e diminuindo a reincidência da prática de crimes, e reabilitando-os para a vida social.

2. O CRESCIMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FRENTE A CRIMINALIDADE EM ALAGOAS

A criminalidade, assunto recorrente no cotidiano brasileiro, é de certo um problema generalizado e comum a toda população, sendo diversos os trabalhos e pesquisas que buscam entender de onde ela vem e os motivos que levam ao cidadão comum ao caminho do crime a fim de que entendido esse ponto, poderão ser dadas novas tratativas na busca da extinção, ou pelo menos diminuição nos índices que temos hoje, sendo a criminologia a ciência responsável por estudar o crime, o criminoso, a vítima, os controles sociais informais e formais, bem como as formas de prevenção (GONZAGA, 2018).

Neste sentido, pode-se explicar a criminalidade como fruto de diversos fatores, principalmente social a que a pessoa está inserida, sendo que algumas parcelas da população acabam sendo mais suscetíveis que outras, sobretudo pela falta de oportunidades, de diversas formas, como a educação e a (im) possibilidade de desenvolvimento pessoal a níveis satisfatórios para uma vida digna. Assim, existe uma marginalização dessas parcelas, que vivem literalmente à margem, sendo muitas vezes esquecidas, pelo poder público e mais que isso. Salienta-se aqui, que esta ideia não é uma forma de relativizar o fenômeno da criminalidade, ou muito menos de ratificar o comportamento desses indivíduos, entretanto, faz-se necessário que se tenha um olhar mais crítico, objetivando um olhar mais macro acerca do assunto.

Ante o exposto, apesar do crescente desenvolvimento econômico e social que o estado de Alagoas vem presenciando nos últimos anos, há que se dizer que essa ainda é uma realidade bastante recente, uma vez que assim como muitos estados da Região Nordeste, é sabido que existe há décadas uma defasagem no crescimento se comparado a outras regiões. Segundo dados do Ministério da Educação sobre o último índice de Desenvolvimento da Educação Básica, divulgado em 2018, por exemplo, Alagoas não atingiu a meta estabelecida pelo órgão federal para o ensino médio, obtendo uma pontuação que representa um atraso de cinco anos, em relação à previsão estabelecida pelo governo federal²⁰⁵.

Assim, ainda que existam programas a nível estadual onde o Governo de Alagoas, e os Municípios ainda que em ações isoladas tentem mudar essa situação, em verdade é sabido que o tema educação ainda é uma pauta sensível que vem tentando ser mudada, seja por questões sociais e intrínsecas a realidade do Estado, bem como da região nordeste como um todo, onde existe uma cultura de trabalho infante-juvenil, no qual crianças e adolescentes são obrigadas a entrar no mercado de trabalho muitas vezes em condições precárias para assim prover a subsistência da família, ou até mesmo onde ainda nessa realidade, por falta de instrução ou de oportunidade, o caminho a ser seguido é o da marginalidade escancarada, indo de encontro com a criminalidade.

O fato é que dentro dessa perspectiva, Alagoas até pouco tempo era conhecido como sendo um dos estados mais violentos do Brasil, bem como do Nordeste, onde nessa perspectiva a taxa de mortes violentas no ano de 2017 chegou a ser considerada a 5ª maior do país, onde nessa perspectiva o perfil dos delinquentes e das vítimas era muito semelhante, jovens negros e de periferia sendo o tráfico a maior motivação²⁰⁶. Coinci-

205O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) foi criado em 2007 e reúne, em um só indicador, os resultados de dois conceitos igualmente importantes para a qualidade da educação: o fluxo escolar e as médias de desempenho nas avaliações. Ele é calculado a partir dos dados sobre aprovação escolar, obtidos no Censo Escolar, e das médias de desempenho nas avaliações do Inep, o Sistema de Avaliação da Educação Básica (Saeb) – para as unidades da federação e para o país, e a Prova Brasil – para os municípios (BRASIL, 2015).

206O levantamento faz parte do Monitor da Violência, uma parceria do G1 com o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Jornalistas

dência ou não é de se questionar a participação de tais agentes nessa situação, onde na maioria das vezes são pessoas em iguais condições, inseridas num cenário de guerra onde o resultado é a morte de um ou ambos, pelo mesmo motivo, o tráfico, sendo o motivo disso, praticamente o mesmo: a falta de oportunidades ou orientação, onde é projetado um único caminho possível que é a criminalidade como meio imediato para a subsistência.

Desta feita, como efeito correlato ao crescimento no número de crimes registrados, não é de se estranhar que tenha havido também um aumento nos casos que chegaram ao judiciário e que resultaram na aplicação de penas restritivas de liberdade, ou seja, o encarceramento, tendo isso se tornado um problema para o Estado vez que é notório que, as chamadas *PRL's* provenientes do imediatismo em que vive a sociedade brasileira, na qual o Estado necessita demonstrar sua eficiência através de resultados imediatos, ainda que não eficientes são as mais utilizadas e assim, a população carcerária de Alagoas cresceu em 260% em 10 anos²⁰⁷, o que é um número alarmante, ainda mais se levado em conta que, como é de conhecimento geral, as condições gerais a que são submetidos os custodiados nos Centros prisionais do Brasil como um todo, não são as melhores, e estão longe de ser. Ou seja, a ideia de ressocialização, que é ou pelo menos deveria ser a base do sistema penal, fica ainda mais difícil de se concretizar em ambientes inóspitos, insalubres, onde não são observadas as garantias legais inerentes a todo e qualquer cidadão, tal qual reza o artigo 5º da Constituição Federal, e é neste cenário onde é possível se observar as ações afirmativas, tidas como políticas públicas as quais são desenvolvidas no Estado de Alagoas, matéria do presente artigo.

do G1 espalhados pelo país solicitaram os dados via Lei de Acesso à Informação seguindo o padrão metodológico utilizado pelo fórum no Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado normalmente no fim do ano (G1, 2018).

207Um levantamento realizado pela Gazetaweb mostrou que, em 10 anos, a população carcerária em Alagoas aumentou cerca de 261,2%. Entre os anos de 2008 e 2018, o número de reeducandos passou de 2.326 presos para 8.403, segundo dado oficial Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social (Seris).

3. A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE ALTERNATIVAS PARA OBTENÇÃO DE MELHORES RESULTADOS NO ÂMBITO DAS PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE

Uma vez constatado o crescimento no número da população carcerária no Estado de Alagoas e sabendo que neste cenário, é inegável a existência de condições precárias e desumanas, muito por haver uma deficiência no binômio “necessidade x possibilidade”, onde a quantidade de apenados é muito maior do que a de celas e leitos disponíveis, tornando muitas vezes os centros de detenção e reabilitação, em centros de tortura e de penitências, fez-se necessário que o Estado buscasse alternativas viáveis para melhorar tal situação.

Entretanto, há que se dizer que tais mudanças são difíceis de acontecer, pois se sabe que tais comportamentos são frutos de anos de involução e de um comportamento já enraizado, onde os presos realmente são vistos como sendo cidadão de segunda categoria, ou até mesmo como casos perdidos. Assim, o que se vê é que dentro dessa realidade, os indivíduos enquanto pessoa presa passa a absorver ainda mais a situação a qual está incluído, adquirindo hábitos, trejeitos, pensamentos e formas de viver, vivendo assim num estado de direito paralelo, com regras fundadas numa hierarquia próprias do cárcere, fazendo com que a ressocialização se torne ainda mais difícil de concretizar, pois neste sentido, a pessoa se habitua ainda mais ao dia a dia da prisão e esquece dos motivos que o levaram a tal situação e/ou a como é de fato a realidade de fora, desta forma, o reeducando perde sua identidade e não aprenderá a viver em sociedade, mas incorporará o modo de vida próprio das prisões (MEDEIROS, 2017).

Portanto, é importante que as condições oferecidas aos reeducandos, mesmo com as limitações a que o Estado está submetido, devem buscar um mínimo favorável ao fim a que estão propostas, pois de toda forma, além da função social a que estão atreladas, há emprego não só de dinheiro público nessas ações, como também o tratamento de vidas não só dos presos, como também o das pessoas ligadas a eles, que sofrem com os resultados quando ruins, sejam eles familiares, ou até mesmo pessoas da sociedade que são atingidas pela criminalidade.

Frisa-se no entanto que, tais melhorias não devem ser interpretadas como sendo ligadas a estrutura física e formal das PRL's pois prender ape-

nas por prender, como já dito não é bem uma medida muito efetiva. Assim, o que deve acontecer é uma maior preocupação quanto a recuperação do criminoso, para que ele enquanto pessoa criminosa entenda a sua real situação, para que entenda o grau de reprovabilidade dos atos cometidos, e que assim se conscientize de que é necessário deixar de lado tais comportamentos buscando assim sua reintegração a sociedade.

A respeito disso vê-se hoje, que assim como já dito, apesar das limitações a que o Estado, quanto a dinheiro, pessoal e outras, tem crescido a preocupação dos agentes públicos com essa parcela de indivíduos, sendo criados e disseminados meios de reabilitação de delinquentes, pela via da educação, ou na busca de inserção no mercado de trabalho, bem como no meio social não havendo portanto a exclusão. Um exemplo disso, é a aplicação do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM para pessoas privadas de liberdade, sendo então o exame aplicado em calendário próprio em condições semelhantes às do fluxo normal, oferecendo então aos presos a possibilidade ingressar no ensino superior, desenvolvendo nisso o senso de que existem outros horizontes a serem tratados que não sejam a criminalidade.

4. O PAPEL DA SECRETARIA DE ESTADO DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL DE ALAGOAS – SERIS, NA CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE REINSERÇÃO DOS PRESOS

Criada com a missão de assegurar o cumprimento da política nacional penitenciária e da legislação pertinente, no âmbito estadual, planejando, coordenando, controlando, gerindo e executando projetos e programas de ressocialização, através da ação integrada entre Estado e Sociedade, a SERIS/AL tem sido uma importante instrumento na criação e disseminação de políticas públicas voltadas a população carcerária de Alagoas, sendo por diversas vezes modelo para implementação dessas ferramentas em outros Estados do Brasil. Assim, a SERIS, vem desenvolvendo na gestão atual um extenso trabalho pautado na educação, e na feitura de atividades produtivas nos termos da Lei de Execução Penal nº. 7.210 de 11/07/1984 e demais disposições legais que regulam o trabalho do apenado, buscando a integração dos presos com a sociedade.

Neste sentido, são criados por exemplo, convênios de cooperação técnica entre o Estado e os órgãos do próprio Estado, como também com particulares, que tem por objeto a execução de ações com fins a promover a reintegração social de reeducandos do sistema penitenciário alagoano, que estejam no cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, por meio de atividades produtivas. Desta forma, com a ajuda deste órgão vê-se não só a inserção desses indivíduos na sociedade, como também no mercado de trabalho onde em condições normais, muitas vezes não é possível que isso aconteça pois assim como já exposto neste trabalho, o estigma que acompanha os apenados, numa espécie de pena perpétua, tendo que conviver por praticamente toda a vida com o preconceito e desinformação das pessoas que acabam os excluindo com medo de seu histórico é concreto e real.

Em se tratando desses convênios, têm-se que são ferramentas tão efetivas que além de proporcionar uma economia para o Estado e para os particulares conveniados, uma vez que, segundo dados da própria SERIS:

[...]não existe vínculo empregatício entre o órgão público/empresa e os reeducandos selecionados, também não existem encargos sociais (não há recolhimento de INSS, desconto de FGTS, aviso prévio, 13º salário, férias) incidentes sobre os valores pagos pela utilização da mão de obra, e mesmo com melhoria de salários entre os reeducandos, o Órgão/Empresa que utiliza essa mão de obra economiza entre 50 e 60% de valores pagos a empresas terceirizadas (ALAGOAS, 2018).

Têm-se um percentual menor que 2% ao ano de reeducando que tornam a cometer um novo delito, em 2016 por exemplo, dos 529 custodiados inseridos nos convênios, apenas 6 retornaram ao sistema prisional e em 2017, somente 5 egressos voltaram a cometer novos delitos (ALAGOAS, 2018).

No mesmo giro outro exemplo a ser citado é o do Núcleo Ressocializador da Capital, um novo modelo de gestão prisional pautado nos princípios do sistema espanhol chamado de Módulos de Respeito, sendo regido pelo diálogo, transparência e honradez. Assim, o objetivo principal do núcleo é criar oportunidades para reduzir os fatores de risco do interno

por meio da laborterapia, da educação e do lazer, resgatando valores há tempo perdidos pelos custodiados que vêm nesse trabalho um jeito de se reconectar com a sociedade e de traçar novos rumos para a vida pós cárcere, sendo um projeto tão bem sucedido que virou referência para o país sendo até o presente momento o único presídio a ter essa metodologia e além disso, no ano de 2017 chegou a ter índice de reincidência criminal dos custodiados que passaram pela unidade de 0%²⁰⁸ (TNH1, 2018), cumprindo assim com o fim social a que se dispõem.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, vê-se portanto a possibilidade de que mesmo em pequenas ações, o Estado, sobretudo a SERIS acaba tendo um papel de extrema importância na criação de políticas públicas voltadas a reinserção dos presos na sociedade, sendo essas ações efetivas e possíveis, sem a necessidade de haja grandes disposições financeiras, e que no fim servem de via de mão dupla, fazendo com que os apenados consigam ter novas possibilidades desde o cumprimento de suas penas, bem como no futuro com o fim do cárcere.

Além disso, o cumprimento dessas ações corroboram as ideias de que as penas por si só podem e devem ter um caráter pedagógico servindo de aprendizado para os presos, que devem ver nelas uma oportunidade de aprender com os erros cometidos, e diante desse processo, ainda que árduo e difícil pelas razões já levantadas, sobretudo pelo estigma que infelizmente acabarão carregando, consigam provar para a sociedade já condicionada a vê-los como cidadãos falidos e sem perspectiva, que essa ideia está totalmente equivocadas, que pode sim haver um recomeço, a criação de novos horizontes.

Portanto, as políticas públicas de reinserção dos presos são possíveis e viáveis, desde que haja o interesse do Estado em criá-las e pô-las em prática, acreditando no potencial que elas têm, sobretudo se espelhando nesses casos positivos que vêm dando bons resultados, sobretudo no caso da SERIS/AL, que mesmo sendo vinculada a um Estado com um histórico de negligência e falta de recursos, conseguiu dar bons frutos.

208Para realizar o levantamento, os gestores do Núcleo Ressocializador analisaram a situação dos 42 reeducandos que receberam alvará de soltura durante o ano.

REFERÊNCIAS

- ALAGOAS. Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social. Maceió, AL. 2017. Disponível em: <<http://www.seris.al.gov.br/>>. Acesso em 14 abr. 2019.
- BACILA, Carlos Roberto. **Introdução ao Estudo do Direito Penal e a Criminologia**. Curitiba: Intersaberes, 2016.
- BRASIL. **IDEB**. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Brasília, DF. 2015. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/ideb>>. Acesso em: 12 abr. 2019.
- FERREIRA, Rita de Cássia Campos. **Psicopatologias: Fundamentos, transtornos e consequências da dependência química**. São Paulo: Érica, 2015.
- GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GUSTAVO, Derek; CAU, Rodrigues. **Taxa de mortes violentas em Alagoas em 2017 é a 5ª maior do país**. Maceió, AL. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/taxa-de-mortes-violentas-em-alagoas-em-2017-e-a-5-maior-do-pais.ghtml>>. Acesso em: 14 abr. 2019.
- MAYNART, Rafael. **Em 10 anos, população carcerária cresceu mais de 260% em Alagoas**. Maceió, AL. 2018. Disponível em: <https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2018/10/em-10-anos-populacao-carceraria-cresceu-mais-de-260-em-alagoas_63150.php>. Acesso em> 14 abr. 2019.
- MEDEIROS, Jéssica. **O colapso do sistema prisional e a mercantilização do cárcere**. Maceió, AL. 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/Ocolapsodosistemaprisionalea-mercantilaodocrere2017.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito** – 40. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TNH1. **Núcleo Ressocializador da Capital alcança índice de reincidência criminal de 0%**. Disponível em: <>. Acesso em: 14 abr. 2019.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRABALHO E QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL NO BRASIL E NO MARANHÃO: UM ESTUDO ENTRE OS ANOS DE 2008 A 2017

Irlane Regina Moraes Novaes

Inácio Ferreira Façanha Neto

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha

1 INTRODUÇÃO

O trabalho possui extrema relevância para a economia de um país, haja vista ser por meio dele que ocorre a produção e circulação de riquezas, sendo com a renda auferida, que as pessoas consomem e alimentam a cadeia produtiva. O vocábulo trabalho, por sua vez, contribui para essa associação ao castigo, em razão de sua origem do vocábulo latino *tripalium*, espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma canga que pesava sobre os animais (MARTINS, 2014).

No mundo, a escravidão foi a primeira forma de trabalho existente, sendo o escravo considerado coisa e, portanto, desprovido de qualquer direito. Em um segundo momento da história, durante o período feudal, surge a servidão, ocasião em que os senhores davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres e tinham que prestar serviços no feudo. Posteriormente, surgiram as Corporações de Ofício, que anos mais tarde foram suprimidas com a Revolução Francesa por serem incompatíveis com o ideal de liberdade do homem (SOUZA, 2014).

A partir da extinção das Corporações de Ofício, inicia-se o liberalismo econômico, ocasião em que o Estado passa a ter a mínima intervenção sobre as atividades econômicas. Com o crescimento das cidades, expansão do comércio e utilização das máquinas a vapor, desenvolve-se a industrialização, responsável pela instauração de um novo sistema de produção, que substituiu, gradativamente, os trabalhadores pelas máquinas, acarretando desemprego e desigualdade social (HOLANDA, 2017).

No século XVIII, diante do contexto de industrialização, aumento do desemprego e exploração de mão-de-obra, Marx (1985a) caracterizou o trabalho como uma interação do homem com o mundo natural, de tal modo que os elementos deste último são conscientemente modificados para alcançar um determinado propósito. Para ele (1985a, p. 153), o trabalho seria a forma pela qual o homem se apropria da natureza a fim de satisfazer suas necessidades, ou seja, “o processo de trabalho, como o que apresentamos em seus elementos simples e abstratos, é atividade orientada a um fim para produzir valores de uso, apropriação do natural para satisfazer a necessidades humanas [...]”.

A partir da Revolução Industrial, passa-se à organização racional do trabalho enquanto fator determinante para o modelo de produção capitalista. O método taylorista/fordista utilizado nas indústrias passa a ser adotado por outras organizações, incluindo igreja, família e tipos de lazer. Novos valores passam a determinar a sincronização dos tempos de vida e do trabalho, são estabelecidos horários de trabalho nas fábricas, bem como o tempo para executar uma tarefa. O consumo do tempo livre é monitorado, a quantidade e as formas de lazer devem ser adequadas para não interferir na disposição e produtividade do operário (RIBEIRO; LEDA, 2004).

Na crise de 1929, emergiu a ideologia do pleno emprego e a criação e expansão de políticas públicas em alguns países da Europa, onde teve vigência o chamado Estado de Bem-Estar Social. A partir da crise de 1929, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) através das suas Convenções, atribui-se a missão de promover o emprego e o acesso indiscriminado ao trabalho de homens e mulheres. Contudo, essa estratégia não foi capaz de erradicar o desemprego, e tampouco a pobreza mundial (HOLANDA, 2017).

Com a Conferência Internacional do Trabalho, em 1944, foi adotada a Declaração de Filadélfia, estabelecida como a carta de princípios e obje-

tivos da OIT; e em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, conforme a OIT, serviram de referência para reafirmar o princípio da paz no mundo através da “[...] melhoria das condições de trabalho e da proteção à situação de desemprego que atingia milhões de trabalhadores” (DEDECCA, 2009, p. 54).

A partir do crescimento do desemprego no mundo e no Brasil na década de 70, as políticas de emprego começaram a ser desenvolvidas sobre o mercado de trabalho, sem compromisso com a plena ocupação da população desempregada. Castel (2009) afirma que, nessa ocasião, passa-se por uma mudança substancial nas modalidades das intervenções do Estado, cujas políticas passam de um modelo de integração para um modelo de inserção social. Pochmann (2013) ressalta que na década de 1980 ocorreram importantes mudanças no mundo do trabalho, sendo que alguns efeitos das transformações havidas na economia brasileira apontam-se, entre outros, uma trajetória de queda do poder aquisitivo dos salários e a diminuição dos postos de trabalho assalariados com carteira assinada.

No Estado do Maranhão, instalações de empresas, incentivos governamentais para investimento e desenvolvimento da região, através do interesse para o desenvolvimento do trabalho proporcionaram à região oportunidades antes não evidenciadas, tais como a implementação de políticas públicas voltadas à qualificação profissional, como os Programas Maranhão Profissional e Viva Meu Primeiro Emprego, por exemplo. Entretanto, a qualificação profissional pode ser considerada uma das dificuldades para o desenvolvimento efetivo (DIAS, 2011). No ano de 2016, os trabalhadores formais correspondiam a 33% (trinta e três por cento) da população economicamente ativa, sendo que o estoque de empregos formais no Estado do Maranhão tem aumentado nas últimas décadas. Isso porque em 2003, o Estado possuía 348.761 empregos, e no ano de 2015, esse valor chegou a 722.866 postos de trabalho, ou seja, um crescimento de 207% (duzentos e sete por cento) no volume de empregos formais (OMT, 2016).

Portanto, o artigo em questão busca responder o seguinte questionamento: *como as políticas públicas de trabalho e qualificação profissional têm contribuído para o desenvolvimento econômico-social no Estado do Maranhão no período de 2008 a 2017?* Para responder este questionamento, tem-se como objetivo geral compreender a relação entre as políticas públicas de trabalho

e qualificação profissional para o desenvolvimento econômico-social no Estado do Maranhão entre os anos de 2008 a 2017.

A recente trajetória da economia brasileira revela que está em trâmite uma série de mudanças importantes, como a formulação e implementação das políticas públicas de trabalho e renda, por meio do incentivo do governo federal à educação profissional e à inserção ou reinserção no mercado de trabalho. Logo, a justificativa para este estudo centra-se na relevância da investigação das casuísticas que podem contribuir para tal resultado, onde a força do trabalho é apontada como uma das principais.

De natureza teórica, bibliográfica e documental, o estudo a ser realizado tem por referência o método dialético, por meio do qual, busca-se verificar as mediações que explicam as particularidades à luz da totalidade, a fim de desmitificar e compreender as contradições e determinações que incidem sobre o tema em comento. Quanto aos objetivos, a pesquisa se caracteriza como exploratória e descritiva. Quanto à abordagem, a pesquisa será de natureza qualitativa e quantitativa, e quanto ao método, será de natureza bibliográfica e documental.

2 RELAÇÕES DE TRABALHO E DE EMPREGO

No decorrer da evolução social, as formas de trabalho desempenhadas pelos homens se diversificaram, ocorrendo o mesmo com a noção acerca do trabalho. Apesar da ideia moderna de que o “trabalho dignifica o ser humano”, em tempos remotos, aqueles que desempenhavam suas tarefas eram considerados desprovidos de dignidade, razão pela qual o trabalho era cabível apenas aos escravos (MARTINS, 2014).

Para Sousa (2014), o trabalho, desde o início dos tempos, estava associado à ideia de sofrimento, entretanto, essencial ao atendimento das necessidades absolutas do homem e da sociedade, sendo que na Antiguidade, consistiu na exploração forçada do homem pelo homem, pela escravidão, o modo de produção reinante.

Marx (1985) conceitua trabalho como o processo que realiza a mediação entre o ambiente e o homem, quando este põe em ação as forças de que seu corpo está dotado (braços, pernas, cabeça, mãos), transformando os elementos que encontra disponíveis na natureza em produtos, suprimindo

assim suas necessidades, não importando “se elas se originam do estômago ou da fantasia” (MARX, 1985, p. 45).

Engels (1876) destaca que com o desenvolvimento do trabalho também foi-se multiplicando as atividades em grupo; e a atividade conjunta criou a necessidade de comunicação, de dizer algo uns aos outros. Desse modo, também, pode-se apontar a linguagem, a origem dos signos, no trabalho. Então, no trabalho se origina a cultura e a história humanas.

Desde os primórdios da humanidade, existia uma divisão do trabalho, que a princípio ocorria em virtude de características fisiológicas, como gênero, idade, força física, até considerando mútua cooperação entre culturas e exercendo influência nos povos contemporâneos. Nas sociedades antigas, por sua vez, o trabalho ocorria de modo coletivo, orgânico, destinando-se basicamente a produção de bens, objetivando à satisfação das necessidades primárias e limitando-se à obtenção de valores de uso (DURKEIM, 2005).

Aguiar e Santos (2017) comentam que a relação com o trabalho ou com os outros trabalhadores se torna a principal referência das pessoas. Isso porque o sentimento de identidade social tem fundamento na relação profissional, sendo o trabalho um processo de confronto e de diálogo, sendo essa dicotomia representada por um indivíduo que busca satisfação para suas necessidades, desejos e sonhos e outro cujas circunstâncias de trabalho oferecem um modelo de produção, de modo geral padronizado.

Oliveira (1998) afirma que o sistema brasileiro de relações trabalhistas é baseado em um conjunto de regras de cunho estatal, com intervenção legislativa e com insuficiente negociação coletiva e pouca capacidade de generalização de seus efeitos. Em contrapartida, o Direito do Trabalho brasileiro sempre foi um sistema “flexibilizado” e passível de regulamentação, que pode ser caracterizado pela liberdade empresarial para demitir e contratar empregados, manipulação da jornada de trabalho, possibilidade de promoção de formas de trabalho polivalente, aumento das formas de contratação por tempo indeterminado etc.

O resultado da chamada “flexibilização do mercado de trabalho” decorrente da modernização produtiva poderá ser a precarização do emprego, caso não haja uma política eficiente de educação e qualificação profissional que vise ampliar as possibilidades de emprego do trabalhador; ou seja, que forneça um conjunto de habilidades que possibilite ao traba-

lhador exercer sua profissão em um maior número de empresas (BEHERING, 2008).

3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRABALHO E QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL NO BRASIL E NO MARANHÃO

No Brasil, as iniciativas voltadas à estruturação das políticas públicas de emprego e renda se iniciam, de modo relevante, na década de 60, em razão da expansão dos grandes centros urbanos, da migração rural e do aumento da população, fenômenos que provocaram a ampliação da-quantidade de mão de obra disponível (IPEA, 2006).

A partir do agravamento da crise do sistema capitalista e a influência neoliberal, o capital passou a exercer maior controle sobre o trabalho, de forma a estimular a heterogeneidade e desestruturação do mercado (ANTUNES, 2004).

Em um período em que a economia mundial vivia um surto de crescimento econômico sem precedentes, acreditava-se no Brasil que a melhoria das condições de vida da população seria consequência direta do crescimento econômico. O desemprego existente era entendido como uma imperfeição decorrente do baixo nível de desenvolvimento econômico que marcava o país. O predomínio dessa concepção parece explicar a quase ausência no Brasil de programas públicos de emprego e renda ainda no decorrer dos anos 1960 e 1970 (IPEA, 2006). Esse novo cenário tornou o trabalhador vulnerável em relação ao mercado de trabalho, vez que lhe foram impostas alternativas precárias de sobrevivência evidenciadas pelo aumento das ocupações informais e desprotegidas (POCHMANN, 2012).

Contudo, desde 1940 no Brasil, iniciou-se o processo de regulamentação da jornada de trabalho, com a fixação de oito horas diárias de trabalho no comércio e na indústria, além da regulamentação do trabalho feminino, da concessão férias e a obrigatoriedade de assinatura da carteira de trabalho e a fixação do salário mínimo por lei (AZEVEDO, 2004).

A Constituição de 1946 instituiu a assistência ao desempregado como um direito do trabalhador, contudo a primeira tentativa de criação de um seguro para o trabalhador desempregado ocorreu apenas em 1965, com a promulgação da Lei 4.923/65, que criou o Cadastro Permanente de Ad-

missões e Dispensas de Empregados e instituiu um plano de assistência ao desempregado. Custeado pelo Fundo de Assistência ao Desempregado (FAD), esse benefício possuía recursos provenientes da arrecadação de 1% da folha salarial da empresa e de uma parcela das contribuições sindicais (AZEREDO, 1998).

No Brasil, em 1958, é criado o Serviço de Emprego e, em 1970, é instituído o Serviço Nacional de Emprego (SINE), como órgão responsável pela organização, estabelecimento e viabilização de forma estruturada das políticas de emprego, por meio do atendimento ao desempregado e aos empregadores. Dentre as funções do SINE, tem-se o serviço de intermediação de mão de obra, que responderia pela necessidade de remanejamento dos trabalhadores desempregados para setores com disponibilidade de emprego (AZEREDO, 1998).

De acordo com a teoria keynesiana, o mercado de trabalho é ajustado conforme às flutuações do nível de atividades, decorrentes das flutuações na demanda agregada. Para Keynes (1983), a demanda por trabalho a curto prazo segue uma curva negativamente inclinada, em razão do fato de que neste prazo curto a elevação da produção ocorre sob rendimentos decrescentes, ou seja, a contratação de novos trabalhadores só é viável por meio da redução do salário real, o que gerou a luta da classe trabalhadora.

Pochmann (2006) indica que as políticas públicas de emprego surgiram inicialmente como políticas sociais, de cunho interventivo por parte do Estado no mercado de trabalho. Advindas no final do século XIX na Alemanha de Otto Von Bismark, caracterizavam-se como medidas voltadas ao enfrentamento dos riscos do exercício laboral, em seguida, voltando-se à manutenção do pleno emprego nos países centrais, em especial, após a crise econômica de 1929. Harvey (1993) afirma que os sistemas de produção em massa presumiam investimentos de capital fixo em larga escala sob estabilidade tecnológica e crescimento estável dos mercados de consumo, tendo como consequência o bloqueio à indispensável flexibilidade dos mercados, da alocação de recursos e dos contratos de trabalho.

Na década de 70, período após a Segunda Guerra Mundial, as ações do Estado quanto às questões sociais se mostravam adequadas para a manutenção do “quase” pleno emprego, sendo garantidas as condições de trabalho para os empregados, enquanto que, para os desempregados, haviam medidas de garantia de renda, como a proteção e a assistência social,

que evitavam a redução do padrão de vida. Portanto, a política pública de emprego foi surgindo, consolidando-se com a criação do chamado Sistema Público de Emprego (SPE) (POCHMANN, 2012).

Em decorrência da desestruturação do mercado de trabalho, as políticas públicas de emprego e renda no Brasil são recentes, visto que, somente entre os anos de 1970 e 1980, foram estruturadas as iniciativas governamentais para combater o desemprego e os problemas formação profissional, por meio da criação do seguro-desemprego e pela formulação das políticas de treinamento e qualificação de mão de obra (RAMOS, 2009).

Em abril de 1970, é promulgado o Decreto nº 66.499, estabelecendo as diretrizes e normas sobre o papel da política de emprego, conforme a Convenção 122 publicada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1964. De acordo com essa convenção, todo país-membro da OIT deve ter por escopo “a formulação e a aplicação de uma política ativa que possa promover o pleno emprego produtivo e livremente escolhido”. Para tanto, o país deveria estimular o crescimento e desenvolvimento econômico, de forma a elevar o nível de vida de seus habitantes, bem como atender às necessidades de mão de obra para resolver o problema do desemprego e do subemprego (CONVENÇÃO 122, 1964).

Castel (2009) ressalta que a desarticulação das políticas de mercado de trabalho, no que diz respeito às estratégias de crescimento e geração de emprego, gera a possibilidade de que os programas de qualificação profissional, ainda que integrados às demais políticas de mercado de trabalho, tais como o seguro-desemprego e a intermediação profissional, poderão não resultar na empregabilidade dos qualificados. Dessa forma, a política de qualificação profissional pode estar desempenhando um papel meramente assistencialista e de contenção, sob a ótica de “[...] ocupar-se dos válidos invalidados pela conjuntura [...] as ações vão perdendo gradativamente o pretensu caráter provisório para tornarem-se permanentes” (LIMA, 2008, p. 100-101).

Serra (2009) esclarece que, na década de 1990, houve a regulamentação do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), fundo especial, de natureza contábil-financeira, vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, destinado ao custeio do Programa do Seguro-Desemprego, ao Abono Salarial e ao financiamento de Programas de Desenvolvimento Econômi-

co; estes últimos, a cargo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

No Maranhão, entre os anos de 2008 a 2017, com o escopo de gerar emprego e renda, por meio da abertura de novos postos de trabalho, o governo estadual passou a implementar políticas públicas de trabalho e qualificação profissional relevantes, dentre as quais, pode-se citar (MARANHÃO, 2018): a) Programa Mais Empregos; b) Programa Microcrédito Produtivo Orientado e, c) Projeto Shopping do Emprego.

O Programa Mais Empregos, regulamentado pelo Decreto nº.32.697, de 14 de março de 2017, consiste em apoio financeiro às microempresas e empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional, com domicílio fiscal no Estado do Maranhão. O apoio financeiro de que trata este Decreto limita-se à concessão de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por mês para cada novo empregado regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, entendido este como o acréscimo ao quantitativo já existente na microempresa ou na empresa de pequeno porte em 31 de janeiro de 2017 (art. 2º, Decreto 32.697/17).

Para se habilitar ao incentivo financeiro, as microempresas e empresas de pequeno porte deverão, de acordo com o art. 3º, do referido Decreto: I - possuir domicílio fiscal no Estado do Maranhão; II - possuir regularidade fiscal e cadastral, e III - estar cadastrada no Sistema Nacional de Emprego (SINE/MA).

O Programa tem por objetivo diversas ações, dentre as quais estão: a) a intermediação, via Sistema Nacional de Emprego (SINE/ MA), da mão de obra empregada pelas microempresas e empresas de pequeno porte para fins do incentivo financeiro; b) o acompanhamento mensal do acréscimo de emprego regido pela CLT, ou da manutenção dos empregos anteriormente criados, para os fins do benefício financeiro; c) o acompanhamento dos efetivos pagamentos e/ou créditos dos salários dos empregados para fins de pagamento do incentivo financeiro; d) o pagamento mensal do incentivo financeiro às empresas beneficiárias, mediante depósito em conta bancária de titularidade da pessoa jurídica; e, e) a cassação do benefício financeiro, sem prejuízo da adoção de outras sanções cabíveis, de natureza criminal e civil, nos termos da Lei, quando verificado que a microempresa ou empresa de pequeno não atende às condicionantes estabelecidas para o benefício (art. 4º, § 1º, Decreto 32.697/17).

O Governo do Estado do Maranhão implantou também o Programa Microcrédito Produtivo Orientado (MPO), dentro do Programa: Promoção do Trabalho Digno, visando o desenvolvimento dos micros e pequenos empreendimentos no Estado, com o objetivo de divulgar e informar sobre as políticas públicas para o segmento, apoiando e incentivando a geração de trabalho e renda entre os microempreendedores populares, em cumprimento a Lei nº 11.110, de 25 de abril de 2005, que instituiu em âmbito nacional o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado-PNMPO (MARANHÃO, 2018).

Este programa tem por objetivos: a) Incentivar a geração de trabalho e renda entre os microempreendedores populares; b) Disponibilizar recursos para o microcrédito produtivo orientado; c) Oferecer apoio técnico aos empreendedores populares e d) Oferecer apoio técnico às instituições de microcrédito produtivo orientado, com vistas ao fortalecimento institucional destas para a prestação de serviços aos empreendedores populares (MARANHÃO, 2018).

De acordo com o governo estadual, as operações de crédito são voltadas à população de baixa renda e microempreendedores, entendidas como pessoas físicas ou jurídicas de atividade produtiva de natureza profissional com renda bruta e anual de até R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais). Além disso, o projeto busca atender aos microempreendedores informais (MARANHÃO, 2018).

Para participar do programa os beneficiários deverão se cadastrar nas Agências do SINE implantadas no Estado do Maranhão, além de frequentar oficina de sensibilização e capacitação a ser promovida pela Secretaria de Estado do Trabalho e da Economia Solidária – SETRES. Em seguida, os empreendedores serão encaminhados aos agentes financeiros para intermediar o crédito e realizar o acompanhamento (MARANHÃO, 2018).

Já o Projeto Shopping do Emprego consiste em um projeto destinado a atender à demanda por mão de obra para trabalhar especificamente nas lojas do Shopping São Luís. Para tanto, o Governo do Estado e o estabelecimento empresarial firmaram um acordo para instalação de um posto avançado do SINE/MA, para realização de atendimento aos trabalhadores que desejam disputar as vagas oferecidas pelas novas lojas do espaço, bem como aos proprietários dos estabelecimentos que optem pela comodidade ao selecionar suas equipes (MARANHÃO, 2018).

Entretanto, o governo do Estado do Maranhão, seguindo o exemplo do restante do Brasil, na tentativa de reduzir o índice de desemprego local, constatou que os programas de qualificação profissional haviam se convertido em um dos principais eixos das políticas relacionadas ao mercado de trabalho. Dessa forma, a centralidade assumida pelos programas de qualificação profissional, tem como reflexo a mudança na estratégia das políticas públicas de trabalho, de modo a priorizar intervenções focalizadas e compensatórias com a implementação de políticas públicas de qualificação profissional, com o objetivo de elevar a empregabilidade dos grupos de trabalhadores mais vulneráveis.

No Maranhão, as políticas públicas de qualificação profissional PLANFOR, PNQ e PRONATEC tiveram início em 1996, por meio da realização de um seminário organizado pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social, Comunitário e do Trabalho – SEDESCCT, com o intuito de discutir o conteúdo e a metodologia dos referidos planos. O evento contou com a participação de diversas entidades do ramo da educação profissional e teve por escopo incentivar a elaboração de propostas para implementação do Plano de Qualificação Profissional do Maranhão e a incorporação do Estado na Rede de Educação Profissional nacional (HOLANDA, 2017).

Entretanto, o tema da qualificação profissional voltou a ser discutido no cenário maranhense no ano de 2005, quando se tornou manifesta a aceleração do nível de atividades, a melhora dos indicadores do mercado de trabalho e o anúncio de um conjunto de investimentos nos segmentos de energia, cultivo de soja, celulose e papel, siderurgia e logística de transportes, com o aumento da procura por trabalhadores qualificados para atuarem nas obras de instalação dos empreendimentos.

Diante dessa nova conjuntura econômica do Maranhão, tem-se a implantação de um ensino médio voltado à educação profissional: Com a promulgação do Decreto nº 5.154/2004, o Estado do Maranhão implantou, em 2006, o Ensino Médio Integrado à Educação Profissional (EMIEP), modalidade esta subsidiada em um currículo que integra conteúdo da educação geral e profissional, em cumprimento às exigências legais. (MARANHÃO, 2011a, p. 23).

No ano de 2010, novos investimentos foram realizados no Estado para construção de diversas obras, dentre as quais a Refinaria Premium I

da Petrobrás, duplicação da Estrada de Ferro Carajás, duas termelétricas etc. Todavia, a escassez de trabalhadores qualificados constituía um problema emergencial para o governo (DIAS, 2011).

Nesse contexto de falta de qualificação profissional dos trabalhadores maranhenses que surgem programas como, por exemplo, o Programa Maranhão Profissional, com o objetivo de qualificar, inicialmente, aproximadamente 400 mil pessoas, além de criar de forma permanente cerca de 80 mil novas vagas no sistema de qualificação profissional do Estado, entre os anos de 2011 a 2014. Para tanto, seriam investidos R\$ 777 milhões na ampliação e reestruturação do sistema de educação profissional maranhense, na formação de novos professores, além da implantação e readequação da estrutura física do sistema educacional (MARANHÃO, 2011a).

Em 2017, o governo do Maranhão implementou o “Projeto Pró-Catador: recuperando vidas, reintegrando cidadania”, cujas ações a serem promovidas pelo projeto em questão, pode-se mencionar: a) recensear catadores/as nos municípios pertencentes aos territórios atendidos pelo projeto; b) inserir os catadores/as no Cadastro Único; c) incentivar o Associativismo e o Cooperativismo entre os catadores/as; d) promover ações de formação de acordo com a vocação profissional, proporcionando a elevação da escolaridade e a educação profissional e tecnológica; e) assessorar tecnicamente os empreendimentos de Catadores/as; f) estruturar com máquinas e equipamentos os empreendimentos; g) estimular a formação de redes de cooperação com foco na consolidação organizativa das atividades (MARANHÃO, 2018).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cumpre apontar os principais aprendizados relacionados à consecução do objetivo principal desta pesquisa, que buscou investigar as políticas públicas de trabalho e qualificação profissional adotadas pelo Governo do Estado do Maranhão entre os anos de 2008 a 2017, a partir dos índices de crescimento econômico e geração de emprego e renda.

O processo de reestruturação produtiva conforme os requisitos do modelo de acumulação flexível toyotista, tem avançado desde a inserção de novas técnicas de gestão no processo produtivo, o que levou à flexibili-

zação das relações de trabalho, caracterizadas pelas contratações de mão-de-obra de forma instável e temporária. Diante desse cenário, passou-se a exigir qualificação dos trabalhadores a fim de se adequar ao novo modelo imposto pela globalização e pelo capitalismo, onde são valorizadas competências relacionais.

Todavia, sob a ótica do aumento da taxa do desemprego, surgiu a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas ao trabalho e qualificação profissional, de modo a atender a demanda dos diversos setores de atividade, além de reinserir os trabalhadores no mercado de trabalho. Para tanto, ocorreu a articulação entre os programas de seguro-desemprego (políticas passivas de mercado de trabalho) e as políticas ativas de mercado de trabalho (qualificação profissional e a intermediação de mão-de-obra), com o escopo de interromper o ciclo do desemprego, reduzindo o tempo de retorno dos ora desempregados ao mercado de trabalho.

Destaca-se que no Brasil, o perfil multifuncional dos trabalhadores não era compatível com a demanda do mercado, onde predominava estratégias de racionalização de mão-de-obra, baseadas na busca de novos mecanismos de redução de custos, sobretudo, salariais, e de flexibilização e das relações trabalhistas.

Nesse sentido, o termo “empregabilidade” passa a ser o foco dos programas de qualificação profissional, o que indica um contrassenso na responsabilização acerca do desemprego, que fora deslocada do Estado para o trabalhador. A busca da empregabilidade acarreta relações de trabalho precarizadas, vez que o trabalhador para fugir da situação de desemprego acaba aceitando uma ocupação inferior àquele que detinha anteriormente.

No caso do Maranhão, a análise das políticas públicas de trabalho e qualificação profissional revela uma dicotomia quanto aos objetivos, pois pretendem suprir a demanda por trabalhadores qualificados para atuação em grandes empreendimentos instalados ou em vias de instalação no Estado e, por outro lado, ocorre a priorização dos trabalhadores em situação de vulnerabilidade social, como é o caso de indivíduos em situação de extrema pobreza (beneficiários do PBF), dos desempregados e daqueles oriundos do ensino público.

Dessa forma, a trajetória das políticas de qualificação profissional no Brasil e no Maranhão evidencia sua desarticulação com o ensino regular e o caráter de natureza assistencial dos programas implementados, que se

preocupam em amparar os trabalhadores em situação de vulnerabilidade, ao invés de qualifica-los para realocação e, conseqüente, permanência no mercado de trabalho. No ano de 2003, em que pesem reiteradas tentativas do governo federal para integração da a educação profissional ao ensino regular, a insuficiência de recursos financeiros impediu que os programas alcançassem o objetivo pretendido.

Em relação a intermediação de mão de obra, aspecto indispensável para a efetividade dos programas de qualificação profissional, observa-se que o governo do Estado do Maranhão, em especial a partir do ano de 2015, tem desenvolvido importantes projetos para auxiliar os trabalhadores na busca por vagas de trabalho/ emprego, como é o caso do Programa Mais Emprego, Projeto Shopping do Emprego e Projeto Pró-Catador, além da utilização do SINE para a realização de atividades voltadas a qualificação profissional e a recolocação no mercado de trabalho.

Desse modo, ressalta-se que as políticas e programas de qualificação profissional constituem direito dos trabalhadores, motivo pelo qual devem ser revestidas como prática social libertadora e ferramenta para a construção de um modelo de desenvolvimento inclusivo, onde todos, sem distinção, participem do processo democrático e da geração de emprego e renda. Entretanto, para que as políticas voltadas ao trabalho e qualificação de mão de obra alcancem o resultado esperado, torna-se necessária a garantia, desde o processo de formulação, que sejam articuladas com a educação básica, além de adequadas às políticas e programas do Sistema Público Nacional de Emprego, em especial no que diz respeito ao acompanhamento pedagógico e aos métodos de intermediação junto ao mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaios sobre a afirmação e a negociação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.
- AZEVEDO, B. **Políticas públicas de emprego**: a experiência brasileira. São Paulo: Abet, 1998.
- BEHRING, E. **Expressões políticas da crise e as novas configurações do Estado e da sociedade civil**. In: Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS, 2008.

- DEDECCA, C. S. **Emprego e qualificação no Brasil dos anos 90.** *In:* OLIVEIRA, M. A. (Org.). Reforma do Estado e Políticas de Emprego no Brasil. Campinas, SP: IE/UNICAMP, 1998. p. 269-294.
- DIAS, T. **MA precisa de 100 mil trabalhadores qualificados.** Maranhão Maravilha Blog, [S. l.], 2011. Não paginado. Disponível em: <https://maranhaomaravilha.blogspot.com.br/2011/01/ma-precisa-de-100-mil-trabalhadores.html>. Acesso em: 20 dez 2018.
- DURKHEIM, Emile. **Da divisão do trabalho social.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ENGELS, Friedrich. **Sobre o papel do trabalho na transformação do macaco em homem.** *In:* ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. Obras escolhidas. São Paulo: Alfa-Omega, s.d., v. II, 1876.
- HARVEY, D. **A condição pós-moderna.** São Paulo: Loyola, 1993.
- HOLANDA, Felipe Macedo de. **O Programa Maranhão Profissional: qualificar para o desemprego.** Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Centro de Ciências Sociais, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017. 171 f.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **O Estado de uma nação: políticas públicas de emprego, trabalho e renda no Brasil.** Rio de Janeiro, 2006.
- KEYNES, J. M. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2014.
- MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política.** São Paulo: Martins Fontes, 1985a.
- OBSERVATÓRIO DO MERCADO DE TRABALHO DO MARANHÃO (OMT). **Relatório Estrutural do Mercado de Trabalho do Maranhão.** Ano I, vol. I São Luís: UFMA, 2016.

OLIVEIRA, Francisco. **Privatização do público, destituição da fala e anulação da política:** o totalitarismo neoliberal. *In:* OLIVEIRA, Francisco. PAOLI, Maria Célia. Os sentidos da democracia. Petrópolis: Vozes, 1999.

POCHMANN, Márcio. **Políticas públicas e situação social na primeira década do século XXI.** *In:* SADER, Emir (Org.). Lula e Dilma: 10 anos de governo pós-neoliberais no Brasil. Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2013.

RAMOS, A. L. **Acumulação flexível, toyotismo e desregulamentação do direito do trabalho.** [S. l.: s. n.], 2015. Disponível em: <http://www.cj.ufsc.br/alramos/trabalho.html>. Acesso em 18 dez 2018.

SOUZA, Jobson Monteiro de. **Economia brasileira.** São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014.

DA PRODUÇÃO DO ESPAÇO AO DIREITO À CIDADE: A APLICABILIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS URBANÍSTICAS

Júlia de Paula Vieira

INTRODUÇÃO

O espaço anteriormente tratado como categoria, ou por um meio vazio, sem conteúdo, foi substituído pelas teorias do espaço e da prática espacial de planificação, do macro ao micro, considerando o espaço social, segundo Lefebvre (1991), como produto. O espaço macro sempre possui generalizações, em uma escala nacional, onde somente as principais características predominam, enquanto o micro é capaz de captar particularidades daquela pequena prática espacial com recorte ampliando o estudo de suas especificidades.

Para Henry Lefebvre (1991), o espaço da modernidade apresenta características de homogeneização, fragmentação e hierarquização. O homogêneo é caracterizado por elementos de gestão e controle, vigilância, comunicação, fabricação de elementos comuns, ainda que esses espaços sejam fragmentados em guetos, e pseudoconjuntos ligados de forma imprecisa entre os arredores e os centros das cidades, de forma hierárquica estritamente apresentada por espaços residenciais, espaços comerciais, espaços de lazer, entre outros. A homogeneidade desses espaços ilusoriamente oculta a real relação espacial e os conflitos existentes, atingindo culturalmente uma generalidade funcional igual encontrada em uma sociedade inteira.

A cidade surge como um lugar de trabalho livre, principalmente com a transição do feudalismo para o capitalismo, e no burgo, onde se concentrava os artesãos e demais comerciantes, a cidade era diferente do campo pela possibilidade de trabalho livre. Já a revolução urbana, segundo Lefebvre (2008), é designada como um conjunto de transformações que a sociedade passa durante o crescimento e a industrialização, onde surgem questionamentos que devem responder questões legítimas e satisfatórias. O espaço urbano torna-se o lugar de venda, de troca, de relações, de encontro das coisas e pessoas. Nos séculos XVI e XVII, surge a planificação das cidades a partir dessa inversão decorrente da industrialização, com a projeção de um espaço urbano em um espaço de coordenadas geométricas, tem-se, por fim, a transformação da cidade política ao urbano.

A cidade é traduzida como o resultado do aprofundamento de uma visão socioespacial do trabalho em determinado território. O direito à cidade surge em uma tentativa de ressurgir contra uma realidade urbana discriminatória organizada (MARTINS, 2009), na qual segrega espaços e coloca em dúvida o mérito dos espaços de poder, no qual àqueles que não possuem privilégios políticos são marginalizados e lançados em espaços periféricos, onde se tem o maior desafio de garantia do direito à cidade. Esta, por sua vez, preceitua uma necessidade de condições dignas de sobrevivência e inserção, conforme a pilares de reforma urbana, regularização fundiária e participação popular, no qual a mediação e a articulação devem alcançar a materialização dos resultados para uma luta mais justa em prol de cidades mais humanizadas.

O presente estudo se prende a um levantamento sobre a produção do espaço e o advento do direito à cidade como coletivo e social, bem como a políticas públicas garantidoras desse direito. Segundo Lefebvre (2010), o direito à cidade advém das necessidades antropológicas socialmente elaboradas que está relacionado a um direito de obras – nisto, enquadra-se a atividade participante, de símbolos, a arte, o esporte, a atividade criadora, enfim, um direito à vida urbana, local de trocas e encontros usufruídos por todos. As ferramentas metodológicas utilizadas estão ancoradas na pesquisa teórica dogmática e interdisciplinar tendo em vista a necessidade de manuseio de obras doutrinárias e investigação da legislação aplicada ao tema.

A cidade é entendida e julgada pelo desejo de todos e o direito a esta não é simplesmente um direito de visita ou de passagem, mas é um direito

à vida urbana, ao acesso do que já existe e a possibilidade de mudança de acordo com o desejo, conforme aduz Harvey (2009), se a pessoa percebe que a vida está estressante, desmotivante, ela não possui a prerrogativa de refazer a vida com o ideal modificado? Da mesma forma, tem que se haver o direito de construir uma cidade diferente da que se encontra com dificuldades de sustentabilidade, pois é necessária ao homem a liberdade de se refazer e refazer a cidade, pois esta constitui uma parcela da vida e representa o cotidiano do homem urbano.

DESENVOLVIMENTO

O processo de urbanização do Brasil ocorreu principalmente a partir dos anos 1950 com a industrialização e intensificação das cidades brasileiras. Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (BRASIL, 2010), 84% (oitenta e quatro por cento) da população brasileira é urbana, a região Sudeste é a mais urbanizada com 92,9% da população vivendo nas cidades, seguida das regiões Centro-Oeste (88,8%), Sul (84,9%), Norte (73,5%) e Nordeste (73,1%). As cidades com maior índice de urbanização são Rio de Janeiro (96,7%), Distrito Federal (96,6%) e São Paulo (95,9%).

Entretanto, devido à diversidade geoespacial e com as relações humanas existentes, as cidades possuem várias diferenças entre si, sejam sociais, geológicas, morfológicas, econômica, entre outras que caracterizam e moldam o perfil diferenciado de cada cidade. Assim ao se estudar determinada localidade, deve-se levar em consideração todas as questões geoespaciais e relações de redes existentes, tanto na dimensão macro quanto micro, estabelecendo uma escala territorial (nacional-local) para aplicação de políticas públicas.

Lefebvre (1991) retrata que a organização do espaço centralizado é utilizada pelo poder político e para a produção material na hierarquia dos espaços ocupados e nas relações existentes entre essas classes. Entretanto, em uma escala mundial, entende o autor que tende a ser formado um novo espaço, o qual o nacional e o local serão desintegrados. Esse processo é cheio de contradições, a partir do conflito e da divisão do trabalho à escala planetária, com a produção capitalista e conseqüente militarização do espaço.

Para empregar a ciência desse espaço procurado, passa-se por três acepções (LEFEBVRE, 1991): o emprego político, neo-capitalista, no

qual é integrado às forças produtivas de forma imediata e integrado as relações sociais de produção de forma mediata. Em segundo, tem-se como plano de fundo do uso uma ideologia, um saber a princípio desinteressado, mesmo que o nome ideologia não seja carregado e possa ser confundido com um saber dos que aceitam esta prática. Em terceiro, e por fim, tem-se uma utopia tecnológica, programação ou simulação do futuro fundamentado nos marcos do real, do modo de produção existente, através de uma utopia tecnológica arquitetônica e urbanística. O estudo das três acepções é importante para compreensão do espaço, entretanto será adstrito à primeira acepção nesta oportunidade, qual seja, o emprego político, a normatização do espaço enquanto território gerador de força produtiva.

Segundo Schimid (2012), a dialética apresentada por Lefebvre, inspirada em Hegel, Marx e Nietzsche, está relacionada a uma virada espacial, onde a utilização do conceito de produção do espaço é proposta uma teoria na qual o espaço encontra-se atado à realidade social. O espaço em si não pode ser utilizado como um ponto de partida, pois ele é produzido. A produção advém da relação espaço e tempo, e o espaço tem escopo de simultaneidade, apresenta uma ordem sincrônica da realidade social; e o tempo apresenta uma ordem diacrônica e demonstra o processo histórico da produção social. Nesse contexto a sociedade não tem significado de totalidade espaço-temporal de matéria, nem a soma de ações, mas trazem o ser humano como corpóreo, sensível, imaginativo e ideológico, no qual se relacionam através de suas atividades e práticas, que são resultado e pré-condição da produção da sociedade e só podem ser compreendidos levando em consideração as especificidades de uma sociedade.

Entender que a cidade não é somente um limite, mas uma integração social vai de encontro com a perspectiva lefebvriana na qual o fenômeno urbano está relacionado ao espaço regional e suas transformações socioespaciais. Segundo Lefebvre (2008), a sociedade urbana resulta de uma urbanização completa, o que ainda não é real, a sociedade nasce da industrialização que domina e absorve a sociedade agrícola, visto que a produção agrícola perdeu sua autonomia nos países industriais, pois a concentração da população acompanha os meios de produção e as cidades pequenas tornam-se dependentes das metrópoles. Essa perspectiva lefebvriana entende que a sociedade urbana está em período gestacional, entre-

tanto, será posteriormente uma prática real, a partir de uma análise teórica de hipótese e definição.

A cidade aparece como um lugar de trabalho livre, principalmente com a transição do feudalismo para o capitalismo, e no burgo, onde se concentrava os artesãos e demais comerciantes, a cidade era diferente do campo pela possibilidade de trabalho livre, segundo Santos (1988), que retrata o surgimento da cidade como semente de liberdade, geradora de produções históricas e sociais; ainda que a escolha do homem livre fosse relativa, os ofícios já eram regulamentados pelas confrarias. Com o avanço das técnicas de produção agrícola e excedente de produtos alimentares, as cidades puderam se formar com atividades não-agrícolas. Portanto, a cidade renasce com movimento de trocas, com crescente expansão do espaço e relações, especializando em atividades, possibilitando o intercâmbio de conhecimento, tornando-se a mola propulsora de desenvolvimento e aperfeiçoamento de diversas técnicas, tendo como sua classe revolucionária a burguesia. Na atualidade, os fluxos obtidos principalmente pelo ônibus e automóvel apresentam modernização e redução de custo, na qual as pessoas tem a possibilidade de ir a lugares mais distantes em busca de melhores preços.

Já a revolução urbana, segundo Lefebvre (2008), é designada como um conjunto de transformações que a sociedade passa durante o crescimento e a industrialização, onde surgem questionamentos que devem responder questões legítimas e satisfatórias. O espaço urbano torna-se o lugar de venda, de troca, de relações, de encontro das coisas e pessoas. Nos séculos XVI e XVII, surge a planificação das cidades a partir dessa inversão decorrente da industrialização, com a projeção de um espaço urbano em um espaço de coordenadas geométricas, um olhar ideal e realista de um pensamento de poder numa inflexão da realidade social, indicada em um eixo espaço temporal relativo torna-se necessário. “O espaço e a política do espaço “exprimem” as relações sociais, mas reagem sobre elas” (LEFEBVRE, 2008, p.24), devido a isso, o urbano se funda em uma prática social, em encontrar soluções para a problemática e alcançar uma “cidade mundial” de realidade e pensamento.

Conforme Monte-Mor (2006), os conceitos centrais de política, civilização e cidadania derivam da forma de organização da cidade expressada através da dimensão socioespacial do trabalho, no qual Lefebvre traduz da

transformação da cidade política ao urbano. Essa passagem se deu com a tomada da cidade pela indústria, o surgimento do proletariado e espaços de poder, cenários de reprodução social. Na industrialização da cidade ocorreu um duplo processo, de implosão da centralidade e explosão do entorno, com a forma de tecido urbano e a *práxis* urbana contemplou todo o espaço social.

A partir da dominação da cidade sobre o campo, com atividades de produção, divisão entre trabalho intelectual e manual, as sociedades humanas foram marcadas pelo capitalismo industrial. As cidades, nesse contexto, vêm se tornando centros da organização da sociedade e da economia. Em uma escala mundial, poucas são as cidades que comandam grandes blocos de interesses econômicos; já em escalas local, regional e nacional, as cidades têm o escopo de definir formas de organização da população, definem a localização das atividades econômicas e identidades de constituição comunitária. A cidade é traduzida como o resultado do aprofundamento de uma visão socioespacial do trabalho em determinado território, comunidade. Para que seja efetivado esse aprofundamento, tem que ter estímulos de contato externo com outras comunidades, como processos de trocas, com movimentos regulares de bens e pessoas, ou seja, de redes.

A cidade não poderia desaparecer, segundo Monte-Mor (2006), pois esta é a representação e sintetização da sociedade que a gerou. O tecido urbano é o resultado do fenômeno urbano que resulta da cidade e sua sobreposição sobre o campo. O espaço urbano-industrial trata-se de um espaço social redefinido pela urbanização, no qual é estendida por todo território por meio do tecido urbano. No Brasil, o tecido urbano tem sua origem na política territorial concentradora e integradora dos governos militares, seguida do período Vargas e seu expansionismo e com o período juscelinista e as ações de interiorização do desenvolvimento. Nos anos setenta ocorreram investimentos em infra-estrutura de rodovias e hidrelétricas; ocorreu a associação de capitais internacionais com a construção civil e o latifúndio com a agroempresa. Com o tecido urbano, ampliou o aparato estatal, as legislações pertinentes principalmente a questões trabalhistas e previdenciárias, redes de comunicação e serviços urbanos e sociais. Houve um desdobramento na rede de metrópoles regionais e núcleos urbanos afetados por grandes projetos industriais, que estendem

inclusive para pequenas cidades, introduzindo de forma mais intensificada o processo de modernização; ao final da década de setenta, todo o espaço territorial estava inserido as relações capitalistas. Nesse sentido, a *práxis* urbana e o sentido de modernidade e cidadania, chamado pelo autor de urbanização extensiva atingiu nos últimos trinta anos praticamente todo o país, seguindo infraestrutura de transportes, energia e comunicações, condições de produção e meios de consumo coletivos.

A formação histórica do urbano, advento dos obstáculos gerados e necessidade de contorno destes, desembocam na garantia do direito à cidade para as pessoas.

Em 1960, Henri Lefebvre, em sua obra “Direito à cidade” (2010), retrata uma cidade pensada como ruptura da ideologia capitalista:

[...] o direito à vida urbana, transformada, renovada, [sendo o *urbano* o] lugar de encontro, prioridade do valor de uso, inscrição no espaço de um tempo promovida à posição de supremo bem entre os bens [para que] encontre sua base morfológica, sua realização prático sensível. (LEFEBVRE, 2010, p. 117, grifo do autor).

Mesmo que considerado uma utopia até mesmo por Lefebvre, o direito à cidade surge em uma tentativa de ressurgir contra uma realidade urbana discriminatória organizada (MARTINS, 2009), na qual segrega espaços e coloca em dúvida o mérito dos espaços de poder, no qual àqueles que não possuem privilégios políticos são marginalizados e lançados em espaços periféricos, onde se tem o maior desafio de garantia do direito à cidade. Ainda conforme o autor (2009), com a produção de novos espaços pelo capitalismo e pelos agentes hegemônicos, resultando na fragmentação e segregação socioespacial intensificada, o direito à cidade enquanto obra faz com que seja cedido lugar ao direito à cidade real, na necessidade de condições dignas de sobrevivência e inserção, conforme a pilares de reforma urbana, regularização fundiária e participação popular, no qual a mediação e a articulação devem alcançar a materialização dos resultados para uma luta mais justa em prol de cidades mais humanizadas.

Segundo Lefebvre (2010), o direito à cidade advém das necessidades antropológicas socialmente elaboradas que está relacionado a um direito de obras – nisto, enquadra-se a atividade participante, de símbolos, a arte,

o esporte, a atividade criadora, enfim, um direito à vida urbana, local de trocas e encontros usufruídos por todos. Nesse sentido, a rua pode ser considerada uma colonização do espaço urbano, anexo de lugares privilegiados e fator de relações sociais:

A rua: é o lugar (topia) do encontro, sem o qual não existem outros encontros possíveis nos lugares determinados (cafés, teatros, salas diversas). Esses lugares privilegiados animam a rua e são favorecidos por sua animação, ou então não existem. Na rua, teatro espontâneo, torno-me espetáculo e espectador, às vezes autor. Nela efetua-se o movimento, a mistura, sem os quais não há vida urbana, mas separação, segregação estipulada e imobilizada. (LEFEBVRE, 2008, p.27).

Através de forças sociais e políticas a cidade se tornará obra, das questões de propriedade da terra e segregação. Os projetos de reforma urbana pretendem impor através da via coatora e institucional a realidade urbana, ainda que sejam questionadas também as relações mediatas e cotidianas. A estratégia urbana, portanto, tem suporte social e político para que seja atuante pela classe operária, pois com ela é possível a reconstrução de uma centralidade destruída pela segregação. O pragmático se transforma no decorrer da execução e a força social é um agente capaz de investir a si mesma no urbano, com experiência política e realização de programas sociais. Tendo em vista que com a classe operária foi necessária à normatização de direitos sociais e individuais como direito à igualdade de sexo, o trabalho, a cultura, a saúde, o repouso, a natureza, o direito à cidade surgiu como um direito à vida urbana (LEFEBVRE, 2010).

Basta abrir os olhos para compreender a vida cotidiana daquele que corre de sua moradia para a estação próxima ou distante, para o metrô superlotado, para o escritório ou para a fábrica, para retomar à tarde o mesmo caminho e voltar para casa a fim de recuperar as forças para recomeçar tudo no dia seguinte. O quadro dessa miséria generalizada não poderia deixar de se fazer acompanhar pelo quadro das “satisfações” que a dissimulam e que se tornam os meios de eludi-la e de evadir-se dela. (LEFEBVRE, 2010, p.118)

Há a necessidade de se verificar o direito à cidade através de uma visão interdisciplinar com desafios metodológicos, que conforme Kruschke (2010) não são necessários consensos de caráter doutrinário, mas sim, uma interface temática que possibilita avaliar de forma comparativa

a contribuição das variadas abordagens ao conhecimento de certo tema, limitado de acordo com a área do saber, o que não os desvaloriza.

Há de se considerar que o espaço geográfico não é a mesma coisa que território, mas território usado segundo Milton Santos (2000), que é o resultado de um processo histórico, que serve de base social e material de ações humanas, tido como espaço socioterritorial, com intuito de construir uma teoria social e proposta de intervenção. É necessário solidificar o espaço geográfico como ente dinamizador da sociedade para possibilitar as práticas políticas. O espaço banal, no qual interagem todas as forças, independente de seu poder, traz a necessidade de pesquisa e intervenção, pensando nos objetos, ou seja, a materialidade e as ações, ou seja, a sociedade, além dos movimentos históricos, pois o território usado constitui como um todo complexo no qual em seu meio acontece relações complementares e conflitantes, que estabelece relações entre lugar, formação socioespacial e mundo.

Conforme concepção conceitual de Milton Santos (1999, p.7) território “é o lugar em que desembocam todas as ações, todas as paixões, todos os poderes, todas as forças, todas as fraquezas, isto é, onde a história do homem plenamente se realiza a partir das manifestações da sua existência”. O autor (1999) retrata que o território não é apenas uma categoria da sociedade, economia ou política, mas é racional, pois há produtividade espacial. No Brasil de modo geral não houve planejamento regional e não se pensou no território como um todo e, nesse sentido, o autor entende que a partir de determinado momento será indispensável pensar devido ao dinamismo social, vez que se trata de um território em mudança, em constante processo. Ainda, esse processo tem que ser analisado em todas as dimensões, local, regional e nacional, ou seja, de forma global; o território constitui ainda uma união entre o passado e o futuro, relacionados ao uso econômico e social dos recursos.

O direito a cidade tem premissas territoriais de escala nacional, onde todas as cidades do país devem respeitar para que haja uma homogeneização, em âmbito macro, representada pelo Estatuto da Cidade, e também tem premissas territoriais de escala local, no qual as especificidades da região serão analisadas e respeitadas, em âmbito micro, representada pelo Plano Diretor. Portanto, o direito à cidade é inserido em escalas nacional e local em determinado território, pois os problemas são diferentes e de forma escalonar devem ser tratados.

Com a concepção de Milton Santos de que o espaço geográfico tem diversas densidades normativas diferentes, Antas Jr. (2005) retrata que esses sistemas normativos respondem a intencionalidade que se busca efetivar com a condução dos atores para determinadas finalidades, sendo que a norma também está nos objetos técnicos e as ações são realizadas através da técnica e norma, que por sua vez são categorias operatórias que possibilitam analisar os processos sociais e compreender o espaço como instância social. De acordo com o autor, com a técnica os homens se relacionam com a natureza, atribuindo intencionalidades condicionadoras das ações e com a norma são estabelecidas regras para o comportamento e procedimento que condicionam a rotina, coíbem ou direcionam ações, com finalidade de produzir regulação no espaço.

Para se compreender a complexidade das relações de força que estão ligadas à redistribuição da terra e do reconhecimento dos territórios, segundo Acsehrad (2013), é necessária uma elaboração analítica diante das deflagrações empíricas, com a criação de políticas públicas urbanas de efetivação dos direitos coletivos e individuais dos cidadãos, em uma tentativa de harmonizar a dominação pelo poder público com a apropriação já efetivada e inserida na identidade do povo daquele território.

Harvey (2012) retrata o direito à cidade não como liberdade individual para o acesso das pessoas aos recursos urbanos, mas um direito comum, pois para que haja a transformação das pessoas pela mudança da cidade é necessário um poder coletivo que modela o processo de urbanização, construindo e reconstruindo a cidade e as pessoas.

Posto isso, no que tange ao direito à cidade, tem-se a necessidade de assegurar ao cidadão vida urbana, que conforme Bodnar et al (2015) tem-se que buscar a redescoberta do significado da cidade de acordo com seu valor de uso, com superação de uma cidade operacionalizada como mercadoria que serve o capital, que marginaliza grande parte dos cidadãos que permanecem em áreas de vulnerabilidade social e ambiental.

No que tange à vulnerabilidade, segundo Acsehrad (2006), tem que ser tratada como uma questão de direitos humanos, vinculada às raízes sociais e associada aos fatores individuais, político e sociais. No âmbito do indivíduo, a vulnerabilidade está relacionada às escolhas, que podem gerar situações de risco para o indivíduo. Na vulnerabilidade social, é possível perceber a presença de práticas político e institucionais que prejudicam

certos grupos, pois o foco dessas práticas geralmente é o processo e não o indivíduo, criando uma condição de vulnerabilidade socialmente constituída e definida a partir de um ponto de vista, pois os grupos sociais têm expectativas de vidas distintas, sendo que o arco das expectativas é proporcional à propensão de aceite às condições, ou seja, se o arco das expectativas for estreito, com maior facilidade determinado grupo social aceitará as circunstâncias propostas. A vulnerabilidade, via de regra, é definida pelo Estado ou movimentos sociais, que com a denúncia de espaços públicos em condições inaceitáveis de existência obtém o caráter de vulneráveis. As empresas, alegando riscos sociais também podem obter o poder de declarar vulnerabilidade, na qual, ao alegar preocupação com as populações em situação de risco, obtém ações de proteção para si. Portanto, ainda segundo o autor, as vulnerabilidades estão condicionadas a tempo e local, na qual é pretendido contextualizar a dimensão da vulnerabilização e, através de iniciativas, alcançar a sua interrupção.

A vulnerabilidade está diretamente ligada a informalidade, pois a maioria das ocupações estão em áreas vulneráveis ambientalmente e são constituídas por cidadãos que possuem a prerrogativa de vulnerabilidade.

Os princípios constitucionais norteadores do direito à cidade estão relacionados à função social da cidade e da propriedade, à categoria dos direitos difusos. Posto isso, entende-se que para efetivar a função social da cidade, é necessário através de um desenvolvimento urbano sustentável, requalificar as áreas urbanas degradadas e urbanizar áreas ocupadas no meio urbano, garantindo infraestrutura digna, transporte coletivo, saúde, segurança, lazer, educação etc. (BODNAR et al., 2015), sem causar grandes impactos ambientais, por isso, o desenvolvimento urbano tem que estar ligado à sustentabilidade ambiental.

O direito à cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro de princípios da sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social. É um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos (art. 1 e 2, CONFEA, 2016).

Segundo Maricato (2009) é necessário dar visibilidade a cidade real, com condição habitacional, acesso ao saneamento básico, educação, transporte, indicadores de violência urbana, saúde etc., dando lugar a uma nova simbologia, além de constituir parâmetros para avaliação de políticas públicas. Criar um espaço de debate democrático, no qual os

conflitos podem ser discutidos e reconhecidos, efetivando a participação popular, admitindo um contraponto dos diferentes interesses sociais. A ONU – Organização das Nações Unidas, a ONU-Habitat – Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos, o Banco Mundial pelo BID – Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento, a USAID – *United States Agency for International Development* e a OCDE – Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico defendem a participação popular na gestão e planos urbanos através de um planejamento participativo.

Quando a crítica vem acompanhada de um levantamento empírico acerca da gravidade e urgência da situação urbana nas cidades, é necessário, segundo Maricato (2014), uma forma de alcançar políticas públicas é quando as pessoas se tornam protagonistas de movimentos progressistas democráticos.

Diante do exposto, o território como norma instrumentalizando questões de reforma urbana e regularização fundiária e garantindo a participação popular é possível elaborar políticas públicas para a efetivação do direito à cidade, com aplicabilidade dos princípios constitucionalmente resguardados. Entretanto, segundo Trindade (2012), são necessárias articulação e mobilização popular para que a aplicação do Estatuto da Cidade seja mais efetiva, na qual o planejamento das cidades deve ser realizado com base na participação popular, criando novas formas de participação democrática. As decisões judiciais devem ser dotadas de legitimidade e justiça, em uma perspectiva social aberta aos interpretes da Constituição, conforme Lenza (2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se entender a complexidade e hibridização dos fenômenos contemporâneos, conforme Haesbaert (2008) se deve propor uma abordagem integradora com interpretação epistemológica que abrange as dimensões cultural, econômica e política, reconhecendo o caráter híbrido ou múltiplo dos fenômenos geográficos abordados. O mundo pulsa de uma vez só, mesmo que as condições sejam diversas nos continentes, países e lugares valorados conforme Santos (2001), que participam na produção da história valorada pela experiência individual, realizações atuais e perspectivas

de futuro. Os lugares possuem uma dialética enriquecida culturalmente e pelo exercício de uma política nova, se cria um mundo novo, ou um mundo como realidade histórica unitária, devido à constituição técnica, e único propulsor de ações hegemônicas, assegurando a cada lugar uma comunhão universal.

A norma está entrelaçada a um pluralismo jurídico, que possibilita a compreensão de vários sistemas de ações presentes nos lugares, limites e fronteiras. Esse pluralismo jurídico está atrelado à escala e hierarquia do nacional-local, no qual as normas nacionais prevalecem sobre as locais porque o Estado é o detentor legítimo da produção de normas jurídicas, entretanto, nas normas locais é onde são encontradas questões pertinentes às necessidades locais que não são abarcadas pela norma nacional.

Portanto, o direito à cidade surge por meio de políticas públicas relacionadas a um determinado território, vez que tem que se adequar as necessidades populacionais com as características que esse território apresenta formalizado através de leis pelo poder estatal.

Uma sociedade global que mantenha o sentido positivo, com valores protegidos como a democracia, autonomia e direitos humanos universalizados, com garantias dos direitos propostos devem ser assegurados através de políticas públicas urbanas, modelo de dominação e poder que garante aos cidadãos a efetivação do direito à cidade.

A problemática do planejamento urbano atinge todas as escalas do território como norma, tanto nacional com o Estatuto da Cidade, quanto local com o Plano Diretor, onde somente uma minoria economicamente privilegiada é abarcada pela efetivação dos direitos, enquanto a grande maioria caracterizada por cidadãos sem condições economicamente satisfatórias ficam à *mercê* da lógica capitalista, onde as políticas públicas que deveriam proteger esses cidadãos na maioria das vezes não passa de mero discurso, de leis ou apenas promessas que não são efetivadas em instrumentos próprios, tanto nacionais quanto locais, pois somente a norma sem instrumentos para sua efetivação se mostra ineficaz.

É necessário ainda melhorar o nível de escolaridade da população, organizar as mulheres para melhoria do padrão de vida, combater a exclusão em todas suas formas (racial, cultural, educacional, social, jurídica etc.), além da modernização e divulgação de mapas, informações e cadastros relativos à cidade, que são fundamentos essenciais para que aconteça uma ad-

ministração mais rigorosa e eficiente. Para que aconteça essa administração, é necessário que os agentes planejadores sejam capacitados, com formação de pessoas capacitadas entre os quadros técnicos e políticos no planejamento democrático, que assumam compromisso com uma ação transformadora, eliminando a lacuna existente entre o planejamento e a gestão.

REFERÊNCIAS:

- ACSELRAD, Henri. Org. **Cartografia social, terra e território**. Coleção território, ambiente e conflitos sociais. Rio de Janeiro: IPPUR/UFRJ, 2013.
- ACSELRAD, Henri. **Vulnerabilidade ambiental, processos e relações**. Comunicação ao II Encontro Nacional de Produtores e Usuários de Informações Sociais, Econômicas e Territoriais, FIBGE, Rio de Janeiro, 24/8/2006
- ANTAS JR., Ricardo. **Território e Regulação**. São Paulo, Associação Editorial Humanas: FAPESP, 2005.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico 2010: resultados do universo por setor censitário**. Rio de Janeiro, 2011.
- BODNAR, Roberta Terezinha Uvo; BODNAR; Zenildo. **A epistemologia interdisciplinar do direito à cidade**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: UFMG; FUMEC; Dom Helder Câmara, 2015. P.11 a 27.
- CONFEA. **Carta Mundial pelo Direito à Cidade**. Disponível em: <<http://normativos.confes.org.br/downloads/anexo/1108-10.pdf>>. Acesso em 13 abr. 2019.
- HAESBAERT, R. Hibridismo, Mobilidade e Multiterritorialidade numa Perspectiva Geográfico-Cultural Integradora. In: SERPA, A., org. **Espaços culturais: vivências, imaginações e representações**. Salvador: EDUFBA, 2008

- HARVEY, David. **A liberdade da cidade**. GEOUSP, espaço e tempo. São Paulo. Nº26, 2009, p.9-17.
- HARVEY, David. **O direito à cidade**. Traduzido do original em inglês “The right to the city”, por Jair Pinheiro, professor da FFC/UNESP/ Marília. n. 53, 2008. Lutas Sociais, São Paulo, n.29, p.73-89, jul./dez. 2012. P. 73-89.
- KRISCHKE, Paulo. **Interfaces Temáticas: Origens e Trajetória**. In: Carmen RIAL, Naira TOMIELLO e Rafael RAFFAELLI (Orgs.). **A Aventura Interdisciplinar: 15 Anos do PPGICH/UFSC**, Blumenau: Letra Viva, 2010, v.01: 69-84.
- LEFEBVRE, Henri. **A revolução urbana**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008.
- LEFEBVRE, Henri. Da cidade à sociedade urbana. In: _____. **A revolução urbana**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, p. 13-30, 2008
- LEFEBVRE, Henri. **Espaço e Política**. Belo Horizonte, UFMG, 2008.
- LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2010.
- LEFEBVRE, Henri. Plan of the present work. In: _____. **The production of space**. Malden: lackwell. Publishing, 1991.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. Direito Constitucional Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARICATO, Ermínia. **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 75-103
- MARICATO, Ermínia. Globalização e política urbana na periferia do capitalismo. **VeraCidade**, v. 8, 2009. p. 89-113.
- MARICATO, Ermínia. O impasse da política urbana. In: _____. **O impasse da política urbana no Brasil**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, p. 27-93, 2014.

- MARTINS, Amanda M. **Rede de resistência solidária: resistência e cotidiano na luta pelo direito à cidade em Recife - PE.** 2009. 170 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009.
- MONTE-MÓR. Roberto Luís. **O que é o urbano, no mundo contemporâneo.** Revista Paranaense de Desenvolvimento, Curitiba, n.111, p.09-18, jul./dez. 2006
- SANTOS, Milton. **A revolução tecnológica e o território: realidade e perspectivas.** Terra Livre AGB. São Paulo. PP. 7-17. Nº 9. Jul-dez, 1991.
- SANTOS, Milton. **Metamorfoses do espaço habitado, fundamentos teórico e metodológico da geografia.** Hucitec, São Paulo, 1988.
- SANTOS. Milton. O dinheiro e o território. **GEOgraphia**, Niterói, ano 1, n. 1, p. 7-13, 1999.
- SANTOS, Milton. **O papel da geografia, um manifesto.** Revista Território. Rio de Janeiro, ano 5 nº9, PP.103-109, jul-dez. 2000.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização do pensamento único à consciência universal.** 6 ed: Record. Rio de Janeiro-São Paulo, 2001.
- SANTOS, Milton. **Sociedade e Espaço: formação espacial como teoria e como método.** Espaços e sociedade: ensaios. 2ª Ed. Petrópolis: Vozes. 1982.
- SCHMID, Christian. **A teoria da produção do espaço de Henri Lefebvre: em direção a uma dialética tridimensional.** GEOUSP - Espaço e Tempo, n. 32, p. 89-109, 2012.
- TRINDADE, Thiago Aparecido. **Direitos e cidadania: reflexões sobre o direito à cidade.** Lua Nova. São Paulo, n. 87: 139-165, 2012.

DOSSIÊ DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O NOME SOCIAL COMO UMA AÇÃO AFIRMATIVA

*Francisco Antonio Vieira Cordeiro,
Maria Geralda de Miranda*

INTRODUÇÃO

As políticas públicas específicas para a população LGBT no Brasil se constroem como uma tentativa de agregar uma minoria sexual que não é contemplada pelas políticas existentes, em resposta às reivindicações do movimento LGBT.

Para Sampaio e Germano (2014) no Brasil as políticas públicas para o público LGBT são de modo geral bastante recentes, tendo surgindo há menos de quinze anos. No entanto, já é possível acompanhar algumas mudanças nas propostas de ação nesse período.

Inicialmente as políticas públicas voltadas para o público LGBT estavam restritas ao campo da saúde, especialmente para o campo da prevenção e tratamento de doenças sexualmente transmissíveis como a AIDS e a Hepatite B.

É na luta pelo direito ao reconhecimento de uma identidade que os movimentos políticos LGBT passaram a demandar ações que não se limitaram apenas ao campo da saúde. Na visão de Sampaio e Germano (2014), a verdade sobre as necessidades das pessoas LGBT, numa sociedade, cujos modelos sexuais e familiares crescentemente se diversificam, vai se desenhando nessa arena entre diferentes formas de saber-poder.

A questão entre política e sexualidade já foi objeto de discussão por Foucault. Em *A ordem do discurso* (1970/2014), no qual evidencia a interdição do discurso, “sabe-se que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância”. E acrescenta:

Notaria apenas que, em nossos dias, as regiões onde a grade é mais cerrada, onde os buracos negros se multiplicam, são as regiões da sexualidade e as da política: como se o discurso, longe de ser esse elemento transparente ou neutro no qual a sexualidade se desarma e a política se pacifica, fosse um dos lugares onde elas exercem, de modo privilegiado, alguns de seus mais temíveis poderes. (FOUCAULT, 2014, p.9)

No caso das políticas públicas para o grupo LGBT, a sexualidade e a política caminham para se determinar quem tem o discurso privilegiado de discorrer sobre a tema, o que é permitido falar e em quais circunstâncias. À medida que as políticas públicas são implementadas, institui-se como verdade um saber sobre quem são as pessoas LGBT, seus anseios, vivências e quais são as suas necessidades.

No âmbito internacional a prevenção da discriminação e proteção das minorias foi objeto de recomendação da Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1947. A Assembleia Geral da ONU aprovou em 1992 a Declaração Internacional sobre os Direitos de Pessoas Pertencentes a minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas, tornando o principal documento internacional sobre a matéria.

Para Bahia e Cancelier (2017), esses grupos, em virtude da sua vulnerabilidade, passam a demandar uma proteção especial do Estado, desde que não ocupem uma posição de destaque na sociedade. A solidariedade é o elemento subjetivo que integra o conceito de vulnerabilidade, para que se afirme enquanto minoritário, é indispensável que o grupo apresente o ânimo coletivo de manter as características distintas que o diferencie do restante da população e o torne singular.

Kosovski (2001) define minorias como “todos os grupos sociais que são considerados inferiores e contra os quais existe discriminação”. (KOSOVSKI, 2001, p.1). Assim, o termo minorias abrange todas as pessoas que, de algum modo, são alvo de preconceito social ou têm os seus direitos de cidadania negados.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

Os Princípios de Yogyakarta surgiram, em 2006, na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, onde 29 eminentes especialistas de 25 países, incluindo o Brasil, realizaram uma conferência com o intuito de produzir um documento que servisse de guia para os Estados em relação à aplicação de legislação internacional de Direitos Humanos voltada à orientação sexual e diversidade de gênero. Tal documento apresenta 29 princípios (Princípios de Yogyakarta), dentre os quais de: não discriminação, reconhecimento perante a lei, segurança pessoal, privacidade, direito ao trabalho, proteção contra abusos médicos e o direito de constituir família, além de recomendações adicionais aos países signatários.

Os Princípios de Yogyakarta é uma recomendação internacional contra as inúmeras violações aos Direitos Humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero, e uma resposta à sua proteção precária, esparsa e deficiente por parte dos Estados.

Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Tais Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos e cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações.

Cumprir destacar que tal iniciativa deu-se não por vontade dos Estados, mas sim de humanistas e organizações preocupadas com a efetivação de leis de proteção à população LGBT.

Os Princípios de Yogyakarta refletem, pois, não só o estado atual da legislação internacional de direitos humanos relativa às questões de orientação sexual e identidade de gênero, como também reconhecem que os Estados devem ter obrigações adicionais, à medida que a legislação de direitos humanos continue a se desenvolver. Há aqui, portanto, a promessa de um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, independentemente de ser trans, hetero, homo, lésbica, travesti, bi etc.

O terceiro princípio trata do direito ao reconhecimento perante à Lei:

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e

identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

a) garantir que todas as pessoas tenham capacidade jurídica em assuntos cíveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, assim como a oportunidade de exercer esta capacidade, inclusive direitos iguais para celebrar contratos, administrar, ter a posse, adquirir (inclusive por meio de herança), gerenciar, desfrutar e dispor de propriedade;

b) tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero auto definida por cada pessoa;

c) tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero auto definida por cada pessoa.

d) assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;

e) garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;

f) implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.

(PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA, 2006)

TRANSGENDERISMO. A DIFERENÇA ENTRE O TRANSGÊNERO E O HOMOSSEXUAL

A ciência médica tem se utilizado do termo “transgenderismo” para se referir aos pacientes que possuem determinação física de um sexo, mas identificam-se, psicologicamente, com outro. Em outras palavras, trata-se de “um homem em corpo de mulher” ou “uma mulher em corpo de homem”.

Assim, indivíduos transgênero são pessoas que, de acordo com todos os indicativos biológicos, são masculinos ou femininos, mas ainda assim, sentem-se como membro do sexo oposto. É a sensação de estar no corpo errado desde a infância. O desconforto de que sofrem é chamado de disforia de gênero.

O transtorno da identidade de gênero (disforia) é um fenômeno médico estudado pela medicina. A disforia de gênero é listada como uma condição psiquiátrica no manual de códigos de diagnóstico psiquiátrico DSM-IV. O paciente diagnosticado como transgênero é a pessoa que possui sexo fisicamente definido, mas com ele não se identifica. Como consequência, esse indivíduo tenta modificar o sexo, agindo e se vestindo como alguém do sexo oposto (travesti) ou realizando intervenção cirúrgica para a mudança permanente de sexo (transexual). Geralmente, esse reconhecimento é tardio em decorrência do medo de ser estigmatizado e rejeitado pela família, amigos e comunidade, ocasionando comportamento autodestrutivo, depressão e ansiedade, com grau elevado de suicídios entre os jovens.

Independentemente da identificação sexual, isto é, como a pessoa se vê, a orientação sexual indica a atração sexual de um indivíduo pelo outro, que pode ser de sexo diferente (heterossexual), do mesmo sexo (homossexual) ou ambos os sexos (bissexuais). Essa condição não guarda relação com a autoidentificação do indivíduo e seu sexo físico.

O transgênero sofre de condição classificada pela ciência médica como patologia, o homossexual, não. O homossexual homem prefere outros

homens como parceiros, mas isso não significa que ele deseje ter nascido mulher ou que intente realizar uma cirurgia de mudança de sexo. Ele está satisfeito com o seu sexo físico. Consoante a ciência médica e psicológica, sua opção não mais é do que a manifestação das diferentes idiossincrasias humanas, pautada pela pluralidade de comportamentos, frutos do complexo fenômeno da personalidade. O homossexual deseja continuar com o seu corpo, conforme sua morfologia de nascença, aceitando seu nome masculino, ao passo que o transgênero é pessoa que quer tornar-se do outro sexo, rejeitando seus apelidos de nascença e se identificando como se do sexo oposto fosse.

Pode-se descrever a transexualidade como o desconformo do indivíduo com o seu gênero de origem, gerando o desejo de transformação de seu corpo para conformá-lo ao gênero autopercebido.

Nessa sintonia, Cerqueira (2015) acrescenta que há casos relatados de crianças que, desde cedo, identificam-se com o sexo oposto e assumem instintivamente um apelido pelo qual preferem ser chamados. Esse apelido ou outro nome, do sexo oposto, surge como fenômeno natural de defesa da personalidade sexual assumida pela criança, sendo um dos indicativos do transgenitalismo.

Como se pode observar, orientação sexual e identidade de gênero são temas distintos. O primeiro refere-se ao sentimento que os indivíduos desenvolvem em relação a sua afetividade e sexualidade e costuma ser enquadrado dentro de um dos três padrões: a homossexualidade, quando o afeto e a sexualidade se direcionam a pessoas do mesmo gênero; a heterossexualidade, quando o afeto e a atração recaem sobre indivíduos de gêneros opostos ou a bissexualidade, quando a orientação afetivo-sexual do indivíduo se estende a pessoas de ambos os gêneros.

Para Bahia e Cancelier (2017), a identidade de gênero diz respeito à forma como cada um se relaciona com o gênero que lhe foi atribuído no momento do nascimento. Algumas pessoas se identificam com essa atribuição e são classificadas como cisgênero, enquanto outras, em virtude de uma experiência interna, individual, desenvolvem outra expressão de identidade que as aproximam do gênero oposto e são conceituadas como transgênero.

Nesta linha de pensamento, Maranhão Filho define a expressão “trans” como sendo:

(...) um termo guarda-chuva, utilizado por algumas das pessoas que se declaram em situações de trânsito identitário de gênero. Refere-se a sujeitos que vivenciam experiências entre gêneros, em virtude de terem um gênero atribuído na gestação e/ou nascimento e que não corresponde ao gênero a que se identificam. (MARA-NHÃO FILHO, 2012, p. 91)

A transexualidade traduz novos sentidos para o masculino e o feminino e com isso enfrentam a dor e a angústia de viverem experiências que lhe são vedadas socialmente, por não se amoldarem ao padrão considerado adequado para o seu sexo.

Como observam Bahia e Cancelier (2017), o estado brasileiro se esquiva do seu dever de assegurar, mediante leis e de políticas públicas específicas, tanto a identidade quanto aos direitos da personalidade deste grupo vulnerável. E acrescenta:

O resultado disso é a invisibilidade destes cidadãos perante o Estado, que não lhes reconhece direitos básicos e a ausência de proteção deste grupo contra todas as formas de preconceito e discriminação a que é submetido diuturnamente. Diante desta realidade, muitos transgêneros são obrigados a levar uma vida clandestina e impossibilitados, muitas vezes, de resgatar a sua própria história. (BAHIA e CANCELIER, 2017, p.108)

A PROTEÇÃO DOS TRANSEXUAIS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO

Os transexuais enquanto vulneráveis se encontram em posição de desvantagem do ponto de vista político e de efetivação dos seus direitos, sendo também alvo frequente de intolerância e discriminação. Assim, eles passam a requerer, em um só tempo, tanto uma política de reconhecimento quanto políticas públicas que promovam a sua integração e participação na sociedade. A questão é mais grave, na medida que grande parte das pessoas pertencentes a esse grupo de vulneráveis, não se dão conta de que estão sendo vítimas de discriminação ou de que estão tendo os seus direitos desrespeitados.

Acrescentam Bahia e Cancelier (2017) que a ausência de uma política que torne os direitos humanos e os direitos dos grupos vulneráveis mais visíveis e que permita a sua identificação termina por perpetuar a situação de invisibilidade e de marginalização a que eles estão submetidos.

Embora os membros dos grupos vulneráveis sejam titulares dos direitos humanos em geral, é certo que a mera garantia desses direitos não é suficiente para a sua proteção, pois eles passam a exigir uma tutela especial do Estado por meios de políticas públicas específicas.

A proteção de direitos dos transexuais tem amparo tanto em documentos internacionais, do qual o Brasil é signatário, quanto da Constituição Brasileira.

No âmbito internacional, o artigo 1º da Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas, declara que “os Estados deverão proteger a existência e a identidade nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística das minorias no âmbito dos seus respectivos territórios e deverão fomentar a criação das condições necessárias à promoção dessa identidade.” (ONU, Res.47/135, de 18/12/1992).

Em âmbito nacional, o art. 3º da Constituição Federal prevê como objetivos fundamentais da nação construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tanto as recomendações internacionais quanto o ordenamento jurídico interno do Brasil apontam para a necessidade da intervenção do Estado no sentido de combater todas as formas de intolerância e discriminação às minorias e de promover, por meio de políticas públicas, uma igualdade entre os diversos grupos que formam a nação brasileira.

Observam Bahia e Cancelier (2017) que para os objetivos da não discriminação sejam alcançados, o Estado deve fazer uso de ações afirmativas, que, valendo-se de um tratamento diferenciado, buscam atenuar as desigualdades fáticas existentes entre esses grupos e a população em geral, com vistas à promoção de uma igualdade verdadeiramente material, como o que já se verifica em nosso ordenamento jurídico com a proteção do trabalho da mulher (art. 7º, XX da Constituição Federa), a reserva de vagas nos concursos públicos para as pessoas com deficiência (art. 27, VIII da

Constituição Federal) e o sistema de cotas nas universidades públicas (Lei 12.711/2012).

O texto constitucional garante o respeito à dignidade da pessoa humana, tratando a todos com igualdade e assegurando direitos e garantias fundamentais para todos sem exceção. A decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 132, buscou assegurar às uniões homoafetivas os mesmos direitos das relações entre um homem e uma mulher, representando um enorme avanço social, primando pelo respeito e pela dignidade da pessoa humana, protegendo a liberdade de orientação e identidade sexuais.

Abilio (2016) adverte que a dignidade é o que se traduz em uma vida digna. E acrescenta:

A noção de dignidade da pessoa humana envolve o núcleo existencial que é essencialmente comum a todos os seres humanos como pertencentes ao gênero humano, impondo, no que tange à dimensão pessoal da dignidade, um dever geral de respeito, de proteção, não sendo admissível qualquer comportamento ou atividade que “coisifique” a pessoa humana. Esse princípio, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal vem fortalecer ainda mais a necessidade de inclusão e respeito à diversidade sexual e de gênero como forma de garantir a efetividade dos direitos humanos fundamentais. (ABILIO, 2016, pp. 80/81)

Nesse contexto, uma vida digna é aquela em que o homem desenvolve sua intimidade, personalidade, sua orientação sexual, dando vazão ao seu potencial de vida, sendo capaz de realizar seus projetos e seguir na busca intrínseca do ser humano pela felicidade. Em nossa sociedade isso se pode traduzir através de coisas simples, como trabalhar, sustentar-se, casar e constituir família.

Boaventura de Souza Santos traduz, em uma linguagem simples, a essência do princípio da dignidade da pessoa humana:

Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza.
Temos o direito de sermos diferentes quando a igualdade nos des-

caracteriza. As pessoas querem ser iguais, mas querem respeitadas suas diferenças. Ou seja, querem participar, mas querem também que suas diferenças sejam reconhecidas e respeitadas. (SANTOS, 2003, p.458)

POLÍTICAS PÚBLICAS DE AFIRMAÇÃO PARA O PÚBLICO LGBT

O Estado tem o dever de criar políticas públicas destinadas à inclusão social e a reduzir as desigualdades existentes na sociedade, de forma que possibilitem a inclusão de pessoas ou de grupos que estão à margem da sociedade por fatores ou situações diversas.

A elaboração de políticas públicas para a efetivação dos direitos da diversidade sexual e de gênero é de suma importância, principalmente, para a inclusão de travestis e transexuais no mercado de trabalho, o respeito ao nome social, ao tratamento digno junto aos órgãos públicos, assim como o direito à educação e principalmente segurança.

Diante do quadro de violência a grupos vulneráveis, como os grupos LGBT, é preciso fortalecer o debate a favor de legislações com punições mais rígidas como a criminalização da homofobia e dos demais crimes de ódio, evitando a violência em razão de raça ou por motivos derivados do preconceito, de nacionalidade, da etnia, da orientação sexual ou religiosa.

Tramita no Senado Federal o Anteprojeto que cria o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero (Anteprojeto 134/2018), proposto pela Comissão Especial da Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no qual estabelece no art. 88 que o Estado “deve implementar políticas públicas de capacitação e qualificação dos policiais civis e militares e dos agentes penitenciários, para evitar discriminação motivada por orientação sexual ou identidade de gênero.” (ANTEPROJETO n° 134/2018)

O Estatuto também prevê, no art. 105, a adoção de políticas de conscientização da população:

Art. 105 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem adotar políticas públicas destinadas a conscientizar a sociedade da igual dignidade dos heterossexuais, homossexuais, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais. (ANTEPROJETO n° 134/2018)

Os objetivos do Estatuto são fortalecer os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da não discriminação, presentes na Constituição Federal e na base do sistema político e jurídico brasileiro.

O parecer da OAB no encaminhamento do projeto ressalta a imperiosa necessidade de aprovação de um Estatuto da Diversidade Sexual, que consagre uma série de prerrogativas e direitos a quem ainda não é reconhecido como sujeito de direitos: homossexuais, lésbicas, bissexuais, transgêneros e intersexuais. ((ANTEPROJETO n° 134/2018)

E adiante ressalta:

(...) somente a edição de um conjunto de normas conseguirá impor o reconhecimento de todos os direitos a todos os cidadãos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Com certeza é a forma mais eficaz para que o segmento, ainda refém do preconceito e da discriminação, obtenha respeito e inserção social. (PARECER OAB ao Anteprojeto 134/2018)

Verifica-se um avanço das instituições e organizações da sociedade em buscar do poder público a necessidade de elaboração de políticas públicas para a efetividade de direitos da diversidade sexual e de gênero como prioridade, para garantir maior segurança jurídica à população LGBT.

O PODER JUDICIÁRIO E AS QUESTÕES DE IDENTIDADE DE GÊNERO

É no Poder Judiciário que a comunidade LGBT vem encontrando o caminho para a efetivação dos preceitos constitucionais e do real significado da palavra dignidade e a efetivação de um Estado Democrático de Direito.

Na ausência de normas reguladoras para a efetivação constitucional dos direitos dos grupos vulneráveis à obtenção de uma vida digna, o Poder Judiciário, como nos assevera Abílio (2016), tem sido a fonte para o reconhecimento aos direitos homoafetivos. É através de seus julgados que se acende a luz para que a comunidade LGBT possa ser reconhecida socialmente, vivendo de forma digna e justa, sem ser submetida a qualquer forma de preconceito.

Nesse sentido, o Judiciário tem se manifestado de maneira favorável e vem assumindo praticamente a função de legislar, promovendo a efetivação do princípio da dignidade, “para que a sociedade possa enxergar nessa pessoa, o mesmo reflexo visto no espelho, permitindo uma visibilidade social sem passar por grandes constrangimentos. (ABILIO, 2016, p. 87)

Em decisão de 1/03/2018, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275/2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Entretanto, a proteção aos direitos dos grupos vulneráveis a usufruir uma vida digna tem embasamento em decisões recentes das cortes superiores que analisam as questões de discriminação à luz da Constituição Federal, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Para Eccard e Sousa (2016), as decisões proferidas por diversos tribunais mostravam-se conservadoras, negando a alteração do prenome e designativo de sexo no registro civil mesmo diante da cirurgia de transgenitalização.

A Decisão proferida em 18/03/1997 pela Oitava Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ilustra o quadro conservador, na contramão das recomendações internacionais sobre a matéria.

EMENTA: RETIFICAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. MUDANÇA DE NOME E DE SEXO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. O homem que almeja transmudar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma “genitália” com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as consequências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntaria, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não têm o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência. (Apelação Cível nº 1993.001.06617, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 18/03/1997).

Porém, em julgado de 18/11/2009, no recurso especial 1008398 SP 2007/0273360-5, a Ministra Nancy Andrighi decidiu que negar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

E acrescenta:

Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana. Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. (STJ - REsp: 1008398 SP 2007/0273360-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/10/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, publicado em DJe 18/11/2009).

Não se pode negar que os direitos da personalidade são desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. E considerando ser o direito ao nome um direito da personalidade, portanto, um direito fundamental, não se pode admitir submetê-lo à discricionariedade do Poder

Judiciário, pois isto importa aceitar a possibilidade de o mesmo ser recusado ao seu titular. Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) editou a resolução n° 7, de 7/06/2016, no qual assegura a possibilidade de advogados e advogadas travestis e transexuais usarem o nome social no registro da Ordem.

Para Abilio (2016), a conquista da OAB objetiva estimular a consciência social de que os princípios constitucionais da igualdade, liberdade, não discriminação e principalmente dignidade da pessoa humana, são os pilares fundamentais de uma sociedade justa e sem preconceitos.

O DIREITO AO NOME COMPATÍVEL COM SUA IDENTIDADE

O art. 16 do Código Civil de 2002, inserido no capítulo dos direitos da personalidade, define que toda pessoa tem direito a um nome, que objetiva proteger as características físicas, psíquicas e morais da pessoa, “abrindo espaço para que se firmasse um compromisso formal entre o direito civil e a tutela da dignidade da pessoa humana.” (BAHIA e CANCELIER, 2007, p.114). O nome é composto pelo prenome (simples ou composto) e pelo sobrenome (nome de família, para identificar a origem), sendo uma forma de individualização do sujeito perante a sociedade.

O professor Venosa (2016) nos ensina que o nome é uma forma de individualização do ser humano na sociedade, mesmo após a morte. E, que o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com os outros atributos da personalidade, dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa se reconhece no seio da família e da comunidade em que vive.

Para Alves e Moreira (2015), O nome revela um papel no mundo, papel subjetivo, social, profissional, afetivo, sexual, familiar entre muitos outros. Ele faz parte dos atos performáticos do cotidiano, reiterando narrativas e discursos do sujeito e do social sobre o sujeito. O nome antecede o corpo, o gênero e o sexo, pois anuncia os mesmos.

O ato de nomear e de reconhecer o outro a partir de um nome revela práticas discursivas que tanto podem visibilizar politicamente sujeitos e seus corpos, quanto silenciá-los.

Preciato (2014) nos ensina que os nomes trans não indicam o pertencimento a outro sexo, mas denotam um processo de identificação, e que

a pessoa trans tem dois ou mais nomes próprios: aquele que foi designado na hora do nascimento e o nome que assina no início do processo de subjetivação dissidente.

Sob o prisma sociológico, o nome social é aquele pelo qual as pessoas travestis e transexuais se reconhecem, bem como são identificadas por sua comunidade e em seu meio comunitário. É, portanto, o nome usualmente empregado nas relações diárias do indivíduo.

Bahia e Cancelier (2017) nos explicam que diante de um Congresso extremamente conservador e avesso à discussão de questões sensíveis, dentre elas as relacionadas à temática de gênero, o “jeitinho” teve lugar com a criação de uma figura ímpar no mundo, que longe de resolver o problema da identificação das pessoas trans de forma concreta, ao menos possibilitou a diminuição de situações constrangedoras no ambiente de convivência, chamado por nome social.

Novaris (2016), em sua dissertação de mestrado no instituto de Psicologia da UFRJ, revela que o nome social, enquanto política pública foi incentivado diante das dificuldades impostas pelo legislador na alteração do nome das pessoas trans, submetidas a um procedimento muitas vezes, causador de danos a quem busca o reconhecimento de uma situação de fato já preestabelecida.

O procedimento para a utilização do nome social não necessita de autorização prévia perante o cartório de registro civil. Além disso, a pessoa que deseja usar o nome social não precisa documentar qualquer suposta condição patológica ou transtorno mental, bastando a autodeclaração.

O nome é fundamental para o exercício da identidade de gênero autopercebida. O nome social é aquele pelo qual as pessoas trans se identificam e são identificadas pela sociedade, exercendo um papel da maior importância no exercício da cidadania pelo indivíduo.

Para Eccard e Sousa (2016), a partir do momento que a pessoa transexual pode se identificar socialmente por um nome que reflete a sua aparência, ela se sente suficientemente confortável para abandonar a invisibilidade que caracteriza sua existência.

A importância do nome social é tamanha que no âmbito federal, estadual e municipal, diversas instituições já editaram normas que garantem às pessoas travestis e transexuais o uso do nome social.

Nesse contexto, de avanços sociais, primado pela individualidade e pelo respeito à diversidade sexual e de gênero como forma de garantir a efetividade dos direitos humanos fundamentais, a presidência da República editou em 28 de abril de 2016 o Decreto n° 8.727, que dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal, autárquica e fundacional.

A norma define o nome social como a “designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida.” (BRASIL, Decreto n° 8.727, 2016).

O decreto apresenta o procedimento para o registro do nome social nas repartições públicas federais e amplia a abrangência de seu uso, visto que, até então, a regulamentação do uso do nome social era elaborada por cada instituição isoladamente. Frise-se que o decreto não é uma norma sobre o nome, mas sobre o “nome social”, pois não interfere no registro civil.

Na mesma esteira do decreto presidencial n° 8.727/2016, de reconhecer o uso do nome social na Administração Pública Federal, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, editou em 4/10/2018, a Resolução TRF2-RSP-2018/00046, no qual, no art. 1°, assegura a possibilidade de utilização do nome social nos serviços administrativos e jurisdicionais da Justiça Federal nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo:

Art. 1° Fica assegurada a possibilidade de uso do nome social às pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários e integrantes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e das Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, notadamente, às partes, aos advogados, aos magistrados, aos servidores, aos estagiários e aos trabalhadores terceirizados, em seus registros, sistemas e documentos, na forma disciplinada por esta resolução. (BRASIL, Resolução TRF2-RSP-2018/00046).

Para a Resolução TRF2-RSP-2018/00046, o nome social é aquele adotado pelo indivíduo correspondente ao gênero no qual se reconhece, por meio do qual se identifica e é reconhecido na sociedade. O nome social será declarado pela própria pessoa e deverá ser observado independentemente de alteração dos documentos civis. E nos atos praticados por magistrados, servidores e estagiários, será desnecessária a indicação do nome civil, bastando para a identificação o uso do nome social.

Interessante observar que a diretriz na aplicação dessa política pública abrange também a conscientização e educação de todos os envolvidos na manutenção desses valores de promoção da dignidade humana, quando no art. 6º prevê mecanismos para a formação contínua de magistrados, servidores, estagiários e terceirizados sobre a temática da diversidade sexual e de identidade de gênero.

Art. 6º A Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF) e as unidades de Gestão de Pessoas, no âmbito de suas atribuições, promoverão a formação continuada de magistrados, servidores, estagiários e terceirizados sobre a temática da diversidade sexual e de identidade de gênero para a devida aplicação da presente Resolução. (BRASIL, Resolução TRF2-RSP-2018/00046).

A Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro (SJRJ) editou um Guia da Diversidade, chamado “Tod()s somos iguais”, disponível em sua página da Internet, no qual apresenta um manual de conduta interna para a boa convivência entre colegas de trabalho, equipe terceirizada e o público jurisdicionado, reportando-se à legislação vigente sobre a matéria, os direitos referentes a pessoas LGBT e o adequado atendimento ao público.

O guia ressalta valores de respeito à pessoa que busca a justiça no atendimento, que deverá ocorrer independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero.

Faz também menção ao Plano Estratégico da Justiça Federal para o período 2015/2020, que prevê, como um dos valores da Justiça Federal, o respeito à cidadania e ao ser humano, estabelecendo como desafio do Poder Judiciário, dentre outros, a garantia do direito das minorias (Resolução nº 313/2014 do CJF).

O guia também estabelece regras de comportamento:

A forma de tratamento deve observar a identidade de gênero manifestada pelo indivíduo. Se no documento de identificação consta o sexo masculino, mas a pessoa se apresenta com uma aparência feminina, ou vice-versa, ela deve ser tratada pelo gênero manifestado publicamente. Nessas hipóteses, não diga o nome civil da pessoa em voz alta. Pergunte pelo nome social e o utilize. (JUSTIÇA FEDERAL, Guia da Diversidade).

A regulamentação vanguardista das instituições públicas como as dos Poderes Executivo e Judiciário, bem como de alguns estados-membros, antecipando-se ao Poder Legislativo, tem servido de “laboratórios legislativos” que devem ser utilizados pela União para traçar uma política transparente, uniforme, legal, séria e articulada de serviços públicos para o público transgênero, buscando uma política pública inclusiva da diferença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face da omissão legislativa, órgãos da Administração Pública vem editando normas sobre o uso do nome social. A medida, embora útil para minimizar as hipóteses de constrangimento e humilhação, configura mero paliativo.

A efetividade do direito ao nome para os transgêneros implica a resolução célere das questões de descompasso entre a sua identidade de gênero e aquela constante no nome registral, quando este é incapaz de incorporar a sua personalidade.

Assim, é sob os braços dos poderes do Estado que se espera encontrar medidas que venham reparar as desigualdades, efetivando os princípios basilares, instituindo leis, e políticas públicas, buscando nas entidades de classes esse mesmo respaldo, juntamente com o apoio da comunidade. Somente dessa forma, é que se poderá garantir que as pessoas viverão sem receios de ter seus direitos básicos reprimidos em razão de seu gênero, sua orientação sexual e identidade de gênero.

Nesse mesmo aspecto, podemos dizer da grande luta na conquista dos direitos à diversidade sexual, um embate que vem sendo travado, e a passos lentos e a custo de muita violência contra a população LGBT, mas que vem ganhando espaço no cenário social e jurídico, para que obtenha respeito e que seja tratada de forma digna e humana.

A conquista dos movimentos sociais, muito contribuiu para a evolução de reconhecimento de direitos que outrora eram tão desrespeitados. A luta por uma sociedade mais inclusiva e preparada para coibir preconceitos e discriminações imotivada parte em grande escala da contribuição do Poder Judiciário que vem enfrentando com maestria sua função precípua de garantir o respeito e segurança jurídica a todos os cidadãos, independente de condições, como raça, credo ou gênero.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABILIO, Adriana Galvão. **Proteção constitucional, políticas de afirmação e o reconhecimento dos direitos LGBT**. Ouro Preto, MG: Revista Libertas, n° 2, v. 2, jul/dez, 2016, pp. 75-97, 2016.

ALVES, Claudio E. Resende; MOREIRA, Maria Ignez Costa. **Do uso do nome social ao uso do banheiro**: (trans)subjetividades em escolas brasileiras. Revista Quaderns de Psicologia, vol. 17, n° 3, 2015, pp. 59-69.

BAHIA, Carolina Medeiros; CANCELIER, Mikhail V. de Lorenzi. **Nome social: Direito da personalidade de um grupo vulnerável ou arremedo de cidadania?** Vol. 7, número 19, 2017.

BRASIL. **Resolução 11, de 18 de dezembro de 2014**, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT), 2014. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_26579640_RESOLUCAO_N_11_DE_18_DE_DEZEMBRO_DE_2014.aspx>. Acesso em 1 dez. 2018.

_____. Lei n° 12.711/2012. **Dispõe sobre o sistema de cotas nas universidades**. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. Acessado em: 1 dez. 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4277**. Relator Ministro Ayres Brito. Decisão em 05 maio 2011, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 2 dez. 2018

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 2 dez 2018.

_____. **Anteprojeto de lei 134/18**. Anteprojeto do Estatuto da diversidade sexual. Portal OAB Brasil. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/geral/estatuto_da_diversidade_sexual.pdf>. Acesso em 2 dez. 2018.

- _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275/2009.** Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Decisão em 1 mar. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNroticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>>. Acesso em: 2 dez. 2018.
- _____. **OAB Resolução nº 7**, de 7/06/2016. Disponível em: <[Http://www.lex.com.br/legis_27164691_RESOLUCAO_N_7_DE_7_DE_JUNHO_DE_2016.aspx](http://www.lex.com.br/legis_27164691_RESOLUCAO_N_7_DE_7_DE_JUNHO_DE_2016.aspx)>. Acesso em: 2 dez. 2018.
- _____. Código civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2 dez. 2018.
- _____. **Decreto nº 8.727, de 28/04/2016.** Dispõe sobre o uso do nome social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm. Acesso em: 1 dez. 2018
- _____. **Resolução TRF2-RSP-2018/00046**, 4/10/2018. Disponível em: <<http://www10.trf2.jus.br/portal/wp-content/uploads/sites/28/2018/10/nome-social.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2018.
- _____. **Guia da Diversidade. Tod()s somos iguais.** Portal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/SEPGE/diversidade_para_intranet_-_final_-_atualizada_jul.2018.pdf>. Acesso em 2 dez. 2018.
- CERQUEIRA, Rodrigo Mendes. **Nome social:** propósito, definição, evolução histórica, problemas e particularidades. Revista jus.com.br, publicado em dez. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45219/nome-social-proposito-definicao-evolucao-historica-problemas-e-particularidades>>. Acesso em: 1 dez. 2018
- ECCARD, Ana Flavia Costa; SOUSA, Thiago. **O uso do nome social na academia.** Revista de Gênero, Sexualidade e Direito. Curitiba, v.2, n. 2, jul/dez 2016, pp 171-188.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** Aula inaugural no Collège de France. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- KOSOVSKI, Ester. Minorias e discriminação. In: SÉGUIN, Elida (Coord.). **Direito das minorias.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARANHÃO FILHO, Eduardo. Inclusão de travestis e transexuais através do nome social e mudança de prenome. *Revista Oralidade*, ano 6, n° 11, jan-jul, 2012

ONU. Resolução 47/135. **Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas**, 1992. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Preven%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Minorias/declaracao-sobre-os-direitos-das-pessoas-pertencentes-a-minorias-nacionais-ou-etnicas-religiosas-e-linguisticas.html>>. Acesso em 2 dez. 2018.

PRECIADO, Beatriz. **Desprivatizar o nome próprio, desfazer a ficção individualista**. Portal Fórum. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2014/06/beatriz-preciado-desprivatizar-o-nome-propriodesfazer-ficcao-individualista/>>. 2014. Acesso em 1 dez. 2018.

ROVARIS CIDADE, Maria Luiza. **Nomes (im)próprios: registro civil, norma cisgênera e racionalidade do sistema jurídico**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Psicologia, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, 2016.

SAMPAIO, Juliana V.; GERMANO, Idilva Maria Pires. **Políticas Públicas e crítica Queer**: algumas questões sobre identidade LGBT. *Revista Psicologia & Sociedade*, 2014, pp 290-300.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Parte Geral**. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

YOGYAKARTA, **Princípios**. 2006. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf> . Acesso em: 1 dez. 2018.

POLÍTICA DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DO BRASIL: O DESMANCHE A PARTIR DO IMPEDIMENTO DA PRESIDENTA DILMA ROUSSEFF

Mônica Sillan de Oliveira

1 Política de Garantia dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente no Brasil: Marcos legais e políticos

A recente Política de Garantia dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente do Brasil é fruto da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 e inaugura-se sob a Doutrina da Proteção Integral, a partir da vigência da Lei N° 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

A teoria de proteção integral parte da compreensão de que as normas que cuidam de crianças e de adolescentes devem concebê-los como

cidadãos plenos, porém sujeitos à proteção prioritária (EM PRIMEIRO LUGAR), tendo em vista que são pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e moral. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) **preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;**
- d) **destinação privilegiada de recursos públicos** nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

A Política de atendimento ao segmento criança e adolescente do país, fundamenta-se, dentre outros documentos oficiais, nos artigos 86 a 88 do Estatuto, nos quais encontra-se o direcionamento acerca da sua concepção, diretrizes e linhas de atenção:

A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. (Art. 86)

São LINHAS DE AÇÃO da política de atendimento:

- I - Políticas sociais básicas;
- II - Políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem;
- III - Serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
- IV - Serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;
- V - Proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente;

VI - Políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes;

VII - Campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. (Art. 87)

São diretrizes da política de atendimento:

I - Municipalização do atendimento;

II - Criação de conselhos municipais, estaduais e nacionais dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurados a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

III - Criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização políticoadministrativa;

IV - Manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;

V - Integração operacional de órgão do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;

VI - Mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade. (Art. 88)

A normativa federal voltada para a garantia dos direitos da criança e do adolescente está referendada nos Artigos 227 e 228 da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

O conjunto das ações que integram a Política foi formulada a partir de uma estrutura sistêmica, em conformidade com a Resolução N° 113/2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA):

Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

De acordo com a referida Resolução, essa estrutura em formato sistêmico e intersetorial pretende, especialmente, promover:

- Articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil
- Aplicação de instrumentos normativos
- Funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal.
- Compete ao SGDCA promover, defender e controlar a efetivação dos direitos, **ESTRUTURANDO-SE EM TRÊS EIXOS: PROMOÇÃO, DEFESA E CONTROLE; (Resolução 113/Conanda,2006).**



Figura 1: Representação Gráfica do SGD (criado pela Autora)

Em 2010, o Governo Federal passou a compreender a Política da Criança e do Adolescente enquanto matéria dos direitos humanos, fazendo sua inserção no Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (Decreto Nº 7.177/2010), num esforço de ganhar relevância na agenda política governamental, no que remete à manutenção das ações e na garantia de prioridade na execução no ciclo orçamentário.

2 Avanços e Desafios na Implementação da Política

Nesse pequeno exercício de montagem da Política, que conta menos de três décadas, teve forte reforço de uma militância que se iniciou na década de 20 e se mantém em constante luta, atravessando gerações. A pauta da prioridade absoluta tem interface com as demais pautas e lutas da classe trabalhadora e dos setores considerados minorias sociais, uma vez que estamos falando de quase 78 milhões, representando mais de 38% da população do país entre zero e 24 anos até 2014 (IBGE), e desse, mais de 50% composto por crianças e adolescentes oriundos das camadas sociais mais pobres do país.

A pauta garantista para a infância é a mesma das políticas públicas, sobremaneira as de Assistência Social, Educação e Saúde, as quais, historicamente, prescindem de priorização no orçamento dos governos nas três esferas.

No que remete aos marcos legais, há que se considerar grande avanço a partir da vigência do Estatuto (1990), com a promulgação de inúmeras normativas no sentido de coibir, principalmente práticas violadoras de direitos humanos contra crianças e adolescentes. No marco político, a formulação dos planos temáticos pretende responder às principais demandas de violações de direitos fundamentais: violência sexual, trabalho infantil, violência letal, adolescentes autores de ato infracional, vínculos familiares fragilizados ou rompidos etc, voltando-se para uma abordagem curativa e não preventiva e proativa.

Numa breve análise das principais políticas sociais (Educação, Saúde e Assistência Social) no período entre 2003 e 2014 nos possibilitou evidenciar os avanços com resultantes positivos para crianças e adolescentes. Dentre esses avanços podemos citar a retirada de milhões de famílias do mapa da fome (ONU), cobertura vacinal de crianças até 5 anos de idade universalizada, aumento do orçamento para educação, dentre outros. Esse período corresponde ao governo do Partido dos Trabalhadores (PT), sob chefia do executivo federal de Luís Inácio Lula da Silva (Lula) e Dilma Vana Rousseff.

3 O Desmanche da Política a partir do Impedimento do mandato da Presidenta Dilma Rousseff

Em 2016, o Congresso Brasileiro votou pelo o impedimento do exercício do mandato da Presidenta Dilma Rousseff, sob a denúncia de desrespeito à lei orçamentária (“pedalada fiscal”) tendo por base de acusação um suposto crime de responsabilidade nos decretos de suplementação orçamentária ou nos repasses do Plano Safra, bases da acusação contra a presidente, sendo alvo de delação premiada no âmbito da Operação Lava Jato. A denominação da operação diz respeito à descoberta de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas pela Justiça Federal em Curitiba, sob responsabilidade do Juiz Sérgio Fernando Moro, que atualmente assume o cargo de Ministro da Justiça e Segurança Pública no Governo Bolsonaro. Trata-se do mesmo juiz que em 2017 condenou à prisão o Ex-presidente Lula acusado de crime de corrupção e lavagem de dinheiro por ter recebido propina por

meio da reforma de um sítio em Atibaia (SP), sem apresentação das provas do crime.

A perícia procedida pelos técnicos do Senado não identificou participação direta ou indireta da Presidenta Dilma nos atrasos dos pagamentos. Portanto, o processo de impedimento do mandato foi aplicado sem base jurídica, uma vez que a mesma não teve participação dolosa na edição dos decretos de créditos suplementares, revelando-se enquanto manobra de um golpe parlamentar.

A bancada do Congresso Brasileiro que decidiu pelo impedimento da presidenta Dilma, conforme o Blog Transparência Brasil, é composta por 513 deputados da Câmara dos quais 303 são investigados por algum crime. No Senado, 49 dos 81 senadores estavam envolvidos em investigações. Em gravação de um diálogo entre o Senador licenciado assumindo o Ministério do Planejamento, Romero Jucá, e o ex-presidente da Transpetro (Petrobras Transporte S.A), Sergio Machado; o senador advertia sobre a necessidade de “parar a sangria” (Operação Lava Jato que investigava ambos) e propôs um acordo nacional, a ser “orquestrado” pelo vice-presidente, Michel Temer, “com Supremo, com tudo”. Esse diálogo ocorrido entre Jucá e Machado, que inicialmente foi considerado interferência nas investigações foram posteriormente considerada sem ilegalidade.

Menos de dois anos após o golpe parlamentar, a sociedade brasileira, sobremaneira crianças e adolescentes, perderam direitos conquistados com muito esforço e luta.

Um pacote de medidas que promovem o retrocesso e o desmonte do Estado foi aprovado em caráter de urgência pelo Congresso e o Executivo, sob o Governo Temer (Michel Miguel Elias Temer Lulia). Dentre as 40 demandas legislativas (segundo a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara), entre aprovadas ou tramitando, estão as que impactam de forma direta a vida das crianças e adolescentes brasileiras:

Novo regime fiscal que congela os gastos públicos por 20 anos para as políticas sociais básicas (Educação, Saúde e Assistência Social).

- Fim de direitos trabalhistas;
- Proibição do casamento homoafetivo;
- Restrição ao atendimento de vítimas de estupro;
- Revogação do estatuto do desarmamento;

- Reforma da previdência;
- Veto ao debate sobre a igualdade de gênero no sistema de educação;
- Obrigatoriedade do ensino religioso, da Bíblia ou do criacionismo nas escolas;
- Fim da obrigatoriedade do ensino da filosofia e sociologia na escola pública;
- Aprovação pelo Plenário da Câmara a redução da maioridade penal, de 18 para 16 anos, nos casos de crimes hediondos (como latrocínio e estupro), homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte;
- Elevação do tempo máximo de internação de adolescentes de três para dez anos em casos de homicídio doloso;
- Aprovação do PL que permite a divulgação de imagem de criança ou adolescente a quem se atribui ato infracional;
- Reduções significativas, em comparação ao orçamento do ano passado, em áreas centrais dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável;
- Criminalização dos movimentos sociais;
- Fim do reconhecimento da relação homoafetiva enquanto família, inviabilizando o casamento e adoção.

Com a prisão de Lula em 2017, pré-candidato com maior aprovação popular (45%) ao mandato de Presidente, segundo pesquisa do Instituto Ipsos divulgada pelo jornal O Estado de São Paulo, desponta o nome do deputado federal (desde 1991) Jair Bolsonaro, capitão reformado do Exército, que conseguiu apoio com “discurso conservador, o sentimento contrário à corrupção, ao PT e ao próprio sistema político tradicional” (O Globo, 28/10/2018). Filiado a um partido com pouco tempo para manifestação no horário eleitoral gratuito na televisão aberta, a campanha do capitão reformado foi feita massivamente pelas redes sociais, notadamente *Whatsapp* e *Facebook*. Uma campanha marcada pela proliferação de notícias falsas. De acordo com estudo do *Avaaz*, 85,2% dos eleitores de Bolsonaro leram que Fernando Haddad (candidato à Presidência pelo PT) implementou o kit gay quando estava Ministro da Educação nos Governos Lula e Dilma, sendo esta umas das mais polêmicas dentre o acervo de notícias de mais de 104 notícias falsas contra Haddad. Mais de 80% acreditaram

ser verdade. Tão grave situação suscitou a preocupação da Organização dos Estados Americanos, que após observação manifestou que o fenômeno do uso das “*Fake News*” nas eleições brasileiras, por meio das redes privadas não tinha precedentes.

O fato é que, para além do fenômeno das notícias falsas nas redes sociais, a base da campanha do capitão foi marcada pelo desrespeito às minorias sociais, chegando a praticar, em eventos públicos, atos considerados discriminatórios em relação às mulheres, aos povos tradicionais quilombolas e indígenas e às crianças. Uma das imagens marcantes da campanha, remete ao candidato com uma criança em tenra idade no colo, colocando-a para imitar um gesto que simula uma arma, com as mãos. Ele chega a manipular as mãos da criança para tal, defendendo que encoraja “o uso arma de fogo para crianças, por não podermos mais ter uma geração de covardes, de ovelhas, morrendo nas mãos de bandidos sem reagir”. Uma das plataformas de sua campanha dizia respeito à imediata redução da idade penal e ataque ao Estatuto da Criança e do Adolescente: “O ECA tem que ser rasgado e jogado na latrina. É um estímulo à vagabundagem e à malandragem infantil” afirmou o mesmo, durante campanha em Araçatuba.

Em relação ao Proposta de Governo de Jair Bolsonaro a política da criança e do adolescente é abordada nos eixos da segurança pública, saúde e ensino escolar. A preocupação central gira em torno do combate à “doutrinação” da infância, compreendida pelo candidato aplicação do marxismo e “SEXUALIZAÇÃO PRECOCE”. O Programa não toma o Estatuto da Criança e do Adolescente por referencial legal.

A proposta de Governo de Haddad, voltada para crianças e adolescentes, concentrava-se num eixo denominado “Afirmção dos direitos” e dedicava um item específico para políticas públicas para a primeira infância, enquanto “diretriz estratégica do governo”, com a promessa de intensificação de programas de saúde da gestante e combate á mortalidade infantil, ampliação de vagas em creches municipais, a partir do apoio do governo federal. Haddad defendeu a efetivação do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), a fim de combater o trabalho infantil, retomar e ampliar as “políticas de proteção às crianças no contexto de suas famílias e comunidades, prevenindo o abandono e a violência”. (Congresso em Foco, 2018). Identificou-se, ainda, que esta foi a única proposta de

candidatos à Presidência que mencionou o órgão Conselho Tutelar, com a promessa de qualificação, equipamento e aperfeiçoamento da rede de atendimento.

Os primeiros cem (100) dias do Governo Bolsonaro são marcados por uma profunda crise, principalmente, na matéria dos direitos humanos e das políticas sociais. O mandato já tem quatro pedidos de intervenção junto à Procuradoria Geral da República mova ações judiciais contra as medidas do governo que ferem a proteção dos direitos humanos e de direitos como saúde e educação.

Dentre as principais decisões ou comentários em redes sociais promovidos pelo Presidente e/ou membros de sua equipe, figuram enquanto os que provocam maior preocupação com a matéria dos direitos humanos da criança e do adolescente, as seguintes situações:

O Ministério da Educação (MEC) comunica oficialmente aos diretores de escolas públicas e privadas do país que os alunos sejam perfilados para cantar o hino nacional e em seguida seja lida uma carta do ministro (na ocasião Ricardo Vélez Rodríguez) com o slogan eleitoral: “Brasil acima de tudo. Deus acima de todos”. O MEC solicitou, ainda, que seja realizada filmagem dos alunos durante o ato, o que fere a normativa federal;

O Governo enviou um projeto de lei ao Congresso nacional que tem objetivo de regulamentar o ensino domiciliar no Brasil. Tendo sido interpretado por especialistas em Educação enquanto uma manobra de retirada da responsabilidade do Estado sobre a Educação, ferindo o que está disposto na Constituição Federal, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA);

O Governo Bolsonaro aglutinou todas áreas pertinentes aos direitos humanos no Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos que integra: Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres, Secretaria Nacional da Família, Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, Secretaria Nacional da Juventude, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa e a Secretaria Nacional de Proteção Global;

O Ministério da Saúde lançou uma nota técnica que reorienta a Política Nacional de Saúde Mental, colocando no centro da atenção a hospitalização em manicômio. Na nota, consta, ainda, a compra de aparelhos

de eletroconvulsoterapia – eletrochoques – para o Sistema Único de Saúde (SUS), abstinência para o tratamento de pessoas dependentes de álcool e outras drogas e internação de crianças e adolescentes em hospitais psiquiátricos, que infringe o artigo 4º da Lei 10. 216;

Recentemente empossado o novo ministro da Educação, Abraham Weintraub, o presidente Jair Bolsonaro voltou a tratar de uma das suas metas de governo, que diz respeito ao projeto Escola Sem Partido, ocasião em que declarou que um dos objetivos da pasta seria “desestimular crianças e adolescentes a se interessarem por política nas escolas”, ferindo o direito à participação na ampla política, conforme o documento Um mundo para crianças (ONU, 2002), o qual o Brasil é signatário.

O Governo Bolsonaro mandou recolher a cartilha Saúde do Adolescente porque nela contém uma gravura que explica como usar corretamente o preservativo masculino;

A finalização do convênio com o Governo de Cuba fragilizou o Programa Mais Médicos, retirando mais de 8 mil profissionais das unidades de saúde e inviabilizando o atendimento à saúde de mais de 30 milhões de brasileiros, dentre estes, crianças na primeira infância;

O Governo rompeu com a capacidade de diálogo com o Incra (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) e com o MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra), o que irá repercutir gravemente nas condições de vida de milhares de crianças que vivem nas aldeias e nos assentamentos;

Lançou o decreto que facilita a posse de arma no país. Podendo agravar o quadro de violência letal a que estão acometidos, principalmente os adolescentes negros e das periferias dos grandes centros urbanos

Reforma da Previdência que se encontra tramitando, que tem por principal afetado a população idosa e de baixa renda, que hoje representa quase 20% de arrimo familiar. Hoje, no Brasil, temos uma parcela das crianças sendo cuidadas por avós.

Decreto 9.759 extinguiu conselhos, fóruns, comissões, que serviam enquanto canais de diálogo entre governo e sociedade civil e permitiam a participação popular no âmbito da formulação, monitoramento e controle social das políticas públicas, dentre eles se encontram o de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de LGBT; de Alfabetização e Educação de Jovens e Adultos; Erradicação do Trabalho Escravo; de Polí-

ticas sobre Drogas; dos Direitos do Idoso; de Segurança Pública; de Erradicação do Trabalho Infantil e o Comitê Gestor da Internet no Brasil etc.

Enfim, são muitas decisões e/ou intenções desse Governo que podem impactar negativamente na vida das crianças e adolescentes brasileiros. Aqui foram apontadas apenas as que têm sido alvo de polêmica na sociedade.

CONCLUSÃO

Não há ainda, estudo ou pesquisa que aponte concretamente os rumos da Política de Direitos humanos de Crianças e Adolescentes no Brasil, mas há consenso entre os que são ativistas e que operam no Sistema de garantia dos Direitos de que não há prognóstico de avanço e/ou melhoria na até o final do Governo Bolsonaro. Estima-se que até o final do mandato de Jair Bolsonaro o quadro de mortalidade infantil (já superado no mandato do governo petista) possa retornar aos índices inaceitáveis pelos padrões pactuados internacionalmente e que a população volte a ser vitimada pela fome e miséria, devolvendo o país para o Mapa da Fome. Com a manutenção do congelamento das principais políticas sociais (Saúde, Educação e Assistência Social) estima-se o agravamento das condições socioeconômicas das populações mais empobrecidas, podendo acarretar em condições subumanas das crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012a. 454 p. (Série textos básicos, n. 67).

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Brasil). Resolução nº 113, de 19 de abril de 2006. Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2410.htm>>. Acesso em: 20 maio 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA.

Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2013. Rio de Janeiro, 2013. (Estudos e Pesquisas, Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 32). Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

_____. **Síntese de indicadores sociais:** uma análise das condições de vida da população brasileira 2012. Rio de Janeiro, 2012. (Estudos e Pesquisas, Informação Demográfica e Socioeconômica, n. 29). Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2012/SIS_2012.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014.

UNICEF. **A Convenção sobre os Direitos da Criança.** Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990. [Lisboa, 2004]. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 20 maio 2014.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2013** – homicídios e juventude no Brasil. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República/Secretaria Nacional de Juventude, 2013. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf>. Acesso em: 18 maio 2014.

SAÚDE MENTAL INFANTIL E A “LOUCURA” NEOLIBERAL: REBATIMENTOS DA CONTRARREFORMA DO ESTADO NA POLÍTICA DE SAÚDE MENTAL INFANTO JUVENIL

Segislane Moésia Pereira da Silva

Introdução

O presente estudo visa problematizar o atual processo de implementação da política de saúde mental Infante-Juvenil brasileira frente ao contexto de contrarreforma do Estado neoliberal. Isso porque, o processo ao qual nos remetemos rebate diretamente nos serviços referentes à saúde mental destinada a infância, assumindo um caráter precarizado, focalizado, imediatista, paliativo, o que impacta na efetivação do atendimento ofertado a tal demanda nos países, além da percepção da saúde mental ainda ser estigmatizada e a cidadania do “louco” tratada por um viés conservador.

O conceito de loucura é uma construção histórica, o louco foi considerado ao longo dos tempos como o ser insano e perigoso para o resto da sociedade, e que deveria ser conservado distante da mesma. Para isso foram construídos lugares específicos como asilos e manicômios e os tratamentos muitas vezes eram desumanos. Isto é, o caminho percorrido pela política de saúde mental foi longo e bastante hediondo, tal situação

se agravava quando referida à criança “louca”, uma vez que a infância permaneceu no desenvolvimento do país, marcada pela repressão e assistencialismo.

O Movimento da Reforma Psiquiátrica brasileira foi crucial para as conquistas explicitadas na Constituição Federal de 1988 em que a saúde se apresenta como um direito fundamental do ser humano, tornando-se direito de todos e dever do Estado, assim como a Lei 10.216/01. Especialmente com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), as crianças e adolescentes tem seu direito à vida e à saúde, constitucionalmente assegurados, mediante o provimento de políticas sociais. Todavia, o contexto de desmonte neoliberal se apresenta como um grande desafio, haja vista fragmentar e sucatear a proteção social brasileira.

Como resposta a crise sistêmica neoliberal, o Estado, busca a retomada das taxas de lucro atuando como administrador de tais crises através de contrarreformas a partir de 1990, desmontando o sistema de proteção social brasileiro. Essas medidas atingem fortemente a política de saúde através da busca incessante pela privatização e terceirização dos serviços, desconstruindo a proposta constitucional do Sistema Único de Saúde brasileiro que perpassa os governos Collor/Itamar, Cardoso, Lula, Dilma, Temer e, atualmente o governo Bolsonaro.

Problemática esta que se configura como um dado preocupante, posto que, com início da retomada da reação conservadora e da agenda de retrocessos desde o governo FHC, com o neodesenvolvimentismo do governo Lula, no final de 2015 com o governo Dilma em que a política de saúde mental Infanto juvenil sofre fortes ofensivas e a indústria de leitos, baseada na mercantilização do sofrimento, voltam à cena central no país. Para além, nossa atual conjuntura agrava as ofensivas no instante que o Ministério da Saúde em janeiro de 2019 lança uma nova diretriz prevendo a retomada de internação em hospitais psiquiátricos e financiamento para atividades primitivas e arcaicas à saúde mental. O método de análise utilizado para apreensão do objeto de estudo proposto neste trabalho será o crítico dialético, por compreender que este proporciona ao pesquisador uma apreensão concreta da realidade em suas múltiplas determinações.

DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA DE SAÚDE MENTAL INFANTO-JUVENIL NO BRASIL: Breve análise histórica

O conceito de loucura é uma construção histórica, durante séculos não existiram cuidados específicos e adequados para com esses indivíduos e vários eram os estereótipos e preconceitos existentes sobre o dito “louco”. O mesmo era tratado como um ser insano e perigoso e deveria ser mantido distante da sociedade. Segundo Foucault (1978, p.149) “O louco é reconhecido, pela sociedade, como estranho a sua própria pátria: ele não é libertado de sua responsabilidade; atribui-se-lhe, [...] uma culpabilidade moral; é designado como sendo o Outro, o Estrangeiro, o Excluído”.

No Brasil em meio às transformações sociais e econômicas em que ocorreu à institucionalização da loucura, assim como em outros países, tal percepção perpetuou-se, havendo a criação de instituições para os “alienados”. No início do século XIX, os ditos “loucos” eram encontrados em todos os lugares: nas ruas, nas prisões e nas chamadas “casas de correção”, em asilos de mendigos e, ainda, nos porões das Santas Casas de Misericórdia, conforme salienta Amarante (1998).

Com relação à infância, durante centenas de anos crianças foram consideradas indivíduos sem direitos, tratadas apenas como pequenos adultos. No caso das crianças pobres eram utilizadas para o trabalho e as que eram filhas de ricos eram direcionadas para a escola desde cedo. A preocupação com a infância, segundo Ribeiro (2006), surge com os médicos higienistas no século XIX, que preocupados com o alto índice de mortalidade infantil e aliados com os ideais da burguesia ascendente no Brasil, começam a propagar seus pensamentos nas políticas sociais, ditando novos costumes, condutas e padrões de comportamento. De acordo com Ribeiro (2006), essas crianças eram encaminhadas às instituições de cunho educacional, porém, eram mantidas isoladamente do resto da sociedade durante longos períodos de tempo.

Das teses e debates sobre as causas da mortalidade infantil passamos para as teses que defendiam a utilização de táticas médico-higiênicas na educação escolar, na pedagogia infantil e na orientação familiar. O colégio era visto como a instituição ideal, onde a infância e a mocidade poderiam ser preservadas de qualquer mal, de qualquer influência perniciosa, e moldadas de acordo com os princípios higienistas (RIBEIRO, 2006, p.31).

Nada obstante, o processo pelo qual as crianças e adolescentes passaram para conseguir conquistas no campo social também foi intenso. Esses indivíduos foram inseridos em um contexto de tratamento institucionalizado e fragmentado durante toda a história do país. O Estado por sua vez, “[...] oficializava o modelo em curso e a concepção da criança a ser assistida: a deficiente social (pobre), deficiente mental e deficiente moral (delinquente)” (BRASIL, 2005, p. 7-8). Quando abordada a questão dos problemas mentais na infância, era ainda mais complexa a situação desses indivíduos.

As crianças consideradas insanas, geralmente as pertencentes às classes sociais desfavorecidas, acabavam compartilhando o mesmo espaço dos adultos nos manicômios criados em meados do século XIX, pois não havia ainda estudos específicos sobre as doenças mentais infantis nem uma classificação que diferenciasse as formas e manifestações da morbidade no adulto e na criança (RIBEIRO, 2006, p.33).

Até a década de 1930, alguns desafios se faziam postos, como nos ressalta FONSECA (1993, p.101), “[...] os serviços voltados à área materno-infantil foram, na sua grande maioria, marcados por uma prática assistencialista, de caráter filantrópico [...] eram executados, principalmente, por instituições privadas”.

Entretanto, conquistas começaram a ser adquiridas a partir da década de 1970 diante o reconhecimento de uma dívida histórica com a saúde mental Infância-juvenil e se iniciou o processo de desinstitucionalização da loucura no país. Com a Constituição Federal de 1988, a Lei Orgânica de Saúde (Lei 8080/90²⁰⁹) implementando o Sistema Único de Saúde (SUS), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei nº 8.069/90²¹⁰), e inúmeros movimentos sociais em prol da saúde mental - a exemplo do Movimento da Reforma Psiquiátrica brasileira criticando o modelo hospitalocêntrico - reconheceu-se a necessidade de novos tratos relacionados à infância e à saúde mental, assim como a criação da Lei 10.216/01²¹¹.

209 Ver Lei 8.080/90 em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm

210 Ver Lei 8.069/90 em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm

211 Tal lei trata sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Ver lei completa em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm

Ou seja, diante o longo desenvolvimento da saúde mental, inúmeras foram as conquistas advindas das lutas sociais para a saúde mental Infanto-juvenil, todavia, é de suma importância compreender o atual quadro da saúde mental desses indivíduos, assim como, tal política é ofertada para crianças e adolescentes no país através de suas ações e serviços nos Centros de Atenção Psicossociais Infanto-Juvenis.

SAÚDE MENTAL INFANTO-JUVENIL E A IMPLANTAÇÃO DOS CAPSi CONTEMPORANEAMENTE

Diante explicitado no artigo 3º do ECA, a criança e o adolescente são cidadãos que possuem direitos fundamentais à pessoa humana, assim como é um direito assegurado pelo estatuto em especial que, a criança possua meios que subsidiem o seu desenvolvimento mental perante a condição de liberdade e dignidade, resguardada sob tudo a proteção integral a esse indivíduo e cidadania.

Em nossa atual sociedade capitalista há um aumento gradativo de problemas relacionados à mente, em especial em crianças e adolescentes. Conforme aponta Frasquilho (2016), atualmente, a depressão é uma das doenças que mais atinge jovens na atualidade (1 em cada 1.000 das crianças entre 10 e 14 anos). Além disso, o suicídio é a 4ª maior causa de morte dos adolescentes, transtornos de ansiedade, 1 a cada 59 crianças têm autismo e um número muito maior de crianças, de ambos os sexos, têm perturbações do desenvolvimento com dificuldades na linguagem, na escrita ou na leitura, entre tantas outras doenças e transtornos mentais.

Com intuito de atender tal demanda, a partir de 2002 foram propostos os Centros de Atenção Psicossociais Infanto-Juvenis (CAPSi), que de acordo com Couto et al (2015), devem ser instalados em municípios com mais de 200.000 habitantes. São serviços territoriais, de natureza pública, financiados integralmente com recursos do SUS e atuam por meio de uma equipe multiprofissional, sendo prioritários os atendimentos para crianças e adolescentes autistas, psicóticos e para todos aqueles cuja problemática incida diretamente em prejuízos psicossociais severos (na socialização, inclusão escolar, familiar/comunitária etc.).

Conforme Couto et al (2008), com a elaboração da Rede de Atenção Psicossocial²¹²,

Nas cidades onde não está prevista, no momento, a implementação de CAPSi, a orientação atual da política indica que a cobertura para tratamento de crianças e adolescentes deverá ser executada pelas demais tipologias de CAPS (I, II, III, AD),¹² pelos ambulatórios de saúde mental e/ou outros recursos intersetoriais existentes. (COUTO et al, 2015, p.394).

Nesses rumos, as crianças e adolescentes hoje possuem assegurados constitucionalmente uma rede de proteção social integral, em especial uma atenção em saúde que leva e consideração os determinantes e condicionantes do processo saúde-doença a partir do conceito ampliado de saúde, ultrapassando a mera ausência de doenças e considerando os aspectos mentais e sociais.

Ao longo dos últimos 30 anos teve-se uma considerável evolução na política de saúde mental no país. Tal qual afirma o Ministério da Saúde, entre o ano de 1998 e 2002 possuíamos 424 CAPS, durante o governo Lula (2002-2011) esse número chegou a 1.742, ao final do governo Dilma (2016) o número fechou em 2.455 havendo um crescimento de 1.658,7% na quantidade de unidades instaladas no país durante os governos. Especialmente CAPs na modalidade Infanto-juvenil entre o ano de 2006 e 2014 o número passou de 75 para 201. (BRASIL, 2017).

Ainda de acordo com o Ministério da Saúde (2017), até o ano de 2017, o país possuía dentre CAPS nas modalidades I, II, III, i, ad, ad3, um total de 2.462 unidades em todo país. Na modalidade CAPs Infanto-Juvenil possuía 229 unidades, 48 dessas, concentrando-se na região Nordeste. Ou seja, dos 5.570 municípios brasileiros, apenas 4,1% possuem CAPSi. Para além, entre os anos de 2013 e 2016, 91,5% desses centros encontravam-se habilitados, todavia, 8,5% não possuíam nenhum tipo de procedimento registrado. Tais dados em um país em que uma pesquisa realizada por universidades brasileiras e financiada pelo MS no ano de 2013/2014 afirma que 30% dos adolescentes sofrem de transtornos men-

212 Instituída pela Portaria MS/GM nº 3.088, de 23/12/2011,4 a RAPS prevê a criação, a ampliação e a articulação de pontos de atenção à saúde para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas no âmbito do SUS. Ver portaria completa em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html

tais - o que pode levar jovens a cometerem, inclusive, atentados como o de Suzano/SP, entre outros, elucidando a importância da saúde mental no desenvolvimento do indivíduo.

Assiste-se um processo de expansão dos Centros Psicossociais no país, todavia, ainda bastante insuficiente e a oferta dos serviços defasada. Consoante o MS, com relação ao matriciamento²¹³, no estado da Paraíba até 2017 possuíamos 93 Centros Psicossociais, desses, nos últimos 6 meses do ano de 2017, 46 unidades não apresentaram produção. A nível nacional, nos últimos 6 meses do ano de 2017 cerca de 53,2% dos Centros não apresentaram produção. Isto é, a realidade da atenção à saúde mental encontra-se longe de atingir os princípios da universalidade e integralidade da atenção, especialmente para a infância.

Segundo informações do Atlas de Saúde Mental 2017 (*Mental Health Atlas 2017*) elaborado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), embora alguns países tenham conseguido progressos na formulação de políticas de saúde mental, tanto há falta de investimento em instalações de saúde mental, como ainda há escassez a nível mundial de profissionais treinados na área.

Entre o ano de 2013 e 2017 a taxa de ocupação dos leitos em hospitais teve um aumento de 570 para 1.167, só na Paraíba foram registrados 20 leitos no ano de 2016. Para tanto, o MS (2017), enfatiza que 44 Hospitais Psiquiátricos tiveram taxa de ocupação acima da capacidade instalada, evidenciando a escassez de unidades de atendimento a tal demanda.

Para além do contexto de implementação da política de saúde mental Infância juvenil, nossa atual conjuntura impõe uma série de rebatimentos em tal política, rebatimentos advindos do processo de desmonte da proteção social brasileira que vivenciamos no contexto das contrarreformas do Estado.

213 Segundo Dimenstein (2009), o matriciamento pode ser entendido como uma estratégia de trabalho em rede, ou seja, mediante a integralidade dos serviços de saúde, uma das diretrizes do SUS.

Implicações da contrarreforma do Estado na política de saúde mental Infanto-Juvenil

Nada obstante, nossa atual conjuntura política, social e econômica similarmente impõe, sobretudo, diversos desafios à política de saúde mental. Como salienta BRAVO (2006), o desmonte do Estado sobre as políticas sociais vem se efetivando, assim como a precarização e o sucateamento das mesmas, o que traz consigo desafios à saúde mental. Tavares (2005, p.408) aponta que também são considerados obstáculos à saúde mental, “a forte tradição positivista e biocêntrica no tratamento dos problemas relacionados à doença mental, os espaços de poder que a disciplinarização significa, a estrutura das instituições de ensino e as dificuldades inerentes à experiência interdisciplinar.”. Ou seja, o neoliberalismo possui diversos eixos estratégicos de desmonte e ofensivas à política de saúde mental.

Com a contrarreforma do Estado - atuando como administrador das crises do sistema - em resposta à crise sistêmica neoliberal, decorrente do processo de reestruturação do capital, há um monstruoso desmonte da proteção social brasileira através do ajuste fiscal e desconstrução da proteção social. Na política de saúde o desmonte é avassalador, a ofensiva visa à privatização, terceirização dos serviços e deterioração do sistema público de saúde, sistema esse, tributário do subfinanciamento que compromete sua efetividade, como aponta Lavinias (2015). Além de o Brasil investir apenas 3,8% do PIB na saúde, valor inferior a países como Cuba, França, entre outros, ficando na 64ª posição no percentual de distribuição mundial, como afirma o Ministério da Fazenda (2018).

Desde 2015 com a proposta da Emenda Constitucional nº 86/2015 que visou impor as parcelas por base na Receita Corrente Líquida (RCL) em despesas fixadas no orçamento destinado à saúde de: 2016 (13,20%); 2017(13,70%); 2018 (14,10%); 2019 (14,50%) e 2020 (15%), o que prejudica as políticas públicas na medida em que as restringem receitas. No ano de 2017, com a EC nº 95/2016, estabeleceu-se em 15% do RCL, entretanto, de acordo com informações do Ministério da Fazenda (2018), em 2017 - durante o governo Temer - o investimento em saúde caiu 3,1%, o que resultou fortemente em consequências aos municípios, pois os gastos em saúde e educação caíram de R\$ 68,8 bilhões em 2016, para R\$ 65,5 bilhões em 2017.

Todavia, os efeitos da EC nº 95/2016 (antiga PEC 241) que congela os gastos em saúde e educação nos próximos 20 anos e tem base no gosto do ano anterior, torna ainda mais grave à ofensiva neoliberal, apontando uma perda bilionária para o SUS no ano de 2019, ou seja, o curto governo Temer ocasionou fortes efeitos de sua política de austeridade, deixando uma série de retrocessos.

Nesse contexto a ofensiva neoliberal se expressa concretamente no Brasil no instante em que o investimento da saúde na esfera privada supera o da saúde pública, mesmo o país possuindo um sistema de saúde público, universal e cobertura abrangente, com procedimentos médicos de baixa, média e alta complexidade. Nas próprias palavras do MF, “O gasto privado em saúde no Brasil é superior ao gasto público. Essa realidade difere do padrão dos países desenvolvidos, no qual o gasto público supera o gasto privado (exceto nos Estados Unidos).” (BRASIL, 2018, p. 8).

Nesse cenário, ficam perceptíveis os rebatimentos neoliberais na política de saúde mental Infante-juvenil, através do contexto de desfinanciamento, privatização e terceirização dos serviços de saúde. Para tanto, a partir de 2019, com o atual governo de extrema-direita eminentemente conservador, a política de saúde mental tende a sofrer ainda mais fortes ofensivas. O Ministro da Saúde, Henrique Mandetta lançou uma nota que logo foi retirada do site do MS, todavia, em suas 32 páginas a mesma deixou explícita seu teor regressivo e conservador, reafirmando o modelo hospitalocêntrico como método da saúde mental para tal governo – inclusive, o possível retorno da internação de crianças e adolescentes.

Em entrevista ao informe da Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP), Paulo Amarante ressalta que, “Com a nota, vemos uma inversão dessa lógica, com o retorno da velha lógica das políticas centralizadas e impostas de cima para baixo, sem participação social ou construção coletiva” (AMARANTE, 2019, online).

Portanto, é de extrema importância problematizar o atual contexto de implementação da política de saúde mental Infante-juvenil brasileira frente às fortes ofensivas que os rebatimentos da contrarreforma do Estado neoliberal impõem em decorrência do seu caráter de privatização, desfinanciamento, conservadorismo e descomprometimento com a efetivação dos princípios do SUS e os Direitos Humanos das crianças e adolescentes. Uma vez que o sistema econômico neoliberal visa apenas o lucro, resul-

tando em uma degradação e banalização do humano sem se atentar ao principal conjunto de direitos, os direitos sociais e humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No exposto até o presente momento pudemos levantar considerações históricas que apontam um cuidado com a Saúde Mental infantil marcado por desassistência, repressão, institucionalização e abandono, até os anos 2000. A infância com problema mentais foi negligenciada durante inúmeros anos, tratada como caso de polícia e institucionalizada. Nota-se que, a construção da rede de atenção que possuímos, hoje, só foi possível devido às conquistas advindas da luta do Movimento da Reforma Psiquiátrica juntamente com os aparatos legais que defendem o direito a Saúde Mental de Crianças e Adolescentes.

Diante disso, somente com o reconhecimento da criança como indivíduo portador de direitos através da Constituição de 1988 e o ECA a dívida histórica para com a infância é reconhecida. Já a conquista dos Centros de Atenção Psicossociais infantis foi de suma importância para o novo modelo de cuidado com a saúde mental para a infância, todavia ficam explícitos os rebatimentos que o processo de contrarreforma do Estado implica na política de saúde mental Infanto-juvenil, em que a busca pela privatização, terceirização e deterioração do sistema público de saúde atingem fortemente a expansão e fortalecimentos dos CAPSi no Brasil e a efetivação dos serviços e ações ofertados por tal política, configurando tal política fragmentada, paulatina e precarizada. Para tanto, nossa atual conjuntura política e social brasileira se configura uma forte ameaça que exige da sociedade como um todo posicionamento em defesa dos direitos constitucionais à saúde dessa população.

No entanto, é inegável as conquistas adquiridas até então, sendo de suma importância a necessidade de elaboração de estratégias que venham fortalecer esses serviços do CAPSi. É de suma importância também salientar que este trabalho não busca trazer conclusões acabadas a problemática, ao contrário, o mesmo visa contribuir com o aprofundamento e continuidade de uma temática tão relevante para a sociedade e principalmente para a saúde mental infantil brasileira.

REFERÊNCIAS

- AMARANTE, Paulo. **Loucos pela vida: A trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil.** 2nd ed. Rio de Janeiro. Editora FIOCRUZ, 1998.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Panorama e Diagnóstico da Política Nacional de Saúde Mental.** Brasília, 2017. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/setembro/04/2a-Apresentacao-CIT-Final.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- _____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Caminhos para uma política de saúde mental infanto-juvenil.** 1ª Edição: Brasília, 2005.
- _____. MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Aspectos fiscais da saúde no Brasil.** 2018. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/AspectosFiscaisSa%C3%BAde2018/a7203af9-2830-4ecb-bbb9-4b04c45287b4>. Acesso em: 18 dez. 2018.
- BRAVO, M. I. de S. et al. **Saúde e Serviço Social.** São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2004.
- CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisa em ciências humanas e sociais.** 8. ed. São Paulo: Cortez, 2006.
- COUTO, Maria Cristina Ventura; et al. **Intersetorialidade: Uma exigência da clínica com crianças na Atenção Psicossocial.** Rio de Janeiro: Vol. 27, 2015
- DIMENSTEIN, M. et al. **O apoio matricial em unidades de saúde da família: experimentando inovações em saúde mental.** Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 8, n. 1, 2009.
- FONSECA, Cristina M. Oliveira. **A saúde da Criança na Política Social do primeiro Governo Vargas.** Vol. 3. Rio de Janeiro: Campus, 1993.
- FOUCAULT, Michel. **História da loucura.** São Paulo: Editora Perspectiva. 1972.

FRASQUILHO, Maria Antônia. **Doenças mentais em crianças**. Al-
gés, Portugal, 2016. Disponível em: [http://www.alterstatus.com/pt/
doencas-mentais-em-criancas](http://www.alterstatus.com/pt/doencas-mentais-em-criancas). Acesso em: 06 dez. 2018.

LAVINAS, Lena. **A financeirização da política social**: o caso bra-
sileiro. Disponível em: [http://cebes.org.br/site/wp-content/
uploads/2015/09/Lena-Lavinas-colet%C3%A2nea-Cesinha-Poli-
tika-2015.pdf](http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2015/09/Lena-Lavinas-colet%C3%A2nea-Cesinha-Politika-2015.pdf). Acesso em: 15 out. 2017.

MINAYO, Maria Cecília de S, DESLANDES, Suely Ferreira. **Pesquisa
social**: teoria, método e criatividade. 29. ed. Petrópolis, RJ: Vozes,
2010.

RIBEIRO, P. R. M. **História da Saúde Mental Infantil**: A criança brasileira
da Colônia à República Velha. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11,
jan./abr. 2006.

POLÍTICAS PÚBLICAS E A GESTÃO AMBIENTAL NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ

Thais Alves Lira

INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é identificar as práticas da gestão ambiental na maior universidade da região norte e com isso identificar a efetivação do Plano de Gestão e Logística Sustentável (PLS). A relevância dessa pesquisa para a sociedade civil está em evidenciar se as universidades e outras instituições de ensino superior praticam aquilo que ensinam. A aplicação da sustentabilidade nas universidades e evidenciação das suas atitudes é realidade em algumas universidades e instituições, que demonstraram ser capazes de, pelo menos, iniciar o caminho da sustentabilidade (Caretto e Vendeirinho 2003). Por meio da instrução normativa nº 10 foram estabelecidas às regras para elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentável, os quais foram criados pelo artigo 16, do Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012. Com isso todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica, fundacional e as empresas estatais dependentes tem o dever de elaborar a partir de 14 de maio de 2013, porém a elaboração do plano não é suficiente sem a sua devida prática e transparência. Por isso o problema tratado nessa pesquisa é se as universidades como geradoras de conhecimento e de crítica aos problemas, os quais a sociedade enfrenta, então elas praticam o seu plano de gestão e logística sustentável, nesse estudo trataremos da Universidade Federal do

Pará (UFPA), já que esta é a maior universidade da região norte quanto ao número de matrículas realizado em 2015. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica de estudos de discentes da universidade quanto a sustentabilidade e principalmente busca de notícias relacionadas as práticas que o PLS aborda, além de relatórios de gestão disponíveis no site da UFPA. O recorte temporal utilizado foi a partir da assinatura do PLS, que ocorreu em setembro de 2013 a junho de 2017. Com isso foi evidenciado a prática mais que parcial do PLS da universidade com exceção de alguns itens, tais como: Aumentar a eficiência no tratamento dos afluentes; Otimizar a estação de tratamento de água; Promover campanha de conscientização para redução do consumo de energia elétrica; Inventariar material de consumo e identificar produtos passíveis de substituição por similares de menor impacto ambiental, considerando viabilidade econômica e finalística; Adotar Práticas de sustentabilidade nas contratações dos serviços de vigilância.

2. Referencial Teórico

2.1 Gestão ambiental nas universidades

As universidades públicas têm por missão promover e incentivar o ensino, a pesquisa e a extensão e, além disso, como órgãos públicos servem de modelos para a sociedade. A gestão ambiental nas universidades está cada vez mais ganhando espaço dentre elas (Tauchen & Brandli, 2006), seja pela importância que as mesmas têm para a sociedade, como geradora de conhecimento e também por meio do incentivo que o Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, proporcionou as universidades.

O Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012 em seu artigo 16º trata sobre o dever da elaboração do plano de gestão e logística sustentável e suas principais obrigações tais como descritas a seguir :

“Art. 16. A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes deverão elaborar e implementar Planos de Gestão de Logística Sustentável, no prazo estipulado pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, prevendo, no mínimo:

- I – atualização do inventário de bens e materiais do órgão e identificação de similares de menor impacto ambiental para substituição;
- II – práticas de sustentabilidade e de racionalização do uso de materiais e serviços;
- III – responsabilidades, metodologia de implementação e avaliação do plano; e
- IV – ações de divulgação, conscientização e capacitação.”

Através do art. 6º do Decreto de 5 de junho de 2012 , temos a instrução normativa nº 10 que trata sobre a elaboração do PLS ,dentre outras obrigações acessórias para a divulgação e acompanhamento da prática do mesmo, descritas a seguir :

Art. 14. Ao final de cada ano deverá ser elaborado relatório de acompanhamento do PLS de forma a evidenciar o desempenho de cada órgão ou entidade, contendo:

- I – consolidação dos resultados alcançados;
- II – identificação das ações a serem desenvolvidas ou modificadas para o ano subsequente.

Portanto, a assinatura do Plano de Gestão e Logística sustentável não é suficiente para a sua qualificação quanto à efetivação do mesmo, já que nas normas que regulam o PLS há a obrigatoriedade de além das práticas, serem feitas a divulgação das mesmas. Com isso o objetivo da pesquisa é a identificação da prática e divulgação do PLS na maior universidade da região norte, através dos objetivos específicos descritos no próprio PLS da universidade.

Metodologia

A metodologia utilizada na pesquisa para identificação da Universidade Federal do Pará como a maior da região norte, tratou-se do número de matrículas realizadas no ano de 2015 frente às outras universidades da região. Abaixo a tabela evidencia a quantidade de matrículas, respectivamente, na Universidade Federal do Pará; Universidade Federal de Rondônia e Universidade Federal de Roraima.

TABELA 1- Quantidade de matrículas realizadas nas universidades em 2015.

Universidade	Número de matrículas em 2015
UFPA	50.730
UNIR	10.672
UFRR	7.693

Fonte: INEP (2015).

A partir desses dados foi coletado o Plano de Gestão e Logística Sustentável (PLS) da universidade selecionada e criada uma tabela para melhor evidenciação de quais itens é praticada pela universidade e quais não são, para a evidenciação dos dados, utilizamos o campo de notícias do site da universidade para identificar a divulgação e transparência da prática do PLS. As notícias selecionadas para a consideração ou não dos itens do PLS tiveram o recorte temporal de 01/09/2013 a 30/06/2017, ao todo foram duzentas e trinta e cinco páginas de notícias lidas para a identificação da prática dos objetivos específicos tratados no PLS, estes estão tratados no capítulo a seguir da pesquisa, com sua devida numeração e identificação sobre a prática ou não da universidade segundo o campo de notícias divulgado em seu site.

4. Análise dos resultados

TABELA 2- Objetivos Específicos do PLS da UFPA.

	OBJETIVOS DO PLS	UFPA
1	Difundir uma nova cultura de preservação ambiental, visando à inserção de critérios de sustentabilidade;	X
2	Fazer a melhoria contínua do Plano Geral de Gerenciamento de Resíduos (PGGR) da UFPA, já implementado;	X
3	Minimizar a geração de resíduos e maximizar sua recuperação;	X
4	Mobilizar a comunidade universitária para que participe de práticas educativas com base na pedagogia do 3R (Reduzir, Reutilizar e Reciclar);	X
5	Reduzir a fonte geradora de resíduos (unidades Acadêmicas e Administrativas), e implementar medidas para sua reutilização no local de origem ou em outros setores;	X

6	Definir medidas de gestão a serem adotadas na destinação final dos resíduos;	X
7	Sensibilizar a comunidade universitária quanto o uso racional de recursos hídricos e redução do consumo;	X
8	Aumentar a eficiência no tratamento dos afluentes;	-----
9	Otimizar a estação de tratamento de água;	-----
10	Promover campanha de conscientização para redução do consumo de energia elétrica;	-----
11	Implementar um sistema de gestão e eficiência energética;	X
12	Inventariar material de consumo e identificar produtos passíveis de substituição por similares de menor impacto ambiental, considerando viabilidade econômica e finalística;	-----
13	Adotar procedimento que garantam compras e contratações sustentáveis;	X
14	Adotar medidas de redução de gastos e de emissões de substâncias poluentes;	X
15	Adotar Práticas de sustentabilidade nas contratações dos serviços de vigilância;	-----
16	Divulgar no âmbito da UFPA campanhas de informação de práticas sustentáveis com o intuito de promover a conscientização dos colaboradores e da comunidade universitária;	X
17	Potencializar os meios de comunicação disponíveis na UFPA para o processo de conscientização da comunidade universitária sobre sustentabilidade e preservação ambiental;	X
18	Promover a saúde, prevenir doenças e contribuir para a melhoria da qualidade de vida no ambiente de trabalho;	X
19	Promover um conjunto de ações e vivências destinadas ao servidor, familiares e comunidade universitária de modo a oportunizar atividades múltiplas, salutaras, bem-estar físico e mental;	X
20	Contribuir para promoção da segurança no trabalho e saúde biopsicossocial e qualidade de vida do servidor e familiares por meio de ações preventivas e educativas	X

Fonte: UFPA(2013).Adaptado.

No item 1 foi analisado no site da universidade, se a mesma busca difundir a temática sustentável, seja através de lançamento de livros ou bate papos com coordenadores de projetos dentro da universidade. O plano de gestão e logística sustentável da universidade federal do Pará foi assinado em setembro de 2013. Através da busca no campo de notícias no site da universidade foi encontrados concursos de redação sobre Belém Sustentável, o concurso foi uma iniciativa da prefeitura da universidade a fim de proporcionar uma discussão na comunidade sobre a destinação dos resíduos sólidos, o concurso ocorreu em julho de 2015; diversas palestras sobre a temática sustentável foram encontradas como o VIII Fórum Brasileiro de Educação Ambiental, que foi realizado em novembro de 2014; Em novembro de 2016 foi realizada a comemoração de 25 anos do Núcleo de Meio Ambiente (NUMA), com o tema “NUMA:25 anos discutindo Meio Ambiente na Amazônia” ao decorrer da pesquisa pode-se acompanhar as ações inovadoras desse núcleo; O V “Diálogos Sustentáveis”, realizado em dezembro de 2016, na realização da pesquisa foi identificada uma ocorrência frequente desse evento, no mesmo ano e mês, alunos de ciência e tecnologia da universidade desenvolveram o jogo educativo ambiental, o qual possui o objetivo de despertar o interesse em alunos da educação básica quanto a assuntos relacionados a sustentabilidade; O Programa Nacional de Educação Ambiental (ProNEA) realizado em junho de 2017 e tendo como a mais atual a “Semana do Meio Ambiente” que teve como programação conversas sobre coleta seletiva, oficinas sobre compostagem e até mesmo oficinas para confeccionar uma composteira, o evento foi gratuito, realizado no dia 12/06/2017 pela prefeitura da UFPA. No mesmo dia foi lançado o livro paradidático que aborda temas importantes para a sociedade civil, o lançamento teve apoio da editora da UFPA. Portanto, foi considerado que a Universidade Federal do Pará é efetiva quanto ao primeiro item do seu PLS.

No item 2,3 e 4 foram encontrados diversos cursos de extensão sobre a destinação de resíduos sólidos, em ordem cronológica lista-se os eventos. ; Em julho de 2014 a Universidade Federal do Pará, por meio da comissão da coleta seletiva solidária (CCSS) realizou um processo seletivo de habilitação das Associações e Cooperativas de Catadores de Materiais Recicláveis. O objetivo da seleção é selecionar uma entidade e criar um cadastro reserva de até três associações e cooperativas, aptas a receber os

resíduos recicláveis descartados pela UFPA, mediante assinatura de termo de compromisso próprio; Outro projeto de extensão de destaque é o “Ações educativas para mulheres que atuam em Cooperativas de materiais recicláveis no campus da Universidade Federal do Pará” realizado em novembro de 2014, a oficina possui o objetivo de auxiliar na reciclagem de diversos materiais na confecção de bolsas, mochilas com a finalidade de auxiliar as mulheres catadoras a gerarem uma renda extra e ampliar seus conhecimentos; Em abril de 2016 foi reiniciada a campanha para separação de materiais recicláveis através do projeto de extensão da universidade “Separar para a Coleta Seletiva Solidária: um gesto simples, uma atitude nobre”, a campanha possui o enfoque na separação de materiais recicláveis, em especial do papel e do papelão; Em junho de 2016 a UFPA participou da inauguração da usina de triagem em Marituba, município da região metropolitana de Belém. Os catadores que trabalham na usina são do Projeto “Incubação para fortalecimento de cooperativas e associações de catadores e catadoras de materiais recicláveis e reutilizáveis – em municípios do Pará”, desenvolvido pelo Programa Interdisciplinar Trópico na UFPA; Em agosto de 2016 a universidade passou a reutilizar a gordura proveniente do restaurante universitário para a produção de biocombustível, sendo utilizado na universidade; O site “CataAmazon” foi lançado em agosto de 2016 um produto do Projeto “Incubação para o Fortalecimento de Cooperativas e Associações de Catadores e Catadoras de Materiais Recicláveis e Reutilizáveis em Municípios do Pará”, o site possui parceria com o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), por meio da Secretaria Nacional de Economia Solidária (Senaes) e ao governo do Estado do Pará, por meio da Secretária de Estado de Assistência Social (SEAS); Em setembro de 2016 a universidade participou da capacitação dos catadores para o Círio de Nazaré, festa cristã realizada anualmente na capital; Através do espaço do Instituto de Tecnologia (ITEC) foi realizada a oficina de terrários da universidade, com o objetivo da reutilização de garrafas de vidro da universidade e da comunidade; Em abril do ano de 2017 foi realizada uma oficina para reutilização das garrafas de polietileno (PET), já que a sua utilização na universidade é frequente, dentre os restaurantes, essa oficina fez parte da “Semana do Calouro da UFPA”. Portanto, foi considerada a prática do item 2,3 e 4 do Plano de gestão e logística sustentável da UFPA.

No item 5 temos como iniciativa da universidade a campanha para a diminuição do desperdício no restaurante universitário que atualmente o total de 900kg de alimentos é desperdiçado, por semana, nos Restaurantes Universitários da UFPA, com o objetivo de reduzir o desperdício, a Divisão de Nutrição do órgão promoveu a campanha educativa denominada “Pensar, comer e conservar”. Em março de 2017 a universidade promoveu a campanha para redução de consumo de papel, uma das medidas propôs evitar gastos de papel nas máquinas de impressão de recibos de devolução de obras emitidos no Setor de Referência. Assim, esses papéis serão substituídos por mensagens de *e-mail*.

No item 6 , de forma incipiente, foi constatada a prática do Plano de gestão e logística sustentável através do curso sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos em abril de 2017, grande parte das atitudes da universidade frente a essa política foram listadas no item 2,3 e 4.

No item 7 ,em ordem cronológica, no mês de fevereiro de 2014 o ITEC inaugurou um sistema de captação de agua da chuva ;Em dezembro de 2015 ocorreu o “III Simpósio de Meio Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia” promovido pelo “Programa de Educação Tutorial da Faculdade de Biologia” (PET Biologia) do “Instituto de Ciências Biológicas” (ICB/UFPA), o qual discutiu e trocou experiências sobre pesquisas e ações vinculadas à gestão e ao uso de recursos hídricos com estudantes, profissionais e professores da região; Foi encontrado em agosto de 2016 um concurso proposto pela universidade afim de inscrever pesquisas sobre o aproveitamento de água da chuva,já que as chuvas abundantes fazem parte de um ciclo ambiental com a floresta, as pesquisas seriam expostas no 10º Simposio Brasileiro de captação e manejo de agua da chuva na UFPA; Em junho de 2017 um evento organizado por professores da UFPA, intitulado “Seminário de Energia Renovável e Eficiência Energética” que possuía o propósito de apresentar alternativas que refletem na redução do consumo de energia elétrica à comunidade acadêmica e do setor público. Portanto, foi considerado que há evidencias da prática do item 7 do plano de gestão e logística sustentável da universidade federal do Pará.

O item 8,9 e 10 foram desconsiderados por falta de evidências no site da universidade.

O item 11 foi considerado efetivo na UFPA, mesmo que de forma incipiente, já que em novembro de 2014 aconteceu na universidade um

Workshop sobre fontes renováveis de energia e nanotecnologia, que possuía o objetivo de reunir ideias e discutir temas sobre energia renovável e de novos materiais que visem a sustentabilidade ambiental; Em maio de 2016 a UFPA assinou um acordo de cooperação de energia renovável com uma multinacional, o objetivo da parceria era o desenvolvimento de projetos e ações conjuntas, sobretudo na área de energia renovável.

O item 12 foi desconsiderado por falta de evidências no site da universidade.

O item 13 foi considerado mesmo que de forma inicial, pois foi encontrada apenas uma chamada pública para compra de alimentos da agricultura familiar, a qual foi realizada em novembro de 2016.

No item 14 foi considerado efetivo a partir do projeto de extensão que incentiva o uso de bicicletas na universidade, intitulado de “Projeto Pedalar UFPA” realizado em junho de 2014.

O item 15 foi desconsiderado por falta de evidências no site da universidade.

No item 16 e 17 além da “Semana do meio ambiente”, já citada anteriormente, foram encontradas outras medidas importantes para a conscientização sustentável da comunidade da UFPA até mesmo dentre os que estão ingressando na universidade como no projeto “O papel do calouro na UFPA”, que no ano de 2017, segundo o site da universidade, conseguiu recorde no número de arrecadações foram 1.668,39 Kg de papel, entre apostilas, cadernos, rascunhos e livros sem condições de reuso. E em seis anos de trote, já foram arrecadados 7.116,69 Kg materiais recicláveis. Outro projeto importante para a comunidade acadêmica e civil é o projeto de extensão existente na universidade desde 2016, com o nome de “Separar para a Coleta Seletiva Solidária: um gesto simples, uma atitude nobre” o qual visa difundir informações acerca da Coleta Seletiva Solidária (CSS) da UFPA, O projeto tem um forte componente de inclusão social, uma vez que favorece as cooperativas de catadores de materiais recicláveis, de acordo com o Decreto Federal Nº 5.940/2006. Portanto, foi considerado que o item 16 do Plano de logística e gestão sustentável está sendo efetivo.

O item 18,19 e 20 foram considerados praticados na universidade através de diversos eventos ocorridos, os quais são em ordem cronológica, no ano de 2016 foi realizada a VI “Semana Interna de Prevenção de Acidentes no Trabalho” (Sipat), com o tema “Cipa! Nos preocupamos

com vocês, mas a responsabilidade é de todos”, o qual buscou a conscientização de servidores e professores da UFPA; em abril de 2017 ocorreu a inauguração do espaço em que vão funcionar as atividades do Programa de Assistência Psicossocial ao Servidor (PAPS) e do Serviço de Assistência Psicossocial aos Discentes (SAPS); no mês de maio em 2017 a Faculdade de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (FFTO) por meio do projeto “Fisioterapia e Terapia Ocupacional na atenção à saúde do discente” atendeu alunos e servidores da UFPA, ainda em maio foi realizado a oficina de pintura para servidores e familiares com o objetivo de socialização e qualidade de vida aos servidores.

5.Considerações Finais

O presente trabalho buscou divulgar e discutir a sustentabilidade dentro da maior universidade federal do Pará e com isso proporcionar a comunidade universitária e aos demais interessados informações sobre os projetos, programas e oficinas realizadas por esta com o intuito de satisfazer seu PLS e melhorar a qualidade de vida da comunidade acadêmica.

Através dos resultados é possível inferir que a universidade tem uma boa iniciativa quanto a prática e divulgação de suas atitudes ambientais, porém há problemas quanto a não divulgação de relatórios mensais sobre a aplicabilidade do seu PLS, conforme a obrigatoriedade da instrução normativa n° 10 criada através do art. 6° do Decreto de 5 de junho de 2012 , quanto a falta de aplicabilidade de cinco itens do seu PLS, que são estes: Aumentar a eficiência no tratamento dos afluentes; Otimizar a estação de tratamento de água; Promover campanha de conscientização para redução do consumo de energia elétrica; Inventariar material de consumo e identificar produtos passíveis de substituição por similares de menor impacto ambiental, considerando viabilidade econômica e finalística; Adotar Práticas de sustentabilidade nas contratações dos serviços de vigilância. A universidade há muito a evoluir quanto à prática do seu PLS, e na prática das normas que o regulamenta, porém foi considerado que a universidade possui uma boa aplicabilidade do seu PLS, já que dentre os vinte itens do seu PLS, apenas cinco não estão sendo evidenciados em seu site. Como alternativas para pesquisas futuras, tem-se a mudança da amostra, a qual pode ser feita em outras universidades ou até mesmo com uma abran-

gência maior que esta pesquisa fez, sendo feita em universidades de uma determinada região.

6.Referências

BRASIL, Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Instrução Normativa Nº 10, de 12 de novembro de 2012. Estabelece regras para elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentável de que trata o art. 16, do Decreto Nº 7.746, de 5 de junho de 2012, e dá outras providências. Disponível em:http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80063/141112_IN10.pdf. Acesso em: 18 abril 2017.

BRASIL, Decreto Nº 7.746, de 05 de junho de 2012. Regulamenta o art. 3o da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm. Acesso em: 19 de janeiro de 2017.

CARETO, H.; VENDEIRINHO, R. Sistemas de Gestão Ambiental em Universidades: Caso do Instituto Superior Técnico de Portugal. Relatório Final de Curso, 2003. Disponível em: <http://meteo.ist.utl.pt/~jjdd/LEAMB/LEAmb%20TFC%20site%20v1/2002-2003/HCa-514> . Acesso em 06 abril de 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Sinopse Estatística da Educação Superior 2015. Brasília: Inep,2016. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>>. Acesso em: 03 de junho de 2017

Ministério do Meio Ambiente. Agenda Ambiental da Administração Pública. Brasília – DF | 2009. 5ª Edição | Revista e atualizada. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/>. Acesso em 04 de maio de 2017.

Tauchen, J. A. & Brandli, L. L. (2006). A gestão ambiental em instituições de ensino superior: modelo para implantação em campus universitário. **Gestão & Produção**, v. 13, n. 3, p. 503-515, fev-mar.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ. **Plano de Gestão e Logística Sustentável**. Disponível em: <http://portalufpa.br/>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ. Notícias. Disponível em: <https://ww2.ufpa.br/imprensa/noticia/>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

Verde Campus Unisinos. Disponível em: <http://www.unisinos.br/institucional/meio-ambiente>. Acesso em: 30 de abril de 2017.

ZITZKE, V. A. Educação Ambiental e Ecodesenvolvimento. **Revista Eletrônica do Mestrado em Educação Ambiental**. v. 9, 2002. Disponível em: <http://www.fisica.furg.br/mea/remea/vol9/a13art16.pdf>. Acesso em: 28 junho de 2017.

DESAPARECIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: SUAS PRINCIPAIS NUANCES

Walter D. Teixeira

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem com ponto principal trazer a questão do enfrentamento sobre as causas do desaparecimento de crianças e adolescentes, tema este que, por muitas vezes, é deixado de lado pelo poder público, por falta de políticas públicas eficazes no combate desta prática. Este tipo de incidência ocorre, em âmbito nacional e internacional, tendo uma causa velada, devido a sua complexidade em saber analisar os motivos que ensejam os desaparecimentos ou auxiliar as famílias dos desaparecidos, bem como capacitar pessoas para auxiliar no processo de busca e localização.

Mesmo que a legislação brasileira tenha dado passos largos na concretização de medidas de prevenção e proteção das crianças e adolescentes, como a efetivação da Doutrina da Proteção Integral das Crianças e dos Adolescentes - na forma da lei 8.069 de 13 de julho de 1990 - um longo caminho ainda há de se percorrer em busca de práticas efetivas sobre a causa de desaparecimento infanto-juvenil. Nesse contexto, esta lei pode ser dividida em gerais, direitos fundamentais, além dos aspectos do sistema socioeducativo, dos crimes e das infrações administrativas praticadas contra as crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente lista uma série de direitos e garantias fundamentais como: vida, liberdade, saúde, respeito, dignidade,

cultura, educação, esporte, lazer, convivência em família e com a comunidade, bem como trabalho e profissionalização. Os direitos positivados a este grupo vulnerável possuem características próprias e peculiares. Com isto, carece de uma atenção, ou seja, uma intervenção jurisdicional específica, adequada e também especial.

Este Estatuto é pautado na ideia de prevenção, sendo que sua motivação principal é a garantia de direitos, dadas as peculiaridades deste público, sejam de responsabilidade da família, sociedade e do Estado.

Contextualmente falando, cabe mencionar os diversos instrumentos jurídicos internacionais do qual o Brasil é signatário que foram incorporados às normas jurídicas brasileiras, dando maior efetividade na luta de prevenção e proteção das crianças e adolescentes como:

Convenção sobre os Direitos da Criança, adesão em 24 de setembro de 1990;

Convenção de 25 de Outubro de 1980, sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças, entrando em vigor no ano de 2000;

Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, com adesão em 29 de dezembro de 2010;

Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, especialmente, Mulheres e Crianças, complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adesão em 29 de janeiro de 2004;

Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, adesão em 27 de janeiro de 2004.

O tema do desaparecimento é complexo, haja vista que este, muitas vezes, é analisado do ponto de vista *lato sensu*, contudo esta temática deve ser analisada por uma ótica *stricto sensu*. Figuram-se outros fenômenos dentro do desaparecimento como: fuga do lar, subtração familiar, subtração não familiar, perdido ou desaparecido propriamente dito, abandonado ou desacompanhado etc.

Para entender o fenômeno do desaparecimento, faz-se necessário um estudo histórico e cultural acerca dos mais diversos dispositivos legais que foram criados, no último século, bem como suas inovações voltadas às crianças e aos adolescentes. Nesta análise, por um lado, observa-se que pouco se falava sobre proteção das crianças, de fato; por outro, mecanismos eram criados, contudo, o real objetivo, que é proteção ou prevenção, não era contemplado. Por mais que os instrumentos criados tinham como meta corrigir séculos de descasos, não são o suficiente abonar o histórico cultural passado de geração em geração. Com isso, há a necessidade latente de políticas públicas contundentes, que abarquem as peculiaridades deste público.

2 TRAJETÓRIA DOS DIREITOS E GARANTIAS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

Para contextualizar esta sequência de direitos e garantias dos infantes, faz-se mister percorrer na história esta evolução. Como ponto inicial, será discorrido sobre a *Carta da Liga sobre a Criança de 1924*. Sua importância se dá no caráter supranacional, em que os Estados soberanos dão a esta carta, assumindo compromissos, além de suas fronteiras, isto é, de modo internacional; fazendo com que sejam observados direitos para infância e juventude, assim como a promoção destes direitos. Apesar dos avanços legais, estes instrumentos não contemplavam a *Doutrina de Proteção Integral da Criança*, pois a viam como objeto de tutela e não sujeito de direito.

Posteriormente, a *Declaração de Direitos da Criança de 1959* passou a adotar inúmeros direitos e garantias aos infantes. Por vezes considerada o embrião da Doutrina de Proteção Integral, contudo não abarcava a instrumentalização e operacionalização em defesa e promoção dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Somente com a aprovação da *Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989*, que os temas não adotados por seus instrumentos antecessores foram finalmente alcançados. Além de prever uma gama maior de direitos e garantias fundamentais, abordou temas como, medidas coercitivas. Urge salientar que a referida convenção não faz diferença entre criança e adolescentes, tratando criança todo ser humano com menos de 18 anos de

idade, salvaguardados os dispostos em lei, como a exemplo do instituto da emancipação.

Esta inovação jurídica traz diversos pontos de suma importância para este público, como: medidas administrativas por meio dos Estados parte, a fim de reconhecer os direitos desta convenção, sobre direitos econômicos, sociais e culturais, ainda contemplando ações de cooperação internacional; o reconhecimento com sujeito de direito, fazendo jus ao nome e à nacionalidade; direito à identidade, à liberdade de expressão; liberdade de pensamento; de consciência e de crença; direito à saúde; direito à previdência social; à educação etc.

Nessa perspectiva, faz mister ressaltar que esta convenção não contemplou todos os temas inerente ao público infante-juvenil, sendo necessários outros protocolos adicionais para suprir estas necessidades.

A Constituição Federal de 1988 trouxe alguns dispositivos, conforme reza o art. 227, com o seguinte texto: “é dever da família, da sociedade, e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Ressalvadas considerações trazidas sobre as diretrizes internacionais e constitucionais, foi possível observar que o legislador tentou, com o decorrer do tempo, adequar as garantias e direitos fundamentais por meio de instrumentos positivados. Contudo, devido à vulnerabilidade em que as crianças e os adolescentes, cotidianamente, estão expostos, inovações e adaptações são de suma importância, em outras palavras, um olhar direcionado a este grupo.

3 IMPORTÂNCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

Conforme apresentado, as crianças e adolescentes sempre foram deixados à margem da sociedade, em especial, por interesses pessoais ou econômicos, e sendo subutilizados como mão de obra barata ou escrava, não sendo contemplada qualquer perspectiva de aprendizado ou de um futuro digno. Nessa ótica, as crianças de ontem são os adultos de hoje.

A violência contra este público sempre esteve assentada, na sociedade brasileira, nas mais diversas castas. Um dos instrumentos de grande importância e relevância dentro do panorama nacional, porém não empregado conforme prevê em seus artigos, é o *Estatuto da Criança e do Adolescente*, (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

O atual povo brasileiro, em sua maioria, faz parte de uma geração oriunda, após a última evolução de direitos e garantias, referente às crianças e aos adolescentes. O Estatuto tem uma grande importância, pois é considerado um marco na busca destas premissas que por séculos foram omitidas por parte do Estado e da sociedade. De acordo com esta norma, é considerada criança aquele ou aquela com 12 anos de idade incompletos; e, entre 12 e 18 anos incompletos, considerado adolescente.

Nessa esteira, visualiza-se que o Estatuto foi promulgado, após a chamada Constituição Cidadã, na qual esta carta magna já previa, em seu artigo 227, a prioridade absoluta, sendo um dos principais focos que doravante é tratado com maior atenção no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por mais que o Estatuto tem avançado no que tange às garantias das crianças e dos adolescentes, sendo considerado, a nível mundial, como um dos melhores instrumentos de proteção desse grupo, outros instrumentos se tornaram necessários para adequar outras necessidades. Como exemplo, a Lei de Adoção (2009), a qual tem por objetivo causar celeridade nos procedimentos de adoção, não deixando assim as crianças e os adolescentes em locais, nos quais possam ficar sem a estrutura que somente a família possa proporcionar. Muito ainda tem que avançar na concretização destes direitos elencados pelo Estatuto, como: qualidade na educação, assistência médica de qualidade, moradia digna, alimentação necessária para construção física e psicológica, contatos com cultura e convívio com a comunidade, esporte, lazer e, principalmente, dignidade e respeito.

4 OS DESAFIOS SOBRE O ENFRENTAMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DESAPARECIDOS.

Um dos grandes desafios da sociedade moderna é saber lidar e trabalhar com a questão do desaparecimento de pessoas. O desaparecimento é uma causa que requer um estudo sistemático e interdisciplinar para poder

analisar os aspectos que motivaram o fato, devido à sua complexidade. Um dos principais resultados do desaparecimento é o desenraizamento abrupto do convívio social.

Para Oliveira (2012), “pessoas desaparecidas” têm o mesmo entendimento e significado que a expressão “desaparecidos civis” e conceitua como:

O desaparecido civil é aqui caracterizado como sendo a pessoa que saiu de um determinado ambiente de convivência familiar ou de algum grupo de referência emocional-afetiva como roda de amigos para realizar qualquer atividade cotidiana, porém que não anunciou sua intenção de partir (daquele lugar) e jamais retornou. Sem motivo aparente, sumiu sem deixar vestígio

Gattás e Garcia (2007) explicam que, no entendimento e linguagem da polícia, uma pessoa desaparecida é aquela que sem motivo algum sumiu sem deixar vestígios, ou seja, pode ter desejado desaparecer por motivos pessoais ou por problemas de senilidade ou não saber o que faz, ter alguma necessidade especial. Portanto, o desaparecimento por motivos diferentes pode ocorrer por vontade própria do indivíduo ou não, com pessoas de ambos os sexos e de qualquer faixa etária.

Nessa direção, conforme afirmadas e explanadas a complexidade da ocorrência e as mais diversas modalidades e causas que ensejam desaparecimento, será dada ênfase à questão da *fuga do lar*.

Segundo Claudino (2014), a fuga do lar desponta como principal causa de desaparecimento de pessoas, envolvendo principalmente crianças e adolescente. De acordo com a pesquisa, esta modalidade de desaparecimento configura 70% dos casos. Deste percentual, grande parte tem relação com maus tratos e abusos sexuais, seguido de perto de questões afetivas, relacionamentos amorosos entre adolescentes e problemas com uso de drogas ilícitas. Logo, faz-se mister um estudo criterioso sobre os fatos e acontecimentos que ensejam este tipo de ocorrência.

O desaparecimento de pessoa é um fenômeno pouco atacado pelas políticas públicas, devido ser uma causa mais silenciosa, e que gera comoção apenas nas famílias que tem seus entes queridos desaparecidos. Todavia, é dever do estado olhar para esta chaga e dar a devida atenção que a causa

merece. A dor enfrentada pelas famílias é enorme, causando sérios problemas de ordem psico-social a estas. Tratando-se de casos de desaparecimentos, que envolvem crianças e adolescente, é necessária uma atenção ainda maior, devido sua vulnerabilidade.

Poucos instrumentos nacionais legais foram construídos para esta seara, contudo vejamos o que diz o Estatuto da criança e do adolescente em seus artigos iniciais:

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Tendo por base a Doutrina de Proteção Integral da Criança e do Adolescente, foi promulgada a Lei nº 11.259, de 30 de novembro de 2005, inserindo, no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma norma que corrobora com as ações, em prol das crianças desaparecidas, conforme exposto a referida lei:

Art. 1º O art. 208 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, convertendo-se o atual parágrafo único em § 1º:

“Art. 208.

§ 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

§ 2º A investigação do desaparecimento de crianças ou adolescentes será realizada imediatamente após notificação aos órgãos competentes, que deverão comunicar o fato aos portos, aeroportos, Polícia Rodoviária e companhias de transporte interestaduais e internacionais, fornecendo-lhes todos os dados necessários à identificação do desaparecido.

Ou seja, a referida lei determina que sejam imediatos os procedimentos investigatórios acerca do desaparecimento envolvendo crianças e adolescentes. Com isso, estudos realizados, na Europa, comprovaram que as horas iniciais são as mais eficazes na busca e localização das pessoas desaparecidas.

O estudo da motivação do desaparecimento é intersetorial, visando procurar compreender os fatos que deram origem a esta incidência, na qual jovens abandonam seus lares para figurarem como desaparecidos. Nesse sentido, requer um estudo pormenorizado e o engajamento dos diversos setores sociais para elucidar estes fatos. Este tipo de atribuição ultrapassa as competências de ordem policiais, haja vista que o desaparecimento, em tese, não é um ilícito, podendo e devendo ser competência de todos, tanto organizações civis como públicas, já que muitas vezes a causa do desaparecimento está dentro de casa.

Muitas crianças e adolescentes, que deixaram o convívio familiar, foram em decorrência de violências físicas e abusos sexuais, praticados por pais e familiares no seio familiar. Para estes infantes, vitimados pelos seus familiares, resta como saída apenas a fuga do lar, tentando minimizar a dor passada e deixando de vivenciar, diariamente, este trauma.

Uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI, 2010) foi criada com escopo de investigar os desaparecimentos de crianças e adolescentes, buscando assim suas causas, as consequências e os possíveis responsáveis. Foram reunidos dados da mídia, em geral, chegando a constatação que, a cada 15 minutos, uma criança ou adolescente desaparece. Entretanto, pouco se fala ou se cria neste tocante.

Os números dos desaparecidos são alarmantes, porém imprecisos, devido à falta de dados e do compartilhamento por parte dos estados. Muito ainda tem que se avançar sobre a causa, mas alguns instrumentos já foram criados pelo Governo Federal como a RedeSap, apesar de não ter ainda um efeito prático. No presente ano, uma nova lei foi criada com este intuito, a fim de fidelizar um *Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas*, a Lei nº 13.812 de 16 de março de 2019. Foi um importante passo dado para essa problemática, bem como se deu a alteração do Estatuto da Criança e Adolescente, aumentando o limite de idade para que este viaje com autorização dos pais ou responsáveis.

5 PRINCIPAIS PONTOS QUE CONTRIBUEM PARA O DESAPARECIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Tem-se observado que o desaparecimento ocorre em ambientes onde o contexto histórico, cultural e social são frágeis. Há uma falta de proteção dos direitos infanto-juvenis. Com isso, é preciso combater cenários, nos quais ocorram violações de Direitos Humanos. O Estado brasileiro tem se figurado como grave violador destes direitos básicos seja por ação seja por omissão.

Processos como de implementação ou até mesmo de aprimoramento de políticas públicas aos jovens e, principalmente, de serviço a atendimentos a famílias, constituem ferramentas importantes para alcançar índices positivos de prevenção destes casos.

Cabe salientar que a família sempre teve e sempre terá papel fundamental e transformador na tomada de decisões por parte das crianças e dos adolescentes, sendo assim muitos dos casos estão associados à negligência da família, ao próprio abandono, à cooptação, à subtração de incapazes, a abusos sexuais dentro do ambiente familiar e também a maus tratos.

Conforme leciona Melo, Ednir e Yazbek, (2008), citando Dominic Barter, pesquisador e consultor internacional, a ética Restaurativa aplicada pode promover:

Horizontalidade entre os envolvidos; cooperação voluntária no processo; reconhecimento da humanidade de todos; reconhecimento dos anseios dos envolvidos por valores que todos têm em

comum; respeito pelas fortes emoções que pessoas vítimas de transgressões podem experimentar; empatia para com os valores desconsiderados por uma transgressão; responsabilidade de todos pelas futuras consequências de transgressões; ações que curam e restauram o valor simbólico e real do que foi perdido ou quebrado pela violência.

O Melhor caminho para resolução de conflitos é a utilização de estratégias que não envolvam violência, partindo de pressupostos éticos restaurativos, dada já a situação traumática em que a criança e o adolescente estão inseridos. No que diz respeito à questão da violência, pode-se apontar o combate à violência institucional e contra a cultura da punição, desconstruindo argumentos punitivos com viés repressores, que tem como objetivo traçar uma solução e um parecer acerca do fato do desaparecimento.

6 SENSIBILIZAÇÃO E CAPACITAÇÃO NO ENFRENTAMENTO DA CAUSA

O estado brasileiro necessita de políticas públicas de enfrentamento da causa, é um fato bem evidente, contudo é necessário que os mais diversos atores do cenário civil e público atuem com o devido enfoque e engajamento, buscando a prevenção. Faz-se necessário uma capacitação de pessoas e profissionais para lidar com esta questão emblemática. Somente através da sensibilização será possível alcançar o resultado esperado.

A formação de profissionais ou a qualificação de grupos civis é de vital importância para alcançar o resultado almejado, sobretudo a definição de metodologias no atendimento às famílias, às crianças e aos adolescentes desaparecidos. Ademais, do ponto de vista do convívio comunitário, a capacitação do cidadão comum, para saber lidar com estes casos, torna-se fundamental para resolução de um caso, dada a celeridade com que este caso pode ser tratado, haja vista que estudos europeus comprovaram que as horas iniciais são vitais para solução dos casos, sem maiores desgastes emocionais, tanto ao desaparecido quanto para a família.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, no art. 208 § 2º, o compartilhamento das informações aos órgãos competentes com a

devida sequência de repasse de dados a locais como: companhia de transportes interestaduais e internacionais, portos, aeroportos etc.

A constante divulgação da mídia tem se mostrado por intermédio das pesquisas como outro fator de grande valia, já que ela tem um poder de dissuasão. Outro fator importante é devido ao seu alcance de propagação da informação, por ser uma ótima ferramenta para corroborar com a solução dos casos. Nesta direção, vale elencar as mídias sociais também que se figuram como outra ferramenta, tanto na sensibilização quanto na propagação dos casos e surtindo efeitos de cunho preventivo.

7 CONCLUSÃO

A Causa do desaparecimento tem como cerne no fato de crianças e adolescentes, muitas vezes, não serem ouvidas. Com isso, faz-se necessário um conjunto de medidas, principalmente, de articulação pública, sobretudo com o atendimento às famílias, às crianças e aos adolescentes. Esta articulação é importante para poder traçar e mapear os casos, sendo assim podendo prever algum caso futuro, tendo em vista que, por vezes, a fuga do lar se dá por motivos familiares. A integração de órgãos de assistência social, conselhos tutelares, policiais, justiça da família, defensorias públicas e os demais órgãos governamentais podem contribuir com o desenvolvimento de políticas, com objetivo de auxiliar na causa. Além do mais, é pertinente a ajuda de órgãos não formais, que possam estar ligados mais diretamente a este tipo de incidência. Seguir neste diapasão é alcançar o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, pautados nos três eixos estratégicos: *promoção, defesa e controle, da efetivação dos direitos*.

Deve-se ir além da espera de políticas públicas, por parte do Estado. Logo, é necessário que sejam propostos programas da seguinte forma: voltados ao atendimento às crianças, aos adolescentes e a suas famílias; nos casos envolvendo o desaparecimento e de retorno ao convívio familiar, a fim de estudar as causas e assim monitorar futuros eventos, levando como ponto principal a questão da Doutrina de Proteção Integral e o Princípio da Prioridade Absoluta, bem como adotado medidas voltadas a prevenção de novas ocorrências. Faz-se mister o fortalecimento do protagonismo dos grupos vulneráveis, como as crianças e os adolescentes, que historicamente foram violados em seus direitos humanos. É preciso a participação

efetiva das crianças e dos adolescentes nesta construção de alternativas para lidar com estes tipos de violências em que estão sendo submetidos.

Todo este apoio conta com alguns atores e também com algumas medidas como:

A família repassando orientações sobre o tema, desde cedo, tendo como base a educação, dentro de casa, visando ao resultado do fortalecimento da unidade de estrutura familiar. Além disso, sempre se mantendo vigilantes com quem estas crianças e adolescentes estão se relacionando ou com quem irão sair, evitando os deslocamentos deste público sozinhos;

O Estado proporcionando medidas eficazes de acesso à educação digna e de qualidade, pois somente por meio da educação, de base cultural e sociológica, será possível fomentar nas crianças e nos adolescentes temas como estes, de prevenção, no intuito que esta prática não ocorra;

A comunidade em promover ações sociais, de cunho informativo e preventivo, adotando programas e estabelecimento de serviços de auxílio a crianças e a adolescentes;

Por fim, a mídia que tem papel transformador na construção social e psicológica das crianças e adolescentes, reproduzindo matérias de cunho preventivo, e valorizando a contribuição positiva de jovens dentro da sociedade.

Portanto, é fundamental a investigação e a criação de grupos de trabalho comprometidos como estudo desta realidade, bem como a aliança e a parceria de meios de comunicação e de tecnologias como redes sociais. Por fim, a qualificação de profissionais, bem como o enfrentamento direto as violações dos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Vitor Silva. **Crianças Desaparecidas: políticas públicas existentes e propostas de aprimoramento**, Documento eletrônico. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018, 41 p.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Me-deiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federati-va do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p

BRASIL. **Decreto-lei nº 11.259, de 30 de Dezembro de 2005**. Acres-centa dispositivo à Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para determinar investigação imediata em caso de desaparecimento de criança ou adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11259.htm

BRASIL. **Decreto-lei nº 19.841, de 22 de Outubro de 1945**. Promul-ga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Fran-cisco, em 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Or-ganização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm

BRASIL. **Decreto-lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm

BRASIL. **Decreto-lei nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990**. Pro-mulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

CLAUDINO, Marcus Roberto. **Mortos sem sepultura: O desapare-cimento de pessoas e seus desdobramentos**. Florianópolis: Pala-vracom Editora, 2013.

Estrutura Modelo de Enfrentamento ao Desaparecimento de Crianças: Internacional Centre for Missing e Exploited Chil-dren (ICMEC). 2015.

GATTÁS, Gilka J. Figaro. **Caminho de volta: tecnologia na busca de crianças e adolescentes desaparecidos no Estado de São Paulo.** São Paulo: Secretaria Especial de Direitos Humanos: CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2007.

MELO, Eduardo; EDNIR, Madza e YAZBEK, Vania Curi. **Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania.** São Paulo: CECIP, 2008.

MOREIRA, Jacqueline de Oliveira; SALUM, Maria José Gontijo; OLIVEIRA, Rodrigo Torres. **Estatuto da Criança e do Adolescente: refletindo sobre sujeitos, direitos e responsabilidades.** Brasília : Conselho Federal de Psicologia. 2016. 250p

DE OLIVEIRA, Dijaci David. **O desaparecimento de pessoas no Brasil.** Goiânia: Cãnone editorial, 2012.

PIRES, Sergio Fernandes Senna. **O desaparecimento de crianças no Brasil.** Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Maio, 2008.

SANTOS, Débora Vieira dos. **Direitos Humanos e Cultura de Paz: a Justiça Restaurativa como garantidora dos direitos humanos.** In: Justiça juvenil restaurativa na comunidade: uma experiência possível. Organizadores: Ana Cristina Cusin Petrucci [et al.]. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012.

WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_da_Crian%C3%A7a>. Acesso em: 02 Mar 2019

WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_internacional_sobre_os_direitos_da_crian%C3%A7a>. Acesso em: 02 Mar 2019

ZITO, Andreia, Deputada. **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar as causas, as consequências e responsáveis pelo desaparecimento de crianças e adolescentes no Brasil, no período de 2005 a 2007 (CPI – Desaparecimento de Crianças e Adolescentes)**. Brasília. Câmara dos Deputados. Novembro, 2010.

SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS DECORRENTES DE GRANDES TRAGÉDIAS: OS CASOS DE MARIANA E BRUMADINHO – MG

Fernanda Bragança

Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, elevou a um novo patamar a proteção da dignidade humana. Ao longo desses setenta anos, este documento influenciou diversas Constituições e repercutiu em uma série de tratados e convenções internacionais sobre temas como a eliminação de todas as formas de discriminação racial, prevenção e repressão ao crime de genocídio, pessoa com deficiência física e/ou mental, dentre outros.

As tragédias de Mariana e Brumadinho, que aconteceram recentemente em Minas Gerais, revelaram a fragilidade da proteção e cuidado com o Homem e com o meio ambiente e expuseram o descumprimento de diversos pontos tratados no âmbito da declaração. Além do descuido com a vida humana e com a segurança pessoal, diversos problemas foram e continuam sendo relatados pelos moradores dessas regiões em relação à perda de sua subsistência e a falta de planejamento concreto que preveja a retomada das suas atividades. A situação é ainda mais complicada para aqueles que dependiam da pesca e da agricultura, tremendamente abaladas pela poluição dos rejeitos.

A mediação foi empregada nessas duas catástrofes na tentativa de compor os interesses dos habitantes dessas áreas e dos familiares das vítimas assim como acelerar o recebimento das indenizações. Entretanto, diversos obstáculos foram percebidos durante as negociações como a ausência de paridade entre os participantes e a inexistência da apuração de outras necessidades, como a importância de um reconhecimento sincero da culpa por parte das empresas donas dos empreendimentos minerais.

O objetivo deste artigo é mostrar os principais desafios para alcançar um entendimento consensual em situações como essas, tão dramáticas e que envolvem um vasto número de questões complexas. Em uma análise prévia, o estudo apresenta um panorama geral de ambas as tragédias no que corresponde ao pagamento de valores aos atingidos e ao Poder Público, bem como aponta algumas insatisfações da população local registrados até abril de 2019. A pesquisa apoia-se no seguinte problema: como é possível aprimorar a mediação que vem sendo realizada nesses casos e afins?

A metodologia de trabalho consistiu em um apanhado dos fatos sobre esses dois rompimentos, sobretudo das entrevistas veiculadas na mídia dos residentes dessas localidades, além de artigos e outras publicações de especialistas que acompanharam os procedimentos de mediação entre as pessoas atingidas, autoridades públicas e as mineradoras. A importância desta investigação é avançar em uma aplicação mais efetiva deste método autocompositivo em grandes acidentes que permita uma solução realmente mais satisfatória e concreta aos que sofreram danos.

O CASO DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM EM MARIANA

No dia 5 de novembro de 2015, a barragem de rejeitos conhecida como “Fundão” rompeu. O empreendimento, que era controlado pela mineradora Samarco (em conjunto com a Vale S.A. e a BHP Billiton), encontra-se localizado no subdistrito de Bento Rodrigues, a trinta e cinco quilômetros do centro do município de Mariana e causou a morte de dezenove pessoas, dentre trabalhadores e moradores da região.

Em termos de impacto ambiental, este é considerado o maior acidente ambiental da História em volume de material despejado, que totalizou sessenta e dois milhões de metros cúbicos de lama. Segundo pesquisadores

do Instituto Virtual Internacional de Mudanças Globais, ligado à Coppe/UFRJ, a recuperação do meio ambiente será lenta e cara e estimam um prazo superior à uma década, tendo em vista que alguns efeitos só poderão ser percebidos depois de um certo tempo²¹⁴.

Os especialistas alertam ainda que eventos como este carecem de um planejamento criterioso e urgente, no entanto, mesmo após duas semanas de rebentação da barragem, as medidas adotadas eram de caráter exclusivamente emergencial. Ações direcionadas a médio e longo prazo estavam sendo projetadas em meio à movimentações de resgate de vítimas e de uma conturbada acomodação dos desabrigados e atingidos pela lama.

Em um balanço geral, a ruptura de Fundão ocasionou dezenove mortes humanas, mas milhares de moradores ficaram desalojados, desabastecidos de água e sem perspectiva de retomada do trabalho. Apenas um mês após a tragédia, foram retiradas onze toneladas de peixes mortos do Rio Doce. Hoje, três anos depois, a construção das casas onde essas pessoas serão assentadas sequer começou²¹⁵ e a Samarco não pagou nem dez por cento (10%) das multas devidas.

A mineradora foi responsabilizada administrativamente pelo desastre com multas aplicadas por órgãos ambientais das três esferas de governo que totalizam um valor de seiscentos e dez milhões de reais. A companhia foi multada cinquenta e seis vezes pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e pela Secretaria do Meio Ambiente de Minas Gerais e pagou apenas uma pequena parte de uma delas, o que equivale a 5,6% do valor total devido.

O IBAMA já notificou a Samarco setenta e três vezes, mas a mesma ainda não arcou com valor algum. Segundo o órgão ambiental, ela busca afastar ou pelo menos diminuir a sua responsabilidade no acidente junto ao Poder Judiciário. A tragédia motivou também vários processos judiciais, como por exemplo, a ação civil pública ajuizada pelo governo federal

214 Essa estima foi aferida em reportagem do Jornal O Globo: <<https://oglobo.globo.com/brasil/acidente-em-mariana-o-maior-da-historia-com-barragens-de-rejeitos-18067899>> acesso em 175 de fevereiro de 2018.

215 Este dado foi aferido por reportagem do portal G1 <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/25/ha-3-anos-rompimento-de-barragem-de-mariana-causou-maior-desastre-ambiental-do-pais-e-matou-19-pessoas.ghtml>> acesso em 18 de fevereiro de 2019.

e pelos estados de Minas e Espírito Santo, em que pleiteiam uma indenização de mais de vinte bilhões de reais.

Em maio de 2016, o *parquet* ingressou com uma demanda por dano moral coletivo correspondente à quantia de cento e cinquenta e cinco bilhões de reais. Em junho de 2018, a Samarco, suas controladoras (Vale e BHP), e os órgãos federais e estaduais de Minas Gerais e do Espírito Santo do Ministério Público, Defensorias e advocacias públicas firmaram um termo de ajustamento de conduta que extinguiu a ação civil pública e suspendeu a de dano moral coletivo²¹⁶.

Até o momento, nenhum executivo da mineradora ou da empresa responsável por atestar a estabilidade da barragem que colapsou foi preso ou sequer responsabilizado criminalmente. A Samarco criou uma fundação privada sem fins lucrativos intitulada Renova, especialmente para reparar os danos decorrentes do rompimento de Fundão e condicionou a liberação da ajuda à desistência das demandas judiciais. O próprio Poder Executivo federal tinha interesse na criação dessa entidade em razão da continuidade das atividades da empresa após a sua responsabilização.

Essas dissonâncias causam uma grande indignação da população local, que ainda atordoada com os fatos e suas consequências, pouco participou ou opinou na elaboração do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC²¹⁷ que lhes afeta diretamente. Um acordo final de indenização para as famílias foi homologado apenas em outubro de 2018 pela 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Mariana. Ele estabeleceu as regras de pagamento e encerrou os processos. As compensações serão individualizadas e levarão em consideração as especificidades de

216 Essas informações sobre indenizações e ações judiciais foram apuradas pelo Jornal Folha de São Paulo <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/tragedia-em-mariana-ainda-nao-tem-culpados-e-samarco-nao-pagou-multas.shtml>> acesso em 18 de fevereiro de 2019.

217 Esse TAC ficou conhecido como “acordão” e em seu terceiro considerando aponta que o instrumento visa por fim ao litígio por ato voluntário das partes, reconhecendo que a autocomposição é a forma mais célere e efetiva para resolução da controvérsia. O rompimento da barragem de Fundão foi definido como um evento e o termo foi assinado com o objetivo de mitigar, remediar, reparar, inclusive indenizar, e nos casos que não houver possibilidade de reparação, compensar os impactos nos âmbitos socioambiental e socioeconômico” (CARVALHO; ALMEIDA, 2018, p. 986).

cada caso e o dano informado no cadastro dos atingidos (cerca de três mil indivíduos)²¹⁸.

O ajuste permite, portanto, que cada pessoa afetada negocie diretamente com a Fundação Renova a sua proposta de reparação (programa de indenização mediada – PIM). Os moldes em que essa negociação ocorrerá não foi bem esclarecido. O grande perigo é que as pessoas estão em situação de grave vulnerabilidade e precisam o quanto antes da liberação dessa verba. Desse modo, o princípio da igualdade que deve embasar a relação entre os negociantes fica enfraquecido e gera bastante apreensão.

Dois pesquisadores do programa de desenvolvimento rural e sociologia da Universidade federal do Rio Grande do Sul que participaram de audiências conduzidas pela Renova, pelo MP e por outras entidades de apoio aos atingidos relatam que observaram muita confusão e atraso nessas tratativas. Segundo eles, as formas alternativas de resolução de conflitos foram apropriadas de maneira a provocar a despolitização do debate e constataram que as medidas adotadas até então tiveram um caráter burocrático e demorado, ao contrário da proposta dos meios adequados de solução de disputas, que prezam pela celeridade, eficácia e diálogo entre as partes (CARVALHO; ALMEIDA, ob. cit., p. 987).

Para uma noção mais concreta, um dado que chama atenção é o de que após efetuado o cadastramento do atingido, a Samarco tem até três meses para apresentar uma proposta de indenização para o solicitante; e mais o lapso de um ano para concluir as negociações extrajudiciais, que pode ser prorrogado por igual período se esta for a vontade do requerente. Os prazos são extremamente extensos se considerado o contexto de fragilidade em que vivem as pessoas que perderam parentes e boa parte ou a totalidade dos seus bens materiais neste acidente.

Alguns estudiosos ressaltam que o consenso e a harmonia buscada por esses métodos extrajudiciais de tratamento de controvérsias nem sempre produzem resultados produtivos. Eles podem ser um subterfúgio para que o conflito seja escamoteado e resulte em injustiças e manutenção de desigualdades. Esses mecanismos, se deturpados, como aparentemente ocor-

218 A homologação do acordo foi noticiada pela 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Mariana em 2 de outubro de 2018: < <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2018/10/02/acordo-de-indenizacao-final-para-atingidos-de-mariana-e-fechado-apos-quase-3-anos-do-desastre-diz-mp-mg.ghtml> > acesso em 18 de fevereiro de 2019.

reu em Mariana, perdem a sua finalidade e provocam impactos sociais muito perigosos e, por isso, é preciso que a sociedade e os órgãos responsáveis estejam atentos a qualquer tentativa de desvio (Ibid, p. 990).

O “acordão” sofreu algumas alterações em agosto de 2018 visando a correção dessas deficiências e para estabelecer um novo pacto negocial entre os envolvidos. Entretanto, no entender de Marcos Cristiano Zucarelli (2016, p. 324), acadêmico que acompanha o desastre desde o início reforçou que não obstante esses esforços, os responsáveis pelo ocorrido permanecem atuando no sentido de favorecer a flexibilização dos direitos fundamentais dos atingidos.

Portanto, conforme esses apontamentos, as formas consensuais agravaram a disparidade existente entre as partes no caso de Mariana ao invés de proporcionarem uma voz mais ativa da população afetada e a concretização mais rápida dos pleitos formulados. Uma reflexão importante precisa ser feita neste momento: os cidadãos abalados pela tragédia enfrentam o dilema de que por um lado, o Judiciário é lento e não atende com a urgência necessária a indenização de vítimas de acidentes dessa proporção e por outro, a manipulação dos meios alternativos de resolução de conflitos como instrumentos de protelação de ações judiciais e de agravamento de injustiças.

O empoderamento e a autonomia da vontade estão comprometidos e não garantem um procedimento paritário para todos os envolvidos na disputa. E como a solução não é construída conjuntamente, mas tende a ser aceita em decorrência das circunstâncias desfavoráveis que pesam para um dos lados, as posições ficam ainda mais acirradas entre a Samarco, o governo e os cidadãos; e o desconforto e a insatisfação dos prejudicados pela atividade da mineradora perpetuam (FANECO; SOARES, 2016, p. 68).

O CASO DA TRAGÉDIA DE BRUMADINHO

O acidente em Brumadinho ocorreu no dia 25 de janeiro de 2019 e é a maior tragédia humana provocada por rompimento de barragens das últimas décadas, superando inclusive a de *Mount Polly*, em *British Columbia*, no Canadá em 2014²¹⁹. De acordo com o sistema de classificação das Na-

219 Isto foi noticiado pelo portal da BBC Brasil <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47034499>> acesso em 19 de fevereiro de 2019.

ções Unidas, este é considerado como um incidente de alta gravidade que espalhou mais de doze milhões de metros cúbicos de rejeitos por mais de quarenta e seis quilômetros. O número confirmado é de duzentos e dezessete mortes e oitenta e sete desaparecidos (dados até março de 2019)²²⁰.

Além da questão humanitária, os resíduos de minério de ferro soterraram casas, pousadas, além de outros tipos de estabelecimentos e chegou ao rio Paraopeba, um dos afluentes do São Francisco. Os danos ambientais são equiparáveis à devastação provocada pela Samarco, em Mariana, apenas três anos antes. As perdas em todos os sentidos são incalculáveis.

Mesmo passados meses do ocorrido, o diálogo entre a Vale S.A, responsável pela barragem de Córrego do Feijão e os atingidos, é marcado por grande tensão. No final de janeiro, o diretor financeiro da mineradora, Luciano Siani, anunciou que a mesma faria doações de cem mil reais para parentes de vítimas e desaparecidos, cinquenta mil para pessoas desabrigadas e quinze mil para trabalhadores que tinham atividade produtiva na zona de autossalvamento²²¹.

Entretanto, a Vale negou pedidos de auxílios de quatrocentas pessoas presentes em assembleia no parque da cachoeira²²². A demanda coletiva teve como pleito um pedido de compensação por dívidas decorrentes de financiamentos das plantações destruídas pela lama e o pagamento de valores mensais (que variam de acordo com a idade) para cada membro das famílias afetadas em suas lavouras.

No dia 8 de fevereiro, o Ministério Público de Minas Gerais intimou²²³ a empresa a realizar um depósito judicial no montante de aproxi-

220 Os dados foram veiculados em < <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/03/29/brumadinho-sobe-para-217-o-numero-de-mortos-identificados-em-tragedia-da-vale.ghtml>> acesso em 31 de março de 2019.

221 O anúncio foi divulgado no Jornal Valor Econômico: < <https://www.valor.com.br/empresas/6092655/vale-vai-donar-r-100-mil-para-cada-familia-de-vitimas-em-brumadinho>> acesso em 31 de março de 2019.

222 Notícia disponível em < <https://www.brasildefato.com.br/2019/02/11/dialogo-entre-vale-e-atingidos-e-marcado-por-tensao-cifra-de-mortes-chega-a-165/>> acesso em 19 de fevereiro de 2019.

223 Essa intimação consta no portal da empresa Vale <<http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/vale-atualiza-sobre-bloqueios-de-recursos-e-depositos-judiciais.aspx>> acesso em 19 de fevereiro de 2019.

madamente sete bilhões e meio de reais como forma de garantir a devida indenização às vítimas. Paralelamente, o Ibama e o governo estadual já aplicaram multas administrativas correspondentes à duzentos e cinquenta milhões de reais.

No dia 18 do mesmo mês, a companhia anunciou que reitera seu compromisso de busca por uma solução consensual para compensação dos atingidos com a advocacia pública, Ministério Público e Defensoria tanto a nível federal quanto estadual e que visa equacionar de forma célere as questões emergenciais decorrentes do rompimento da barragem I da mina Córrego do Feijão. A Vale ratificou o termo de acordo preliminar (TAP)²²⁴ mas o atual momento (20 de março) ainda é de cadastramento e nenhuma quantia foi liberada.

224 A Vale disponibilizou em seu site as medidas que estão sendo discutidas neste TAP:

- Pagamento extraordinário para as pessoas que residiam ou possuíam atividade produtiva na Zona de Autossalvamento da barragem, bem como nas comunidades de Córrego do Feijão e Parque da Cachoeira. Esse pagamento contempla as parcelas cumulativas de R\$ 5.000,00 por núcleo familiar, a serem pagos em parcela única; R\$ 12.000,00 por adulto, em 12 parcelas mensais; R\$ 3.600,00 por dependente residente no mesmo endereço, também em 12 parcelas mensais; e, ainda, uma cesta básica do DIEESE por núcleo familiar, mensalmente, por 12 meses; tudo sem prejuízo ou compensação com as indenizações futuras, a serem avaliadas individualmente.

- Reembolso ou custeio direto das despesas extraordinárias do Estado de Minas Gerais, seus órgãos de atuação direta e sua administração indireta, inclusive mediante o custeio das despesas de transporte, alojamento e alimentação dos servidores envolvidos nos trabalhos de resgate e demais ações emergenciais.

- Ratificação das diversas obrigações já assumidas pela Vale perante as autoridades públicas e junto às comunidades atingidas, tais como a disponibilização de moradia, assistência social e psicológica; o fornecimento de água para consumo humano e animal, além de atividades agrícolas; o resgate e amparo de animais; dentre outros compromissos.

- Continuidade das medidas emergenciais em curso para a mitigação e reparação dos danos ambientais decorrentes do rompimento, com a contenção e posterior manejo dos rejeitos, a supervisão das estruturas remanescentes da Mina Córrego do Feijão e o contínuo monitoramento da qualidade da água.

A proposta reforça o compromisso da Vale com a reparação dos danos decorrentes do rompimento da Barragem I. A empresa manterá todos os esforços para que essa reparação ocorra de forma célere, isonômica e correta.

As informações encontram-se disponíveis em < <http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/vale-ratifica-proposta-de-acordo-para-atingidos-em-brumadinho.aspx>> acesso em 19 de fevereiro de 2019.

Com relação às questões trabalhistas, os parentes de trabalhadores mortos, assim como funcionários e terceirizados da mineradora decidiram não aceitar o acordo proposto pela Vale. A recusa foi formalizada por meio do Ministério Público do Trabalho, cujo procurador responsável afirmou que mesmo aqueles colaboradores que sobreviveram também são considerados vítimas e em razão da situação traumática pela qual passaram, não têm condições de retornar ao trabalho. O MPT deverá exigir ainda que os empregados não sejam transferidos por um determinado período (salvo escolha pessoal em sentido contrário) e que não voltem às atividades se não tiverem condições psicológicas para tanto.

No dia 20 de fevereiro, a Vale firmou um compromisso com o Ministério Público Estadual de Minas, o MP Federal, Defensorias e as advocacias do estado e da União que prevê a antecipação a título de indenização de um salário mínimo por adulto; meio salário por adolescente e um quarto de salário mínimo por criança. A ideia é que durante um período de um ano, os indivíduos que perderam seus familiares tenham algum sustento enquanto é apurado o “grau real do dano sofrido individualmente”, segundo o diretor jurídico, Alexandre D’Ambrósio²²⁵. Tão logo o cadastramento seja completado, as pessoas começarão a receber os valores correspondentes. Aqueles que já tenham uma estimativa do prejuízo sofrido poderão realizar tratativas diretas com a empresa desde que estejam devidamente assistidas pelos defensores ou advogados privados.

Este episódio dramático de Brumadinho é mais um caso em que as vias consensuais são utilizadas de maneira distorcida. Novamente, a igualdade entre os conflitantes está comprometida e isso provoca fortes rejeições da parte mais fraca, que tem a percepção que a empresa (lado mais “forte”) está tentando forçar a aceitação da sua proposta. Em razão disso, eles recusam qualquer proposição que não contemple, integralmente, aos seus interesses.

Diversos especialistas já se manifestaram recomendando a mediação para sair deste impasse, no entanto, são muitas as desconfianças em relação à mineradora, sobretudo se considerado o histórico negativo de Mariana de compensação às vítimas. Especialmente em casos de grandes tragédias

225 Este comunicado está disponível no site da Vale: <<http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/diretor-juridico-da-vale-explica-acordo-para-pagamento-a-moradores-de-brumadinho-e-regiao.aspx>> acesso em 10 de março de 2019.

que envolvem perda de entes queridos com dano patrimonial parcial ou total, a comunicação fica bastante avariada e improdutiva e é preciso avaliar meticulosamente qual abordagem pode causar a maior sensibilização dos envolvidos.

O DESAFIO DE ALCANÇAR UM ENTENDIMENTO CONSENSUAL DEPOIS DE UMA TRAGÉDIA

Em graves situações como as de Mariana e de Brumadinho, que têm indícios em falhas de engenharia e na negligência em adoção de medidas de prevenção, as empresas têm o enorme desafio de se posicionarem adequadamente frente à população diretamente afetada e à toda a sociedade, que cobra urgência na tomada de providências que contenham o dano ambiental, social e humano de acidentes como esses. Este é o primeiro passo antes de qualquer tentativa de negociação sobre valores ou eventuais ações a serem tomadas.

Nesse sentido, o planejamento é uma fragilidade a ser remediada. Ambos os episódios expuseram o despreparo da Samarco e da Vale em lidar com situações extremas em caráter de emergência. As pessoas ficaram totalmente desorientadas e desassistidas nos primeiros momentos após o rompimento, contando apenas com as informações²²⁶ sobre os resgates de sobreviventes e falecidos fornecidos pela Defesa Civil e pelos órgãos de Polícia do estado. Essas empresas que lidam com empreendimentos que oferecem perigos desta monta devem se preparar melhor, o que inclui treinamento e esclarecimentos de eventuais problemas aos moradores da região para uma evacuação rápida e com segurança e a preparação de locais aptos a receberem essa população.

Este plano deve ser organizado conjuntamente com as autoridades públicas locais mas sua execução deve ser de inteiro custeio e responsabilidade das organizações e, no caso, das mineradoras, tendo em vista que integra o risco de negócio. Esta inclusive deveria ser uma condição primária para que qualquer atividade desta categoria pudesse ser construída e instalada. Nos dois acidentes ficou bastante claro como os habitantes não

226 Essa desassistência causou muita agonia por parte dos familiares desesperados por notícias <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47017332>> acesso em 21 de fevereiro de 2019.

sabiam como e para onde fugirem em caso de rompimento das barragens de rejeitos. Essa falta de planejamento expõe ainda em maior grau o objetivo de lucro a todo custo e macula a confiabilidade nas empresas.

Nas duas situações, as companhias responsáveis pelas barragens manifestaram um pedido de desculpas pouco convincente²²⁷. O reconhecimento de que erros deste tipo são inadmissíveis em um tom claro e contundente é um gesto inicial que costuma ser mal avaliado pelos gestores dessas corporações. Em geral, essa atitude demora a acontecer ou vem desacompanhada de uma manifestação firme da sociedade empresária. A consequência é uma repulsa ainda maior não só de todos os afetados como também pelos cidadãos em geral.

Dessa maneira, a empresa fica com sua imagem associada à uma ideia de busca pelo lucro ao custo inclusive de vidas humanas, além de uma reputação denegrida pela incapacidade de gerir o negócio atenta à diligências preventivas. Este é um cenário que causa um desgaste enorme na imagem das empresas envolvidas e dificulta sobremaneira uma autocomposição de interesses e necessidades.

Outro ponto importante é o cuidado com a relação de confiança que, nos fatos em análise, também foi rompida junto com as barragens. A necessidade de reconstrução dessa ligação faz com que tanto a Samarco quanto a Vale devam zelar por cumprir exatamente aquilo que prometem de maneira rápida e apontando resultados efetivos. Em situações como essas, os discursos promissores têm que ceder espaço à ações concretas, que por sua vez, devem ser acompanhadas da divulgação dos resultados. Assim, por exemplo, se decidem liberar uma quantia às famílias que perderam algum(ns) dos seus membros, isso deve ser feito em um tempo quase imediato. O intervalo entre o anúncio do ato e a concretização do mesmo precisa ser ínfimo e o que foi feito deve ser divulgado ao público interessado.

Para um entendimento consensual nessas situações, alguns especialistas²²⁸ vêm sugerindo o uso da mediação, levando em consideração a

227 O pedido de desculpas no caso de Mariana foi seguido de uma desastrosa afirmação do diretor de operações e infraestrutura: <<https://www.otempo.com.br/cidades/diretor-presidente-da-samarco-pede-desculpas-por-tragédia-em-mariana-1.1175796>> acesso em 20 de fevereiro de 2019.

228 Um deles foi o professor Carlos Portugal Gouvêa, em entrevista ao portal do jornal Estadão: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-que-podemos-fazer>

necessidade de reconstruir a comunicação entre a empresa e os atingidos e a enormidade de sentimentos, emoções e interesses que precisam ser trabalhados em tais circunstâncias. Os profissionais que irão atuar como facilitadores do diálogo devem ter em conta a importância da pré-mediação ou sessão informativa. É fundamental que os participantes conheçam bem sobre o procedimento para que se sintam seguros em aderir ao mesmo e a estarem frente a frente com os representantes das empresas.

Nesta etapa, o mediador deve ressaltar, entre outros aspectos, que este método é como ponto de partida, restaurativo e que afasta a atribuição de culpa, que só paralisa e não permite avanços. O terceiro imparcial auxilia no desenvolvimento de capacidades e habilidades das partes para que assumam suas responsabilidades na construção e implementação do próprio futuro. Um dos objetivos centrais do trabalho do mediador é fazer com que os indivíduos saiam do lugar de vítimas para assumirem o protagonismo das suas relações.

Outro ponto de atenção especial é a paridade entre os envolvidos. O poderio econômico de uma empresa não pode constranger os mediandos a aceitarem um acordo, ainda que provisório, que não os satisfaça para encerrarem a questão. O mediador deve garantir que as partes estejam suficientemente empoderadas e devidamente assessoradas para tomarem sua decisão, seja ela em prol ou contra um desfecho por composição.

As autoridades públicas, representadas pelos órgãos de Defensoria e Ministério Público exercem esse papel fundamental de assessoramento no que tange aos aspectos jurídicos da questão e da proteção dos direitos fundamentais, sociais e ambientais que estão em jogo. O respaldo por parte dessas entidades estatais é determinante para que os cidadãos não sejam manipulados ou coagidos a formalizarem um termo desfavorável. Nessas hipóteses, também é recomendável a homologação do ajuste pelo Poder Judiciário de maneira a impor maior segurança no seu integral cumprimento.

Em tais situações de conflito de grande complexidade, os acordos parciais tendem a ser a melhor opção a ser construída. Isso porque é comum que certas questões permaneçam intocáveis e, conseqüentemente, inegociáveis, por um maior período. Com o transcorrer do tempo, esses

-para-evitar-novas-tragedias-como-as-de-brumadinho/> acesso em 21 de fevereiro de 2019.

pontos podem se tornar mais maleáveis de forma que as partes consigam transacioná-los de maneira mais equilibrada.

Uma importante previsão que deve constar nesses pactos é a possibilidade de que sejam adaptados às circunstâncias conforme as necessidades forem sendo alteradas. Nos casos de Mariana e Brumadinho, é natural que os pleitos dos seus moradores e dos arredores afetados se modifiquem, insuficiências sejam supridas e novas dificuldades apareçam à medida que o dano e suas consequências forem sendo revelados. A verificação desses acordos pelas autoridades responsáveis e partes acordantes precisa ser constante. O ideal é que os órgãos estatais que participaram das negociações formem uma equipe permanente que acompanhe a evolução e proponham revisões, quando apurado cabível.

CONCLUSÃO

A mediação vem sendo recomendada por profissionais de diversas áreas, incluindo os do Direito, para acelerar o recebimento das indenizações dos parentes das vítimas e dos moradores dos locais afetados pelas tragédias de Mariana e Brumadinho. No entanto, é preciso muita cautela e atenção para que o método se desenvolva da melhor maneira possível e não se transforme em mais um modo burocrático de postergar medidas que necessitam ser tomadas. A partir das observações de pesquisadores que acompanharam os procedimentos e dos relatos das partes foi possível verificar uma série de problemas na realização dos mesmos que precisam ser corrigidos para soluções mais satisfatórias.

Um ponto que demanda atenção é a informação às partes sobre em que consiste a mediação, a sua proposta e a forma como será conduzida pelo(s) mediador(es). Este informe geralmente ocorre na fase de pré-mediação e tem por objetivo um esclarecimento completo sobre o procedimento para que todos se sintam seguros em participar. Um dos aspectos que deve ser abordado é a corresponsabilidade dos envolvidos na construção de um caminho para o futuro que precisa deixar para trás a atribuição de culpas. Uma explicação bem feita é fundamental para despertar a confiança no trabalho que será desenvolvido pelo(s) facilitador(es).

Um dos maiores desafios consiste no estabelecimento de uma real paridade entre os participantes. Em especial nesses casos de graves catástrofes,

é comum que um dos lados esteja vulnerável pela perda dos familiares e de bens patrimoniais e, por isso, pode se sentir pressionado a aceitar o que é proposto pela outra parte, que nem sempre é razoável. Para evitar este tipo de situação, é preciso que os órgãos de Defensoria e Ministério Público participem ativamente das sessões e auxiliem no que for necessário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACORDO assinado nesta sexta impede a prescrição de direitos das vítimas da tragédia de Mariana. Portal G1, Belo Horizonte, 26 de out. de 2018. Disponível em < <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2018/10/26/acordo-assinado-nesta-sexta-impede-prescricao-de-direitos-das-vitimas-da-tragedia-de-mariana.ghtml>> acesso em 18 de fevereiro de 2019.

AMÂNCIO, Thiago. Tragédia em Mariana ainda não tem culpados e Samarco não pagou multas. Jornal Folha de São Paulo, São Paulo, 29 de jan. de 2019. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/tragedia-em-mariana-ainda-nao-tem-culpados-e-samarco-nao-pagou-multas.shtml>> acesso em 18 de fevereiro de 2019.

AZEVEDO, Ana Lucia. Acidente em Mariana é o maior da História com barragens de rejeitos. Jornal O Globo, São Paulo, 17 de nov. 2015. Disponível em < <https://oglobo.globo.com/brasil/acidente-em-mariana-o-maior-da-historia-com-barragens-de-rejeitos-18067899>> acesso em 15 de fevereiro de 2019.

BARBOSA, Bernardo. Parentes de vítimas em Brumadinho decidem recusar proposta da Vale. Folha de São Paulo, São Paulo, 14 de fev. 2019. Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/02/parentes-de-vitimas-em-brumadinho-decidem-recusar-proposta-da-vale.shtml>> acesso em 20 de fevereiro de 2019.

CARVALHO, Natan ferreira de; ALMEIDA, Jalcione. Sentidos de justiça e mediação de conflito ambiental: o caso do rompimento da barragem de Fundão, Mariana/MG, Brasil. Brazilian Applied Science Review, Curitiba, v.2, n.3, pp. 982-998, jul/set 2018.

CRISTINI, Flávia. Acordo de indenização final para atingidos em Mariana é fechado após quase 3 anos do desastre, diz MP-MG. Portal G1, Belo Horizonte, 2 de out. de 2018. Disponível em < <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2018/10/02/acordo-de-indenizacao-final-para-atingidos-de-mariana-e-fechado-apos-quase-3-anos-do-desastre-diz-mp-mg.ghtml> > acesso em 18 de fevereiro de 2019.

DIRETOR Jurídico da Vale explica acordo para pagamento a moradores de Brumadinho e região. Disponível em <<http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/diretor-juridico-da-vale-explica-acordo-para-pagamento-a-moradores-de-brumadinho-e-regiao.aspx>> acesso em 10 de março de 2019.

FANECO, Lúvia carvalho da Silva; SOARES, Larissa Barbosa Nicolosi. Mediação e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor: proposta de estudo do caso Mariana. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, Brasília, v.2, n.1, pp. 60-80, jan-jun 2016.

GOUVÊA, Carlos Portugal. O que podemos fazer para evitar novas tragédias como as de Brumadinho? Portal Estadão, São Paulo, 27 jan. 2019. Disponível em < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-que-podemos-fazer-para-evitar-novas-tragedias-como-as-de-brumadinho/> > acesso em 21 de fevereiro de 2019.

HERMANSON, Marcos. Diálogo entre Vale e atingidos é marcado por tensão; número de mortos chega a 165. Portal Brasil de Fato, São Paulo, 11 de fev. 2019. Disponível em < <https://www.brasildefato.com.br/2019/02/11/dialogo-entre-vale-e-atingidos-e-marcado-por-tensao-cifra-de-mortes-chega-a-165/> > acesso em 19 de fevereiro de 2019.

LAMEIRA, Gustavo. Diretor-Presidente da Samarco pede desculpas por tragédia em Mariana. Portal O Tempo, Minas Gerais, 23 nov. 2015. Disponível em <<https://www.otempo.com.br/cidades/diretor-presidente-da-samarco-pede-desculpas-por-tragedia-em-mariana-1.1175796>> acesso em 20 de fevereiro de 2019.

PASSARINHO, Nathalia. Tragédia com barragem da Vale em Brumadinho pode ser a maior do mundo em três décadas. Portal da BBC News Brasil, Londres, 29 de jan. 2019. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47034499>> acesso em 19 de fevereiro de 2019.

POLITO, Rodrigo; RAMALHO, André. Vale vai doar R\$100 mil para cada família de vítimas em Brumadinho. Jornal Valor Econômico, Rio de Janeiro, 28 jan. 2019. Disponível < <https://www.valor.com.br/empresas/6092655/vale-vai-doar-r-100-mil-para-cada-familia-de-vitimas-em-brumadinho>> acesso em 31 de março de 2019.

ROSSI, Amanda. Brumadinho: famílias de funcionários da Vale desaparecidos vivem agonia com falta de notícias. Portal BBC News Brasil, Brumadinho, 26 jan. 2019. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47017332>> acesso em 21 de fevereiro de 2019.

VALE atualiza sobre bloqueios de recursos e depósitos judiciais. Portal Vale, 8 de fevereiro de 2019. Disponível em < <http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/vale-atualiza-sobre-bloqueios-de-recursos-e-depositos-judiciais.aspx>> acesso em 19 de fevereiro de 2019.

VALE ratifica proposta de acordo para atingidos em Brumadinho. Portal Vale, 18 de fevereiro de 2019. Disponível em < <http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/vale-ratifica-proposta-de-acordo-para-atingidos-em-brumadinho.aspx>> acesso em 19 de fevereiro de 2019.

ZUCARELLI, M. C. Efeitos institucionais e políticos dos processos de mediação de conflitos. In: MILANEZ, B.; LOSEKANN, C. (Org.). Desastre no vale do rio Doce: antecedentes, impactos e ações sobre a destruição. Rio de Janeiro: Folio Digital, Letra e Imagem, 2016.

A INCLUSÃO SOCIAL NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: EXPERIÊNCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Fernanda Bragança

Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança

INTRODUÇÃO

A estrutura administrativa dos Tribunais, desde 2010, passou a contar com os núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos – os NUPEMECs. De acordo com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, eles são responsáveis pelo desenvolvimento da Política Judiciária Nacional nos estados, atuando no seu planejamento, manutenção e aperfeiçoamento; e pela interlocução com entidades públicas e privadas, como as subseções da Ordem dos Advogados do Brasil e as universidades. Cada NUPEMEC tem a incumbência de instalar e fiscalizar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). Estes são unidades do Poder Judiciário às quais compete, preferencialmente, a realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como o atendimento e orientação aos cidadãos.

O NUPEMEC do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro conta atualmente, com trinta e um CEJUSCs, distribuídos por diversas regiões do estado. A casa da família do Fórum da Leopoldina, por exemplo, já realizou em 2018 mais de mil audiências de mediação. Entretanto, em maior escala, esses números ainda são pouco expressivos. O Relatório

Justiça em Números 2018 do CNJ aponta para um índice de conciliação de 13, 8% no 1º grau. No TJRJ, esse percentual ficou ainda mais baixo, em apenas 11%.

Não obstante esses resultados, a mediação vem conquistando um espaço importante nos CEJUSCs e nas Câmaras privadas. Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as audiências de mediação e conciliação constituem etapa obrigatória do trâmite processual, só podendo ser dispensadas com pedido expresse das partes. Com isso, os jurisdicionados passaram a ter maior contato com esses meios alternativos e uma quantidade mais expressiva de casos passou a ser resolvida através desses métodos.

A mediação é uma forma autocompositiva de resolução de conflitos em que as próprias pessoas envolvidas são as responsáveis por formularem as propostas e solucionarem a controvérsia. A disputa é equacionada com a ajuda de um terceiro facilitador, que é o mediador, cujo trabalho consiste na (re)abertura de um canal de diálogo para que os mediandos possam discutir o problema. A mediação, portanto, é pautada na conversa e na ampla interação entre as partes. O objetivo é resolver as questões de uma forma mais humanizada.

O procedimento prioriza, então, a comunicação oral entre os envolvidos. Mas como pode ser eficaz se ocorrer de um dos mediados, por exemplo, apresentar algum tipo de deficiência na fala ou auditiva? O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com vistas a conferir maior acessibilidade a esses indivíduos, passou, a partir de julho de 2018, a utilizar intérprete de Libras para permitir a tradução da língua brasileira de sinais para os mediadores e juízes. A primeira experiência se deu no CEJUSC da Leopoldina e foi acompanhada por representantes do Instituto Nacional da Educação de Surdos. A assessora da direção da entidade enalteceu a iniciativa e o mediado ressaltou que pode participar ativamente e foi efetivamente ouvido. O objetivo deste artigo é justamente analisar medidas como esta direcionadas à promoção da inclusão social na mediação.

A metodologia do artigo consistiu em um levantamento bibliográfico sobre essa matéria com base em notícias divulgadas no âmbito de portais eletrônicos dos Tribunais e em outros veículos, bem como em artigos e outras publicações sobre o assunto. O estudo foi dividido nas seguintes partes: a primeira trata da estrutura administrativa das Cortes de justiça a

partir da resolução nº 125 do CNJ, quando passaram a ter que criar os respectivos nupemecs e cejuscs. A finalidade é mostrar onde se enquadram esses órgãos no aparelho judicial e como se dá o seu funcionamento. Em seguida, passa-se à análise crítica das estatísticas da mediação em nível nacional e estadual a partir dos dados fornecidos pelo CNJ e pelo TJRJ. E finalmente, passa-se à verificação da importância da adoção de iniciativas que promovam a inclusão social na mediação, como a do CEJUSC da Leopoldina, que contratou tradutor da língua de sinais para interação daqueles que possuam dificuldade auditiva ou na fala com os mediadores e juízes. São atitudes como esta que contribuem para sensibilização e incentivo à prática da mediação.

A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA A PARTIR DA RESOLUÇÃO N.º. 125 DE 2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Resolução nº. 125 de 2010 do CNJ dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, cujo principal objetivo é assegurar a todos o direito à solução de suas disputas por meios adequados à sua natureza e peculiaridade (art. 1º). Nesse sentido, compete ao CNJ a organização de programa com vistas a promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação (art. 4º).

Este diploma normativo também estabelece que é atribuição dos Tribunais a criação de núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos, os NUPEMECs, que são responsáveis pelas seguintes incumbências: desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado de disputas de interesses; planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da mesma e de suas metas; fazer a interlocução com outros tribunais e com órgãos integrantes da rede; instalar os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, também conhecidos como CEJUSCs; incentivar e promover capacitação e atualização permanente dos servidores nesses métodos consensuais; propor a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados; criar cadastro de mediadores e conciliadores de forma a regulamentar o processo de inscrição e

desligamento; regulamentar, se for o caso, a remuneração desses profissionais (art. 7º).

Os CEJUSCs, por sua vez, são unidades do Poder Judiciário preferencialmente responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo dos mediadores e conciliadores, bem como pelo atendimento e orientação dos cidadãos. Os procedimentos pré-processuais deverão ser necessariamente realizados nesses espaços, enquanto que os judiciais, excepcionalmente, poderão ocorrer nos próprios juízos, juizados ou varas designadas (art. 8º e §1º). As unidades dos CEJUSCs são divididas em setores: pré-processual, processual e de cidadania (art. 10) e nelas poderão atuar promotores e defensores públicos, procuradores e advogados (art. 11).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro instalou o NUPEMEC através da resolução nº. 23 de 2011²²⁹ do seu órgão especial. É um núcleo permanente não-jurisdicional de assessoria à Presidência do TJRJ e tem sua sede na comarca da capital. É sua incumbência propor ao presidente da Corte a instalação e normatização dos CEJUSCs, que concentrarão as sessões de procedimentos consensuais. Devem também auxiliar na criação, coleta e manutenção dos dados estatísticos a eles relacionados.

Atualmente, são trinta e um CEJUSCs instalados no estado nas seguintes localidades²³⁰: Armação de Búzios, Bangu, Barra da Tijuca, Barra Mansa, Belford Roxo, Cabo Frio, Campo Grande, Campos dos Goytacazes, capital, Cordeiro Macuco, Duque de Caxias, Ilha do Governador, Itaipava, Jacarepaguá, Leblon, Leopoldina, Macaé, Madureira, Méier, Niterói, Niterói - Região Oceânica, Nova Friburgo, Nova Iguaçu, Pavuna, Petrópolis, Santa Cruz, São Gonçalo, São João do Meriti, Saquarema, Valença e Volta Redonda.

Ainda que uma das funções desses centros seja a elaboração e concentração das estatísticas das mediações e conciliações realizadas, no âmbito do portal eletrônico do TJRJ essas informações não estão disponíveis.

229 Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/normatizacao/normatizacao>> acesso em 23 de agosto de 2018.

230 O endereço dos CEJUSCs pode ser encontrado na página do Tribunal de Justiça na internet: < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/cejusc/lista-centros-mediacao>> acesso em 23 de agosto de 2018.

Logo, o acompanhamento do uso dessas formas alternativas²³¹ se torna muito difícil. Mas esta não é uma crítica direcionada apenas à Corte de Justiça estadual do Rio de Janeiro. Problemas similares também podem ser observados em relação ao Relatório Justiça em Números, consolidado pelo CNJ, conforme será analisado a seguir.

ANÁLISE CRÍTICA DO ÍNDICE DE CONCILIAÇÃO DO RELATÓRIO JUSTIÇA EM NÚMEROS

O Relatório Justiça em Números é um documento elaborado desde 2004 e reúne as principais estatísticas oficiais do Poder Judiciário. Ele retrata a realidade da litigiosidade brasileira através de indicadores formados a partir de dados colhidos em todos os tribunais da federação. A importância desse tipo de compilação se impõe para uma gestão responsável do aparelho judicial e para definição de metas com vistas a ampliar sua eficiência.

Em 2016, pela primeira vez, o CNJ²³² contabilizou o número de processos resolvidos por meio de acordo, fruto de mediações e conciliações, ao longo do ano de 2015²³³, em toda a Justiça brasileira. O índice de conciliação foi então incluído na 12ª edição do Relatório Justiça em Números e é o indicador que computa o percentual de decisões e sentenças homologatórias de acordo em relação ao total de decisões terminativas e de sentenças. O novo dado possibilita que o país tenha uma ideia da contribuição, em termos estatísticos, da importância das vias consensuais de solução de conflitos para a diminuição da litigância no país e faz parte da implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Controvérsias.

231 O termo “alternativa” não é visto de uma maneira positiva pelos autores que se dedicam aos métodos consensuais de uma forma geral. Isso porque o termo implica em uma conotação de algo secundário, ou menos importante e o Judiciário continua a ocupar o papel de protagonista na resolução de todo e qualquer problema. Com o objetivo de provocar uma mudança nesta perspectiva, a preferência é pelo uso do adjetivo “adequada”. Ainda assim, a designação de métodos “alternativos” também é bastante utilizada.

232 Para verificar a análise do índice de conciliação do Relatório Justiça em Números 2016 do CNJ, acessar: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indice-de-conciliacao-pela-1-vez>> acesso em 25 de agosto de 2018.

233 O ano-base do relatório é o ano anterior ao que este é publicado.

Em 2015, o índice de conciliação no Poder Judiciário ficou no patamar de 11%. Em âmbito estadual o percentual foi de 9,4%, com 1,8 milhão de lides finalizadas com acordo. O Judiciário trabalhista foi o que apresentou o melhor resultado, sendo responsável por 25% dos termos finais no total. Na seara federal, o índice marcou apenas 3%. O motivo está relacionado às matérias demandadas, que em geral estão relacionadas à direito previdenciário, tributário ou administrativo; e ao sujeito da relação jurídica. Como o Poder Público está presente em um dos pólos da ação, ainda há grande resistência à celebração desses ajustes em virtude do argumento da indisponibilidade do interesse público.

A percentagem de homologação de acordos pelos tribunais brasileiros revela ainda o envolvimento e o investimento das cortes na implantação e efetivação da Política Nacional de Tratamento de Conflitos, iniciada pelo CNJ em 2010 e consolidada por meio da lei de mediação e do novo Código de Processo Civil. No plano estadual, o tribunal do estado do rio de janeiro (TJRJ) foi o que mais se destacou, com 14% de suas decisões obtidas por meio da composição entre as partes.

Nos Juizados Especiais de todo o território nacional, onde a conciliação costuma ser mais utilizada, foi verificado que o índice na fase de conhecimento foi de 19% na esfera estadual e de 6% na federal. No 2º grau, observou-se que menos de 1% dos casos conseguem ter desfecho por meio desta via. Ou seja, é justamente nos momentos iniciais do trâmite processual que há maiores chances de resolver a questão sem necessidade de uma decisão imposta pelo órgão judicial.

A compilação de 2018²³⁴, que tem como ano-base 2017, registrou que o volume de acordos no Judiciário brasileiro passou para 12,1%, caracterizando um aumento de 0,2% em relação ao período anterior. A expectativa é que esse percentual seja mais expressivo com o decorrer do tempo, tendo em vista a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil em março de 2016, que prevê a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação como regra geral para todos os processos cíveis²³⁵.

234 A íntegra do Relatório está disponível em

< <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faec7812d35a58cee3d92d-2df2f25.pdf> > acesso em 13 de fevereiro de 2019.

235 A teor do art. 334 do CPC, as exceções são os casos em que a petição inicial não preenche os requisitos essenciais ou nos processos em que seja possível de-

É preciso considerar ainda que na medição desse indicador não estão consideradas as conciliações feitas na fase pré-processual.

A Justiça trabalhista segue como a mais eficiente em termos de solução por meio de acordo, correspondendo estes a 25% de suas decisões. Não houve variações significativas nos índices no que concerne aos Juizados Especiais e ao decorrer de cada etapa do transcurso processual. O TJRJ ocupa a 3ª posição do *ranking* de conciliação dos tribunais estaduais do país.

Não obstante essas informações apresentadas, o índice reflete um dado pouco detalhado. De acordo com a explicação apresentada no próprio Relatório, ele tem por finalidade medir o volume de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas. Entretanto, é preciso uma análise mais aprofundada para verificar qual o método utilizado para a construção desses ajustes. É possível apontar pelos menos três possibilidades de formas consensuais que estão por ele abrangidas: a negociação, a conciliação e a mediação, mas essa distinção não foi realizada.

Todas essas vias estão genericamente englobadas no termo “conciliação”, conseqüentemente, esta forma de compilação inviabiliza um estudo detalhado do impacto de cada um desses meios na produção de soluções autocompositivas. Este tipo de classificação é importante na medida em que é através dele que o Conselho Nacional de Justiça verifica o êxito das vias consensuais: por percentual de acordo. Assim, não se sabe, por exemplo, como que, na prática, eles se relacionam com cada assunto ou objeto da lide. E mais, qual ou quais estratégias podem ser traçadas para fomentar e capacitar os facilitadores à utilização de um meio consensual ou de uma técnica específica a ele relacionada.

cidir, desde logo, pela improcedência liminar do pedido. O seu § 4º prevê ainda que a audiência não será realizada nas seguintes hipóteses:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

O § 5º afirma que o autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. E o § 6º dispõe que em havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

Os problemas avançam para o âmbito dos CEJUSCs. Não há referências disponíveis sobre o número de sessões de conciliação e mediação realizadas desde a sua implantação, tampouco sobre a quantidade de ajustes firmados entre as partes. E ainda, quantos foram celebrados na etapa anterior ao do ajuizamento da ação (reconhecido como limite temporal da etapa processual) e quantos já com o litígio em curso. Essa verificação se justifica para compreensão de como está se desenvolvendo a política de acesso à justiça em um sentido lato sensu (ou seja, que não se circunscreve à prática judiciária tradicional) e de tratamento adequado dos conflitos fora do fluxo do processo.

Em reportagem transmitida em canal de televisão aberto²³⁶, o juiz André Tredinnick, coordenador do CEJUSC da Leopoldina no Rio de Janeiro, informou que já foram realizadas mais de mil audiências de mediação neste espaço. No entanto, não é possível checar esse número, uma vez que ele não está disponível nas estatísticas do TJRJ. A única informação que consta a respeito desses centros judiciários no site do Tribunal é a listagem com os respectivos endereços e contatos²³⁷.

ALGUMAS EXPERIÊNCIAS INCLUSIVAS DO TJRJ NA MEDIAÇÃO

A partir de julho de 2018, uma nova iniciativa teve início no CEJUSC do Fórum da Leopoldina: a disponibilidade de um intérprete de Libras nas sessões de mediação e conciliação para fazer a tradução na língua brasileira de sinais com deficientes de audição e/ou fala. O objetivo é fazer com que as pessoas que apresentem este tipo de dificuldade e que venham a procurar pelo serviço, não precisem estar acompanhadas de alguém para fazer a comunicação ou traduzir o que está sendo dito. A presença de um tradutor visa garantir que o próprio interessado consiga se comunicar e participar ativamente de todo o procedimento.

Esta é uma ação propriamente inovadora que coloca em prática o que foi determinado tanto pela legislação que dispõe sobre a língua brasileira

236 A reportagem foi transmitida no programa Bom dia Rio e pode ser vista em <<https://globoplay.globo.com/v/6868805/>> acesso em 28 de agosto de 2018.

237 < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/cejusc/lista-centros-mediacao>> acesso em 23 de agosto de 2018.

de sinais, quanto pela Lei brasileira de Inclusão. Nelas encontram-se, respectivamente, as seguintes disposições: o art. 3º da Lei nº. 10.436/2002 estabelece que as instituições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos de assistência à saúde devem garantir atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva; ao passo que o art. 28, XI da Lei nº.13.146/2015 prevê que incumbe ao Poder Público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar a formação e disponibilização de professores para atendimento educacional especializado bem como de tradutores e intérprete de Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio.

Seria interessante fazer um acompanhamento da quantidade de mediações que demandam por este tipo de profissionais, mas considerando a deficitária elaboração e disponibilização das estatísticas, tanto pelo Conselho Nacional de Justiça, quanto pelo Tribunal estadual do Rio de Janeiro em relação aos seus CEJUSCs, pelo menos tão imediatamente, não se deve esperar uma mudança deste quadro.

A primeira sessão realizada com o auxílio de uma intérprete no Rio de Janeiro foi acompanhada por representantes do Instituto Nacional da Educação de Surdos, os quais saíram satisfeitos com o que presenciaram. O mediando relatou, na oportunidade, que está acostumado com a carência de pessoas especializadas para fazer esse trabalho nas instituições de modo geral e por isso, costuma pedir para que um parente o acompanhe nesses ambientes para fazer a tradução simultânea e assegurar a interlocução. Apesar de ser um direito regulamentado por lei, trata-se de mais um caso de norma que carece de efetividade no Brasil.

O caso mediado tratou de um divórcio entre um casal em que uma das partes apresentava a dificuldade auditiva e na fala. A advogada Evelyn Castillo, que atuou como facilitadora do diálogo nesta reunião, iniciou lembrando da importância de uma conversa pacífica entre os interessados, a fim de estabelecer medidas que beneficiassem a filha deles. A jurista comentou ainda a importância da intérprete para a homologação do acordo, afirmando que a atuação da profissional neste caso propiciou a criação de um canal mais claro de comunicação, esclarecendo alguns desentendimentos²³⁸.

238 Mais sobre essa primeira sessão de mediação com intérprete de Libras pode ser encontrado em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/87165-acessibilidade-justica-do-rio-tem-1-sessao-de-mediacao-com-libras>> acesso em 28 de agosto de 2018.

O diálogo é uma ferramenta básica da mediação, que inclusive tem como um dos seus princípios a oralidade, a qual determina que os atos sejam realizados de forma preferencialmente oral, reduzindo as peças escritas ao estritamente necessário. Nesse sentido, há um tríplice objetivo: conferir celeridade ao procedimento; fortalecer a sua informalidade; e promover a confidencialidade, registrando-se por escrito somente o que for indispensável (MIRANDA NETTO; SOARES, 2016, pp. 112-113).

Os professores Fernando Gama de Miranda Netto e Irineu Soares (Idem) da Universidade Federal Fluminense atentam para a participação dos portadores desse tipo de deficiência na mediação. A oralidade exige a intervenção pessoal sem representantes ou intermediários e por isso afirmam que os centros onde essas sessões sejam realizadas precisam estar adaptados para receber essas pessoas fornecendo a acessibilidade necessária à sua interação no procedimento mediacional, isto é, contando com a presença de mediadores capacitados na Língua Brasileira de Sinais. Os docentes enfatizam que a mediação, portanto, deve se adaptar às pessoas, e não o contrário.

No CEJUSC da capital, há três mediadores judiciais com problemas visuais e que são acompanhados nas sessões pelos respectivos cães-guias. Este é mais um exemplo de inclusão social na mediação no estado; desta vez verificado dentre os facilitadores que compõe o cadastro do Tribunal. Ainda neste âmbito, é possível apontar uma sugestão para os casos em que um dos mediandos apresente essa mesma dificuldade: o ideal seria que sendo firmado um acordo, o mesmo pudesse ser impresso também no sistema braile, de modo a possibilitar uma leitura acessível ao deficiente visual. São propostas como estas que garantem a efetivação de políticas públicas de inclusão e ampliam as práticas de cidadania.

Uma outra situação que merece estudo e atenção são as pessoas que se encontram impossibilitadas de locomoção por um longo período ou por tempo indeterminado. De fato, algumas doenças atingem tão severamente a mobilidade que não permitem sequer que o indivíduo saia do leito, o que faz com que precise ser representado por outro nos ambientes externos. A proposta da mediação de ouvir diretamente os envolvidos em um conflito e trabalhar com suas emoções e sentimentos para desvendar os reais interesses e necessidades precisa ser pensada também para essas

sequelas específicas, para que esses sujeitos possam participar ativa e diretamente da tomada de decisões nesses procedimentos.

CONCLUSÃO

Este trabalho discorreu sobre algumas iniciativas que promovem a inclusão social na mediação e que estão sendo fomentadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Para isso, tratou anteriormente da organização administrativa dos tribunais de justiça a partir da Resolução nº. 125 do CNJ, que previu a implementação dos núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos – os NUPEMECs e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e cidadania – os CEJUSCs; e também das estatísticas referentes aos meios autocompositivos de resolução de controvérsias, com destaque para o índice de conciliação do Relatório Justiça em Números e para as informações disponíveis no sítio eletrônico do TJRJ.

O CEJUSC do Fórum da Leopoldina assumiu uma postura pioneira e realizou em julho de 2018, pela primeira vez no estado, uma sessão de mediação que contou com a presença de um tradutor de Libras para auxiliar na comunicação. Neste tipo de procedimento que tem como um dos seus princípios norteadores a oralidade e busca promover um diálogo construtivo entre os envolvidos, a interação direta entre as partes é um aspecto fundamental.

O fato de um dos mediandos apresentar deficiência auditiva e/ou na fala não pode obstar que se comunique da forma que lhe pareça mais simples, o que inclui o uso da linguagem de sinais. Por isso, é fundamental que nesses centros existam pessoas capacitadas, sejam elas mediadores ou intérpretes, para facilitarem a interlocução. Aliás, a presença desses profissionais é garantida por lei; não obstante esta norma não seja observada por grande parte das entidades brasileiras. Conforme já ressaltado, é preciso que a mediação se adapte à essas realidades; e não o inverso.

O estudo enfatizou também a participação de mediadores judiciais com deficiência visual no CEJUSC da capital. De fato, como a comunicação é predominantemente oral, não há obstáculos para que conduzam os procedimentos. E sem dúvida, é uma nova oportunidade de mercado sendo aberta a esses indivíduos. A pesquisa propôs ainda uma sugestão

para quando um dos envolvidos apresentar este tipo de dificuldade: que o acordo seja impresso igualmente em linguagem braile, de maneira que possa ser lido por todos os participantes.

Para finalizar, cabe ressaltar que deve existir uma maior preocupação com a apresentação e divulgação de dados estatísticos referentes a todos os procedimentos realizados nos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania para que possam ser melhor avaliados conforme as especificidades dos casos. Essas são etapas ainda iniciais mas de suma importância para promover a cidadania e a paridade de todos na mediação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOM DIA RIO. Deficientes auditivos já contam com intérpretes de Libras em audiências na justiça. Disponível em < <https://globoplay.globo.com/v/6868805/>> acesso em 14 de julho de 2018.

CARNEIRO, Maria Francisca. Mediação como renovação do conceito de justiça. Revista *Jus navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3968, 13 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28391>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2017. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>> acesso em 16 de julho de 2018.

_____. Resolução n°. 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf> acesso em 23 de agosto de 2018.

_____. Relatório Justiça em Números traz índice de conciliação. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indice-de-conciliacao-pela-1-vez>> acesso em 25 de agosto de 2018.

_____. Acessibilidade: Justiça do Rio tem 1ª sessão de Mediação com Libras. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/87165-acessibilidade-justica-do-rio-tem-1-sessao-de-mediacao-com-libras>> acesso em 28 de agosto de 2018.

GÓIS, Ancelmo. TJ do Rio terá audiência de mediação com tradução de Libras pela primeira vez. Disponível em <<https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/tj-do-rio-tera-audiencia-de-mediacao-com-traducao-de-libras-pela-primeira-vez.html>> acesso em 13 de julho de 2018.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Mediação nas Comunidades e nas Instituições**. Niterói: PPGSD – Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito, 2014.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios Procedimentais da Mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A mediação no Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 109-120.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; COITINHO, Viviane Teixeira Dotto; CASAGRANDE, Aline. Mediação Comunitária como Política Pública de Inclusão Social no tratamento de conflitos. 2014. Trabalho apresentado no 11º Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, Santa Catarina, 2014. Disponível em <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11803/1537>> acesso em 7 de mar. 2017.

A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS PARA AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E O PAPEL DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Patrícia De Battisti Almeida

Fabio Rodrigues Teixeira de Almeida

Introdução

A dignidade humana pode ser entendida como um feixe de direitos e deveres fundamentais que assegure para os indivíduos o direito de serem respeitados como pessoa. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, esse conjunto de direitos e deveres têm como objetivo, além de garantir condições existenciais mínimas, proteger cada pessoa contra atos degradantes. Nas palavras do autor, a dignidade da pessoa humana é “*a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade*” (SARLET, 2006, p.101).

O princípio da dignidade humana passou a ser previsto de forma expressa em constituições que surgiram entre as duas grandes guerras: Constituição do México de 1917; Constituição alemã de 1919 (Weimar); Constituição da Finlândia, 1919; Constituição de Portugal em 1933; Constituição da Irlanda de 1937 e a Constituição de Cuba, 1940 (McCRUDDEN, Chrispother; 2008).

O princípio da dignidade humana no plano internacional encontra-se previsto no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Huma-

nos (ONU, 1948): “*CONSIDERANDO que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*”.

Este princípio ocupa posição de destaque na Constituição Alemã de 1949, logo no Artigo 1º: “[*Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais*](1) *A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário*” (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 2011).

A dignidade humana na Constituição da Alemanha é considerada pela doutrina alemã como valor fundamental e centro axiológico de interpretação de todo o ordenamento Constitucional (BARROSO, 2010).

A Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III, confere posição de destaque ao referido princípio, considerado um fundamento da República Federativa do Brasil. Para a doutrina, o princípio da dignidade humana é um vetor de interpretação do ordenamento jurídico brasileiro (BARROSO, 2010, P.12).

Interessante observar que cada direito fundamental possui um conteúdo ou pelo menos alguma projeção da dignidade humana. De acordo com SARLET, “*a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe a proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões*” (SARLET, 2006, p. 102). O autor ressalta que a recíproca não é necessariamente verdadeira, pois nem todos os direitos fundamentais positivados na Constituição derivam do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda na visão de Sarlet, o direito de acesso à justiça, os direitos e a garantias processuais são intimamente ligados a dignidade humana. A título de exemplo, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1959, afirmou que é exigência da dignidade humana que o poder público não possa, arbitrariamente, dispor sobre os direitos da pessoa. Assim, o indivíduo não pode ser tratado como objeto do processo e deve-se assegurar a possibilidade de atuar como sujeito e como tal se manifestar e apresentar suas razões, podendo influenciar no processo decisório. (SARLET, 2006).

O sistema multiportas de acesso à justiça ampliou os mecanismos utilizados para resolução das controvérsias que eram restritas ao acesso à prestação da tutela jurisdicional. Os métodos alternativos de resolução de conflitos possibilitaram que a justiça fosse acessada por outros meios como a mediação, a conciliação e a arbitragem (SANDER, 2001).

A mediação e a conciliação podem ocorrer no âmbito do poder judiciário, ainda antes de início do processo propriamente dito (pré processual, art. 168 da Lei 13.105/15) ou durante o curso do processo (endoprocessual, art. 334 da Lei 13.105/15). Pode ainda ocorrer no âmbito extrajudicial (art. 9º, Lei 13.140/2015). O Provimento nº 67 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentou o procedimento de mediação e conciliação nas serventias extrajudiciais (cartórios de notas e de registro).

Pretende-se com este artigo analisar os meios alternativos de resolução de conflitos já regulamentados para que sejam realizados por notários e registradores, ou seja, a mediação e a conciliação. E, principalmente, como instrumentos de colaboração entre as serventias extrajudiciais e o Poder Judiciário promovendo a ampliação do acesso à justiça.

2. Metodologia

O presente artigo pode ser classificado como uma pesquisa descritiva utilizando o método de revisão bibliográfica. O principal objetivo desta metodologia é reunir idéias advindas de diferentes fontes visando construir uma nova forma de apresentar o assunto já conhecido (RIBEIRO, 2007). Neste caso, consistirá na análise dos trabalhos publicados principalmente no Brasil sobre formas de desjudicialização, meios alternativos de solução de conflitos como forma de ampliação do acesso à justiça e o papel das serventias extrajudiciais nesse processo.

3. Acesso à justiça, mediação e conciliação

O acesso à justiça é considerado como um direito humano fundamental. Isso porque permite a concretização de todos os demais direitos, na medida em que possibilita de forma igualitária, efetiva e justa a tutela específica para o direito desrespeitado. Está ligado à efetividade do direito e da justiça no caso concreto. CAPPELETTI e GARTH afirmam que o

acesso à justiça pode ser entendido como “*requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos*”. (CAPPELLETI e GARTH, 1988, p.12)

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, inciso III, expressamente proclama a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos.

O princípio da dignidade humana é considerado basilar na Constituição Federal de 1988, sendo visto como mandamento constitucional central e eixo de interpretação da Constituição. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet a dignidade da pessoa humana é mais que um valor, é um princípio normativo fundamental que pressupõe o reconhecimento dos direitos fundamentais de diferentes dimensões. Ele afirma que “*sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade*”. (SARLET, 2006, p.84).

Por isso, pode-se afirmar que o direito de acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição (“*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”) deve ser interpretado como um direito humano fundamental e analisado pelo princípio basilar e vetor de interpretação constitucional – dignidade da pessoa humana. Para efetivação deste direito, a emenda constitucional nº 45 de 2005 acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição, que assegura a todos a razoável duração dos processos judiciais e administrativos e os meios que garantam a tramitação célere.

O acesso à justiça é tratado no texto Constitucional como acesso ao poder judiciário, de forma semelhante ao conceito defendido por CAPPELLETI e GARTH, para quem “acesso à justiça” não se refere simplesmente à possibilidade de se buscar a prestação jurisdicional, mas também ao resultado entregue à população. Para eles, em primeiro lugar, “*o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos*”. (CAPPELLETI e GARTH, 1988, p.8)

Parte da doutrina entende o conceito de forma mais ampla, como o acesso à ordem jurídica justa. Para KAZUO WATANABE, o acesso à justiça a que se refere o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal não se limita ao acesso formal ao Judiciário, mas trata de um “*acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que*

cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico (...) uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário". (WATANABE, 2011, p.385)

Seja como for, é preciso haver o acesso à justiça na perspectiva formal (igual possibilidade de ingressar em juízo para defesa dos direitos) e substancial (que o processo e a decisão judicial sejam justos). Isto significa que: o direito à informação deve ser igual a todos; deve existir adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; a justiça deve ser organizada de forma adequada, composta por juízes comprometidos com a realização da ordem jurídica justa; os instrumentos processuais capazes de promover a efetivação dos direitos devem ser pré ordenados; todos os obstáculos ao processo devem ser removidos.

De acordo com José Cichocki Neto, a expressão "acesso à justiça" deve ser entendida em sentido amplo e não ficar limitada ao acesso à tutela jurisdicional, pois se relaciona "*a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico: mas outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos*". (CICHOCKI NETO, 1999, p.61).

As soluções práticas para os problemas de acesso à justiça podem ser sintetizadas em três fases: i) na primeira fase, foi oferecida ao cidadão a possibilidade de ver seu conflito apreciado pelo judiciário através da implementação da justiça gratuita (efetivada no Brasil inicialmente pela Lei 1.060 de 1950, depois pelo art.5º, LXXIV, CF/88; lei 9.099/95; lei 10.250/20001 e recentemente pela Lei 13.105/2015); ii) a segunda fase trata do reconhecimento dos direitos difusos e coletivos (Lei 4.717/65; lei 7.347/85; art.5º, LXX da CF/88; lei 8.080/90 e lei 13.105/2015); iii) a terceira fase de acesso à justiça abrange as duas ondas renovatórias anteriores e aborda a busca por meios de resolução de conflitos que tragam maior satisfação ao jurisdicionado (lei 9.307/96, lei 13.105/2015; lei 13.140/2015; resolução 125/2010, CNJ). (CAPPELETTI e GARTH, 1988).

Observa-se que a terceira onda trata de uma concepção ampliada do acesso à justiça. Procura-se reformular a estrutura do sistema judicial seja por meio da modernização dos procedimentos judiciais ou através da adoção dos métodos alternativos para a solução de conflitos, notadamente, arbitragem, mediação e conciliação. Na opinião de CAPPELETTI e GARTH, a terceira onda procura enxergar no conjunto das instituições e pessoas as possibilidades de solução de disputas ou mesmo a sua pre-

venção. Para eles, esse método “*não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso*”. (CAPPELETTI e GARTH, 1988, p.38).

Pode-se afirmar que ordenamento jurídico brasileiro busca a efetivação da terceira onda renovatória de acesso à justiça. Para RAMOS, atualmente não se sustenta a ideia de que “acesso à justiça” significa somente a possibilidade de acesso aos órgãos judiciais. Em sua opinião, o acesso à justiça “*deve ser compreendido como a possibilidade material do ser humano conviver em uma sociedade onde o direito é realizado de forma concreta*”. (RAMOS, 2000, p.38).

O efetivo acesso à Justiça não deve se limitar ao acesso poder judiciário, mas deve implementar um sistema de múltiplas possibilidades de acesso, como a ideia de Tribunal Multiportas (*Multi-door Courthouse*), apresentada pelo Professor de Harvard Frank Sander em sua obra *Varieties of Dispute Processing*. (SANDER, 1976).

O autor propõe a introdução dos meios alternativos de resolução de conflitos, ou “*Alternative Dispute Resolution*” (ADRs), no âmbito Poder Judiciário, criando assim as múltiplas portas de acesso (*Multi-door Courthouse*). Nesses Centros de Justiça, as partes em litígio poderiam ter à sua disposição, no mesmo local, diversos meios alternativos para resolução do conflito. A eficácia do sistema baseia-se na escolha racional e técnica, com auxílio de um assessor judicial, do meio mais adequado para a solução do litígio (mediação, conciliação, arbitragem ou o processo tradicional). (SANDER, 1976).

O *Multi-door Courthouse* inspirou o Conselho Nacional de Justiça a regulamentar, por meio da Resolução 125 de 2010, a criação dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSCs), vinculados aos Tribunais, que oferecem a mediação e a conciliação pré processuais ou durante o processo (art. 8º, Resolução 125 CNJ, 2010).

A mediação e a conciliação não precisam estar necessariamente vinculadas aos Tribunais Judiciários. Frank Sander esclarece que concebeu, inicialmente, as ADRs no âmbito da *Multi-door Courthouse* porque os Tribunais são os principais locais existentes para a solução de conflitos. Tecnicamente o centro abrangente de justiça pode estar separado dos tribunais (SANDER e CRESPO, 2012, p.33).

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 67 de 2018, que regulamenta a mediação e a conciliação pelas serventias extrajudiciais. O ato normativo possibilitou a criação de centros de justiça separados do Poder Judiciário (as serventias extrajudiciais não integram o Judiciário, de acordo com o artigo 236 da CF/88). Ressalte-se, porém, que as atividades notariais e registrais são reguladas e fiscalizadas pelo Poder Judiciário (art.236, CF/88; arts. 37 e 38 da Lei 8.8935/94).

Importante lembrar que os meios alternativos de resolução de conflitos cooperam com o Poder Judiciário, ou seja, operam em caráter complementar e não substituem a tutela jurisdicional. Caso ocorra o descumprimento do acordo ou da decisão arbitral, as partes lesadas devem recorrer ao judiciário para buscar a satisfação de seu direito. Somente o Judiciário tem poder de coerção e poder de impor sanções pelo descumprimento do acordo (título executivo extrajudicial – art. 784, IV, Lei 13.105/2015) ou da sentença arbitral (título executivo judicial – art. 515, VII, Lei 13.105/2015).

Na obra “Dispute Resolution” não há diferenciação entre o conceitos de mediação e conciliação, que são tratados como sinônimos. (GOLDBERG; SANDER; ROGE, 1992).

A doutrina brasileira diferencia os conceitos, sendo que na conciliação há manifestação do conciliador sobre o que considera como justa solução do litígio. PETRÔNIO CALMON afirma que o conciliador: “*manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo*”. (CALMON, 2007, p.144)

Já a mediação pode ser entendida como um procedimento autocompositivo no qual as partes, auxiliadas por um terceiro no processo de comunicação, negociam e constroem, conjuntamente, uma solução adequada para ambos. (GOLDBERG; SANDER; ROGE, 1992).

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, no seu artigo 165, §§2º e 3º, aborda de forma distinta a figura do mediador e do conciliador. De acordo com o código, o mediador atua preferencialmente nos casos em que existe um vínculo anterior entre as partes que, pelo restabelecimento do vínculo de comunicação, identificam por si próprias as soluções consensuais. A conciliação, por sua vez, é indicada para os casos em que não há vínculo entre as pessoas. O conciliador participa ativamente da construção da solução para o conflito. O aspecto comum entre

ambos é o papel de facilitador da comunicação que auxilia os interessados a dialogar e, assim, compreender o conflito. Esse entendimento viabiliza a construção de um acordo que seja satisfatório para ambos promovendo a prevenção consensual de litígios.

O resultado da conciliação e da mediação decorre da vontade e do consenso das partes. Assim, não existem soluções coercitivas e o acordo sempre será facultativo.

Neste artigo, os meios alternativos para resolução de conflitos selecionados para o estudo são a mediação e a conciliação. Isso se justifica porque os notários e os registradores estão expressamente autorizados a realizar em suas serventias extrajudiciais essas duas técnicas, nos termos do Provimento 67 do CNJ. A realização da arbitragem por titulares das serventias extrajudiciais ainda não foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça. Por isso, a arbitragem não é objeto deste estudo.

4. AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E A AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Os instrumentos de colaboração entre as serventias de notas e registro e a justiça são diversos: ata notarial, procedimento de suposto pai, escritura de inventário, partilha, separação e divórcio, execução extrajudicial de sentença (protesto), regularização fundiária de interesse social, carta de sentença e, mais recentemente, conciliação, mediação e usucapião extrajudicial.

Diante dos novos paradigmas sociais e jurídicos apresentados anteriormente, as serventias extrajudiciais foram adquirindo novas funções, antes de competência estritamente judicial, como o protesto de títulos (Lei nº. 9.492/97); da alienação fiduciária (Lei nº. 9.514/97); retificação de área do imóvel em seu registro (Lei nº. 10.931/04); inventário e partilha, separação e divórcio (Lei nº. 11.441/07); usucapião (Lei nº. 11.977/09); e retificação de assentos civis (Lei nº. 12.100/09).

Os meios consensuais no ordenamento jurídico brasileiro estão regulamentados por um minissistema formado pela Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que instituiu uma Política Pública para o tratamento dos conflitos pelo Judiciário, pelo Novo Código de Processo Civil – NCPC (Lei nº. 13.105/2015)

e pela Lei de Mediação (Lei nº. 13.140/2015). O Provimento nº. 67 do CNJ, de 26 de março de 2018, regulamenta o artigo 42 da Lei de Mediação, consolidando uma política de permanente incentivo e aperfeiçoamento da resolução de conflitos por conciliação e mediação, inserindo as Serventias Extrajudiciais nessa sistemática.

O aumento da quantidade de processos judiciais, consequência natural do crescimento da complexidade da sociedade ao longo do tempo, levou ao congestionamento das vias judiciais. Esse congestionamento, por sua vez, exigiu uma nova compreensão das finalidades institucionais do Judiciário, o que acabou permitindo o surgimento de outras formas de resolução de conflitos, de forma a realmente concretizar o acesso à Justiça, com celeridade e eficiência.

As serventias extrajudiciais atuam como colaboradoras que possibilitam desafogar os órgãos judiciais. A eficiência e celeridade conferidas pelos tabeliães de protesto nas relações de crédito; a possibilidade de retificação administrativa tanto do registro civil quanto de áreas no registro de imóveis; a execução célere e segura na alienação fiduciária; a facilidade do inventário e partilha, bem como do divórcio extrajudiciais; e a simplicidade da usucapião administrativa são iniciativas capazes de trazer para a população a garantia de ter seus direitos assegurados com eficácia e total segurança jurídica. (COMASSETTO, 2002).

As serventias extrajudiciais estão presentes nos Municípios Brasileiros. Os notários e registradores são profissionais do direito dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro, após a aprovação em concurso público de provas e títulos, sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário (art. 236 da CF/88; art. 3º, 14, I e 37 da Lei 8.935/1994).

Neste sentido, Ricardo Dip na obra *Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil*, ressalta que tem havido a desjudicialização de procedimentos antes restritos à atuação judiciária. E as serventias extrajudiciais se apresentaram como importantes colaboradoras nesse processo, efetivando a função social da atividade notarial e registral. (DIP, 2016).

A ampliação funcional da atividade notarial e registral é observada pelo evidente acréscimo qualitativo na modalidade extrajudicial, sendo que o sistema de composição de interesses flui adequadamente com tal atividade. (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2016).

A análise da ampliação do acesso à justiça com a incorporação pelo ordenamento jurídico brasileiro da possibilidade de realização de mediação e conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais ressalta a importância de efetivar e não apenas proclamar os direitos dos cidadãos.

O histórico da regulamentação para a realização de mediação e conciliação pelos titulares das serventias é apresentado a seguir.

O provimento 17 de 2013 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (CGJSP) autorizou a implementação da mediação e da conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais. Entretanto, esse ato normativo foi questionado pela OAB – seção São Paulo perante o Conselho Nacional de Justiça, sob o fundamento de que somente a União pode legislar sobre registros públicos e, no caso, a Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo teria usurpado tal competência da União, de forma que foi suspensa a entrada em vigor do Provimento 17/2013 CGJSP até deliberação final do CNJ. Em 2016, o provimento 31 da CGJSP revogou o Provimento 17/2013.

O histórico acima apresentado é importante porque demonstra a importância que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confere aos serviços de mediação e conciliação e o reconhecimento da competência das serventias extrajudiciais para a realização deste trabalho. A revogação do provimento 17/2013 foi fruto da adequação das Regulamentações do Estado ao entendimento que o CNJ possuía na época sobre a matéria. Entretanto, é interessante ressaltar que o próprio CNJ adotou posição favorável à realização da mediação e conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais com a edição do provimento 67 de 2018. Ao longo destes cinco anos entraram em vigor o novo Código de Processo Civil e a Lei Mediação (lei 13.140/2015), que abordaram especificamente a matéria.

O novo Código de Processo Civil previu expressamente que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, competindo a cada tribunal a composição e a organização desses centros (art. 165 e § 1º). E mais: previu a possibilidade de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes (art. 175).

Posteriormente a Lei da Mediação (Lei 13.140/2015), em seu artigo 42, estabeleceu: *“Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a*

efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências. Parágrafo único. A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria”.

O provimento 67 do Conselho Nacional de Justiça regulamentou o artigo 42 da Lei da Mediação, de forma que, atualmente, a Lei da União e o próprio CNJ reconheceram a possibilidade de conciliação e mediação no âmbito das serventias extrajudiciais.

No Estado de São Paulo, o Provimento número 42 de 2018 da Corregedoria Geral de Justiça regulamentou a aplicação do provimento 67 do CNJ. Para isso acrescentou os itens 92 a 134 ao capítulo XIII do Tomo II das Normas de Serviço das Serventias Extrajudiciais do Estado de São Paulo.

Após a edição do provimento 67, o CNJ optou por dispor especificamente sobre as medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas no tabelionato de protesto do Brasil e editou o provimento 72, em 27 de junho de 2018.

No Estado de São Paulo, o Provimento 09 de 2019 da Corregedoria Geral de Justiça regulamentou a aplicação do provimento 72 do CNJ, acrescentando os itens 141 a 152 ao capítulo XV do Tomo II das Normas de Serviço das Serventias Extrajudiciais do Estado de São Paulo.

O que pode ser observado é que a legislação evoluiu no sentido de permitir, expressamente, que as mediações e conciliações pudessem ser realizadas nas serventias extrajudiciais pelos notários e registradores e seus escreventes autorizados. Ressalte-se que ainda não há a regulamentação sobre a possibilidade dos notários e os registradores atuarem como árbitros.

5. NOVAS PERSPECTIVAS PARA O TEMA

Os notários e registradores exercem importante papel como colaboradores do Poder Judiciário. Os cartórios estão presentes até nos menores Municípios Brasileiros (art. 44, §§2º e 3º, da Lei 8.935/94), e essa capilaridade pode ser aproveitada pelo Estado.

Importante ressaltar que grande parte dos cartórios localizados em pequenos municípios são deficitários (no Estado de São Paulo são deficitários aqueles cuja receita bruta não atinge a 13 salários mínimos mensais – art. 25 da Lei estadual 11.331/02). E o oficial ainda precisa fazer frente a todas as despesas com a manutenção da serventia (aluguel, salário de funcionário, água, luz, telefone, internet, materiais de escritório, manu-

tenção de equipamentos de informática, produtos de higiene e materiais de limpeza).

O provimento 67/2018 do CNJ regulamentou a realização da mediação e da conciliação pelos cartórios. No Estado de São Paulo, a Corregedoria Geral de Justiça publicou, em 17 de dezembro de 2018, o Provimento 42 regulamentando os procedimentos da mediação e da conciliação a serem realizados no âmbito das serventias extrajudiciais do Estado.

Embora tenha decorrido pouco tempo desde a publicação do Provimento 67/2018 do CNJ e do Provimento 42/2018 da CGJSP, é importante observar que, no Estado de São Paulo, somente dois cartórios estão habilitados pelo Nupemec para atuar na mediação e na conciliação. Alguns pontos de estrangulamento foram identificados na regulamentação (Lei 13.140/15, Provimento 67/18 do CNJ e Provimento 42/2018 CGJSP). Para a superação dos gargalos observados, são apresentadas a seguir sugestões a respeito do que pode ser feito para tornar efetiva a realização da mediação e da conciliação no âmbito dos cartórios deficitários.

Adotou-se a sistemática de primeiro apresentar o gargalo normativo encontrado. A seguir, justifica-se o enquadramento da norma como ponto de estrangulamento. Por fim, apresenta-se a sugestão para alteração normativa:

Gargalo: somente podem atuar como mediadores e conciliadores aqueles que forem formados em curso conforme a resolução 125/2010 do CNJ e a cada 2 anos realizarem curso de aperfeiçoamento – estes cursos são custeados pelo titular da serventia (art.6º, Prov. 67/2018). Justificativa: Inviável que o titular de uma serventia deficitária arque com o custo destes cursos. Sugestão: O Regulamento do CNJ para os cursos de formação de instrutores em mediação judicial e conciliação, de 14/02/2018, prevê em seu artigo 9º a realização de cursos gratuitos de formação de mediadores e conciliadores conforme a resolução 125 do CNJ. Sugere-se que os referidos cursos sejam oferecidos, prioritariamente, para ao menos um profissional de cada serventia deficitária.

Gargalo: Notários e registradores estão restritos a atuar em mediações e conciliações relacionadas às suas respectivas competências (art.42 da Lei 13.140/15; art.13, Prov. 67/18 CNJ). Justificativa: nos pequenos municípios, muitas vezes há apenas um cartório, e com a limitação de atuação no âmbito da competência, o titular da serventia de registro civil só poderá fazer media-

ções e conciliações relacionadas a temas afeitos ao cartório de registro civil. Assim, a população daquele município não terá à sua disposição a possibilidade de realizar mediação e conciliação da competência das outras serventias. Sugestão: Alteração legal desta restrição permitindo ao titular da serventia atuar em mediações e conciliações sem limitação de competências.

Gargalo: necessidade de manutenção de espaço reservado nas suas dependências para a realização das audiências de conciliação e mediação (art.21, Prov.67/2018 CNJ). Justificativa: os cartórios deficitários, em geral, possuem estrutura física enxuta e não têm como deixar um espaço reservado em suas dependências exclusivamente para realização das sessões de mediação e conciliação. Sugestão: que seja possível utilizar o espaço físico em que ocorrem as referidas audiências para outras atividades do cartório quando não houver uma conciliação ou mediação.

As alterações acima sugeridas possuem intuito de ampliar o acesso à justiça (sentido amplo) e efetivamente possibilitar que as serventias deficitárias promovam a mediação e a conciliação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade humana como princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro está relacionada com iguais e amplas oportunidades de acesso à justiça em sentido amplo.

O direito brasileiro passa por uma transformação que procura abandonar a cultura jurídica de excessiva e custosa judicialização dos conflitos para adotar meios alternativos de resolução de conflitos. De acordo com o doutrinador Kazuo Watanabe “ (...) assistiremos, com toda certeza, à profunda transformação no nosso país que substituirá a cultura da sentença pela cultura da pacificação”. (WATANABE, 2011, p.385).

O Estado Brasileiro adotou os meios alternativos de resolução de conflitos como Política Pública para ampliar o acesso à justiça e possibilitar a efetivação da razoável duração do processo. A sistemática de diversas portas de acesso à justiça foi adotada com a criação dos Cejuscs (anexos aos Tribunais) e com a possibilidade da realização da mediação e conciliação pelas serventias extrajudiciais. Importante assinalar que desde 1996 questões relativas a direitos disponíveis podem ser resolvidas por meio da arbitragem (Lei 9.307/96).

A mediação e a conciliação estão alicerçadas em uma perspectiva inclusiva que reconhece e inclui todos os envolvidos no problema. Sob a condução do mediador ou conciliador, o processo de comunicação entre as partes é facilitado. Os envolvidos formulam as suas questões e apresentam as perspectivas pessoais. Ocorre a troca de ideias entre as partes, que são encorajadas a criar e avaliar as opções geradas com objetivo da construção do consenso.

Para efetivação do direito fundamental de acesso à justiça e a razoável duração do processo é fundamental que sejam eliminadas as barreiras legislativas, políticas, sociais e econômicas encontradas.

Neste estudo foram apontadas algumas barreiras legislativas que dificultam a implantação dos procedimentos de mediação e de conciliação pelas serventias deficitárias. Espera-se que as sugestões apresentadas contribuam para ampliar o acesso à justiça em sentido amplo.

BIBLIOGRAFIA

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradutor: Aachen, Assis Mendonça. Revisor jurídico: Urbano Carvelli, Bonn. Deutscher Bundestag, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional*

Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10.04.2019.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário á lei 9.307/96. 2 ed. Atlas. São Paulo, 2004.
- COMASSETTO, Míriam Saccol. *A função Notarial como forma de prevenção de litígios*. Porto Alegre: Norton, 2002.
- DIP, Ricardo. *Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 2016.
- GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank et al. *Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes*. 2. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1992.
- ONU. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DA ONU. Disponível: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- McGRUDDEN, Cristopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *The European Journal of International Law* - 19: 655, 2008, p. 664. Endereço eletrônico: <<http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf>> Acesso em 04.04.2019.
- MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. *Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência*. Curitiba: Juruá, 2009.
- NETO, José Cichocki. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá. 1999.
- RAMOS, Glauco Gumerato. *Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- RIBEIRO, J. L. D. Diretrizes para elaboração do Referencial Teórico e Organização de Textos Científicos. In: *Anais do Seminário de Pesquisa II*, Porto Alegre – RS, PPGEP / UFRGS, abril de 2007.
- ROSENVALD, Nelson; CHAVES DE FARIAS, Cristiano; BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de Direito Civil*. Volume único, 2ª edição. Bahia; Editora: Juspodvim, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4º. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing*. In: *the pound conference*, 70 Federal Rules Decisions 111, 1976.

SANDER, Frank E.A., CRESPO, Maria Hernandez. *Diálogo entre os professores Frank Sander e Maria Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas*. In ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Maria Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 136, v. 195, 2011.

MEDIAÇÃO E CONSTELAÇÃO FAMILIAR: DO DESENLACE DOS CONFLITOS SUBJETIVOS PELAS IDENTIDADES NARRATIVAS DE SUJEITOS RECONCILIADOS

Sergio de Souza Salles

Isabela Moreira Antunes do Nascimento

João Ricardo Ferreira Fortini Pimentel

1 INTRODUÇÃO

Busca-se investigar de que maneira pode-se auxiliar na reconexão compassiva de indivíduos em relações continuadas sob a justificativa da importância do estudo doutrinário para difusão de conhecimentos que auxiliem a atividade prática vez que a real solução de conflitos familiares só é possível pelo desenlace da pauta subjetiva, tanto na mediação quanto na constelação sistêmica. Tem-se como objetivos específicos analisar a necessidade do equilíbrio entre razão e emoção para o restabelecimento da comunicação não-violenta assim como evidenciar que a reverência ao contexto familiar de origem, com gratidão, permite que o amor flua desemaranhado.

Nesse ponto, propõe-se a mudança de um paradigma litigioso e bélico para um sistema de pacificação social, no qual vigora a cultura do consenso narrativamente construído. O reconhecimento de si mesmo como um outro depende do quanto as narrativas intersubjetivas trazem aceitação e respeito mútuo, afastando julgamentos depreciativos, atribuições de culpas irreversíveis e autorecriminações. Para uma efetiva distribuição

de justiça dos conflitos escondidos sob lides em dilemas familiares deve-se analisar o indivíduo como um todo unificado, reconciliando o sujeito consigo mesmo a partir de sua identidade narrativa.

Demonstra-se que o conflito é inevitável, mas a autoresponsabilização, a alteridade e o empoderamento contribuem significativamente para a não reincidência da mesma necessidade transvestida em outra aparente posição, almejando-se, em última análise contribuir para a pacificação social através de sua implantação em um Sistema Multiportas de Resolução de Controvérsias.

Para isso, adota-se como marcos teóricos a abordagem de Bert Hellinger, lida em conjunto com outros marcos teóricos, tais como: a obra de Carlos Vasconcelos, com a análise dos métodos autocompositivos diante do Sistema Multiportas e Multidisciplinar de Conflitos, de Marshall B. Rosenberg, pelo incentivo à comunicação não-violenta (CNV), de Adhara Campos Vieira, pelo estudo sistêmico, e da filosofia da identidade narrativa de Paul Ricoeur.

O trabalho se estrutura em dois itens, cada qual com dois subitens. O primeiro aborda a Mediação Familiar, com destaque para o equilíbrio entre razão e emoção e para o restabelecimento da comunicação. Já no segundo, evidencia-se a Constelação Familiar, almejando desatar nós e criar laços pelo amor e pelo reconhecimento, em um movimento de resignificação da realidade vivida que conduz a um sentimento profundo de paz interior e gratidão, com respeito à família de origem, harmonizando relações e libertando pessoas emaranhadas em situações de sofrimento.

Nos moldes metodológicos de Silva e Silveira (2007), quanto aos procedimentos, fez-se uma pesquisa bibliográfica logo que se utiliza, principalmente, de material já publicado por outros autores, tal como livros, artigos e legislação.

2 MEDIAÇÃO FAMILIAR

Inicialmente, cumpre destacar que a mediação enquanto método consensual e autocompositivo de solução de conflitos insere-se no conceito das *Multidoor Courthouses* desenvolvidas por Frank Sander em 1976, o qual, através de uma abordagem multidisciplinar de justiça (VASCONCELOS, 2017), apresenta-se aos cidadãos um modelo judiciário multifacetado, cuja eleição do método atenderá ao equilíbrio da natureza do

conflito, da relação entre as partes, dos valores financeiros em disputa, dos custos do método, e da celeridade destes (SANDER, 1976).

O modelo multiportas é tido ainda como um modelo que pode “contribuir para a inserção das pessoas sem voz ativa no centro das ações, em igualdade de condições” (ALMEIDA, 2012, p. 29), considerando que a reforma de qualquer legislação processual civil requer seja levada em consideração a conciliação e a mediação como “dispositivos” para a promoção de um compromisso ou a resolução de disputas (JACOB, 1980, p. 21) e assim, a paz social.

De tal forma, uma ‘falsa’ representação de histórias que se apresentam somente como opostas pode simplificar os fatos e não permitir uma adequada consideração e interpretação dos fatos, levando a conclusões que fujam àquelas apresentadas pelos advogados (Menkel-Meadow, 1996, p. 17-18).

Neste trabalho, destaca-se a mediação no sub-ramo familiar assim como a constelação sistêmica familiar pois o objetivo é analisar relações afetivas continuadas de parentesco vez que pelo desenlace da pauta subjetiva das aparentes posições insurgem as reais necessidades das partes. Por este corte metodológico e, ainda assim, sem pretensão de exaurimento do tema, faz-se também um paralelo com a conciliação justamente para diferenciá-la dos métodos em destaque, sobretudo da mediação.

A mediação consiste na facilitação da comunicação entre os envolvidos por um terceiro imparcial (GOLDBERG, 2018) ao qual cumpre conduzir o diálogo para que os próprios envolvidos, a partir da percepção ampliada das peculiaridades da situação controvertida, possam protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem (TARTUCE, 2018). Esse terceiro não impõe, portanto, uma decisão, assim como não tem competência para fazer sugestões, seu papel consiste em acolher os mediados (ALMEIDA, 2014) e oportunizá-los uma comunicação colaborativa (ROSEMBERG, 2003) com vista à superação do impasse, com perspectiva produtiva e prospectiva, salvaguardando o relacionamento preexistente. Trata-se de um mecanismo consensual, não adversarial, voluntário e informal de prevenção, condução e pacificação de conflitos (TARTUCE, 2018).

No tocante à mediação familiar, assim definida *ratione materiae*, destaca-se ainda a definição do Fórum Europeu dos Centros de Formação de

Mediação Familiar, segundo o qual a mediação consistiria em um processo no qual um terceiro com uma preparação específica é solicitado pelas partes a intervir para afrontar as questões conflituais conexas com a reorganização familiar em vista de ou seguido da separação conjugal (DANOVI, 2018, p. 262).

Como toda atividade humana dependente qualitativamente da comunicação, a mediação salienta a função e o poder narrativo sobre o qual se estruturam a identidade narrativa de cada uma das pessoas envolvidas com o desenlace de um conflito. Toma-se de empréstimo o conceito de identidade narrativa tal como desenvolvido por Paul Ricoeur, segundo o qual é no desenrolar de uma história narrada que cada pessoa descobre-se um si mesmo como um outro (“*soi même comme un autre*”).

Em toda mediação, há de se atender às perguntas dirigidas às pessoas como sujeitos de suas histórias entrelaçadas às histórias dos outros. Assim, a pergunta “de quem é a história aqui narrada?” ou ainda “quem é o narrador?” perpassará a atividade mediadora em seu componente ao mesmo tempo temporal da ação intersubjetiva da qual depende as diversas composições realizadas na e pela própria linguagem compartilhada. Em cada pessoa cuja identidade é forjada narrativamente, reside uma identidade que resiste à mudança (identidade-*idem*) e outra aberta às mudanças nas interações com os outros (identidade-*ipse*).

Se a identidade narrativa de cada pessoa é o que é em relação aos outros (“*soi même comme un autre*”), há de se reconhecer em si e no outro semelhante a si a capacidade de contar a mesma (identidade-*idem*) história conflitiva ou uma outra (identidade-*ipse*) história não-conflitiva marcada pelo reconhecimento mútuo de pessoas que se descobrem na mediação como responsáveis por suas ações e portadores de promessas de uma outra-vida com e para os outros.

No ponto, destaca-se que a mediação e a conciliação são amparadas pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflito de interesses tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e à sua peculiaridade e pelo Novo Código de Processo Civil – NCPC (Lei 13.105/2015). A mediação, em específico, também encontra diretrizes na Lei de Mediação Brasileira (Lei 13.140/2015). Apesar da divergência legal (art. 165, §§ 2º e 3º NCPC)

e doutrinária entre conciliação e mediação em razão das especificidades de cada modelo (SPENGLER, 2017) não se considera, contudo, como meios excludentes.

Percebe-se que ambos são coerentes com o estímulo à cultura de paz (CALMON, 2015; RODRIGUES, 2017) embora a conciliação seja indicada para relações não continuadas, de interação episódica, e o conciliador tenha mais autonomia para se manifestar, podendo fazer sugestões ou propostas de solução, embora isso não afete seu dever de imparcialidade, enquanto na mediação estimula-se os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam, por eles próprios, com evidente mudança de comportamento, transformar o conflito ao incentivar que as partes envolvidas no impasse resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas (BARBOSA, 2015).

Atualmente, com base na política pública preconizada pelo Conselho Nacional de Justiça e consolidada em resoluções e publicações diversas, pode-se afirmar que a conciliação no Poder Judiciário busca: [i] além do acordo, uma efetiva harmonização social das partes; [ii] restaurar, dentro dos limites possíveis, a relação social das partes; [iii] utilizar técnicas persuasivas, mas não impositivas ou coercitivas para se alcançarem soluções; [iv] demorar suficientemente para que os interessados compreendam que o conciliador se importa com o caso e com a solução encontrada; [v] humanizar o processo de resolução de disputas; [vi] preservar a intimidade dos interessados sempre que possível; [vii] visar a uma solução construtiva para o conflito, com enfoque prospectivo para a relação dos envolvidos; [viii] permitir que as partes sintam-se ouvidas; e [ix] utilizar-se de técnicas multidisciplinares para permitir que se encontrem soluções satisfatórias no menor prazo possível (BRASIL, 2016, p. 22).

Apesar das distinções em ambos os mecanismos alguém intervém para facilitar o diálogo e estabelecer uma comunicação eficaz com reconhecimento da carga emocional natural à multidimensionalidade do humano (NUNES, 2016). Na mediação em contexto familiar o desequilíbrio entre razão e emoção é ainda mais evidente, conforme analisa-se a seguir.

2.1 Mediar: equilibrar razão e emoção

Na mediação, em respeito à capacidade de autodeterminação, cabe ao indivíduo definir os rumos de seu destino, sabendo identificar o melhor

para si sem necessitar da decisão impositiva de um terceiro, que não conhece detalhes da interação entre os envolvidos. Nas mediações familiares, o afeto, ou seja, relações em sua índole afetiva, consagram valores subjetivos relevantes e complexos (TARTUCE, 2018). Diante de elementos sentimentais (NUNES, 2016) no tratamento da controvérsia familiar, é necessário compreensão, respeito e validação dos sentimentos (SPENGLER, 2017) para lidar com a sensibilidade pelas perdas e as frustrações das pessoas quando do fim de seus projetos pessoais.

Imperioso ressaltar que o aporte interdisciplinar (GOLDBERG, 2018) da psicanálise (CERRUTI, 2003), da psicologia (VICENTE; BIASOTO, 2003), da assistência social e da sociologia, podem valorar com afincos as questões sociais e as condições psicológicas das partes, sendo instrumentos pertinentes para melhor compreensão das particularidades do caso concreto mas não indicam sinônimo de assistência psicológica vez que o Judiciário não tem competência para o exercício de atividades clínicas (BARBOSA, 2015).

“A relação familiar, afinal, é muito significativa: a participação de pessoas nesse núcleo tão importante sempre fará parte da história e deixará marcas” (TARTUCE, 2018, p. 353). Caso o casal não tenha tido filhos, ainda que haja desconstituição do vínculo conjugal é necessário que os ex-cônjuges ou companheiros se comuniquem por conta de aspectos práticos como tributos ou alimentos e ainda que não seja possível manter amizade é salutar ao menos uma relação de cordialidade em consideração ao período em que estiveram juntos.

Caso haja filhos, a ligação entre os cônjuges será eterna em razão do vínculo paterno-filial, pois a criança tem direito à convivência familiar em um espectro abrangente, incluindo os dois ramos da família, o que indica a necessidade de uma eficiente e respeitosa comunicação entre os seus responsáveis (TARTUCE, 2018; PARKINSON, 2016).

É essencial que os pais se conscientizem de que, embora sejam ex-cônjuges, sempre serão genitores dos filhos derivados da união; estes não podem ser utilizados em eventuais disputas, mas precisam ser preservados de rancores e sentimentos de ruptura, com incentivo a conviver com ambos os genitores para que possam se sentir amados e protegidos mesmo ante o desenlace conjugal. Em questão de guarda dos filhos, é fundamental que os pais possam se comunicar eficientemente sobre detalhes

do exercício do poder familiar. Situações como o direito de convivência [‘visitas’] e eventuais controvérsias sobre a divisão do tempo com a criança podem ser bem equacionadas se houver clareza, consideração, respeito e empatia entre os interessados (TARTUCE, 2018, p. 354).

Ressalta-se a solução consensual em detrimento a decisão impositiva de um terceiro, sobretudo em lides familiares, porque a sentença dificilmente consegue realmente pacificar a carga emocional das partes com relação aos reais temores, queixas, mágoas e sentimentos confusos de amor e ódio. “A resposta judicial não é apta a responder aos anseios daqueles que buscam muito mais resgatar danos emocionais do que propriamente obter compensações econômicas” (TARTUCE, 2018, p. 354), pois apesar de encerrar oficialmente a causa, acaba por fazer brotar outras demandas decorrentes do mesmo conflito, ainda que sob diferentes aspectos. Somente quando os sentimentos das partes podem ser enfrentados e compreendidos, resgatando-se responsabilidades, os mediandos poderão identificar seus reais interesses.

2.2 Finalidades: restabelecimento da comunicação e reconexão compassiva

Do até então exposto, percebe-se que a mediação estimula uma comunicação produtiva e adequada (PARKINSON, 2016) a discutir elementos da controvérsia e eventualmente encontrar saídas para o impasse, transformando o conflito em oportunidade de crescimento e intercompreensão, viabilizando mudanças de atitude ainda que ou sobretudo diante de fatores emocionais críticos tendentes a incutir diálogo deteriorado e destrutivo (BARBOSA, 2015; BERCKHAN, 2011). “Sendo a finalidade da mediação a responsabilização dos protagonistas, é fundamental fazer deles sujeitos capazes de elaborar, por si mesmos, caso este seja o seu desejo, acordos duráveis” (TARTUCE, 2018, p. 233).

Desse modo, as partes poderão melhorar seu relacionamento ao perdoar ou ao reconhecer sua interdependência (RICOEUR, 2006), compreendendo a si mesmas, trabalhando pela paz interior e pelo próprio desenvolvimento, deixando de lado o ódio ou o desejo de vingança e trabalhando pela harmonia interior (TARTUCE, 2018). Tomando cuidado de se cuidar, o sujeito solidariza-se pela própria história, aceitando, ao

invés de resistir, à realidade tal como ela se mostra (HELLINGER; WEBER; BEAUMONT, 2018).

Ao chegar ao sim consigo mesmo (URY, 2015) indo do autojulgamento ao autoconhecimento, da culpa à responsabilidade, da hostilidade à cordialidade e da exclusão à inclusão com enfrentamento e integração dos aspectos da alma que foram excluídos e dissociados o ressentimento dá lugar à reconciliação pois somente quem consegue ser empático consigo mesmo é capaz de se reconectar compassivamente com o outro. A compreensão da própria dor pelas vivências traumáticas pessoais harmonizam contextos familiares até então caóticos em virtude de sentimentos e emoções desarranjadas, libertando os envolvidos (SANTANA, 2018).

3 CONSTELAÇÃO FAMILIAR

A constelação pode ser um instrumento a mais de resolução de conflitos, pela perspectiva do Sistema Multiportas e Multidisciplinar de Justiça (VASCONCELOS, 2017), juntamente com a conciliação e a mediação (Resolução 125/2010 do CNJ, Lei 13.140/2015, Lei 13.105/2015). Apesar de ainda não ter sido reconhecida oficialmente pelo Conselho Nacional de Justiça (VIEIRA, 2017), vem sendo utilizada como mais um meio de pacificação social (CALMON, 2015).

A constelação infere três ordens, enumeradas por Hellinger (2017), necessárias para que o amor possa fluir nas gerações e na família pela reverência à vida que veio dos pais, interceptando as lealdades invisíveis funestas (SANTANA, 2018). O método é baseado na visão sistêmica, pela qual o sujeito é considerado no contexto do seu lugar de fala, na análise do campo, correlato à memória coletiva de um sistema, e na transgeracionalidade, ou seja, leva-se em conta aspectos como a transmissão psíquica entre gerações e ascendência familiar (VIEIRA, 2017).

A técnica da constelação é importante no sentido de desvelar as dinâmicas ocultas que interferem ou impedem a construção de um diálogo. As famosas lides subjacentes que se escondem por trás das demandas judiciais. Permite, na maioria dos casos, uma nova consciência do elo que vincula a parte ao seu sistema de origem e à outra parte envolvida no conflito. Assim, enquanto a mediação autorevela, a constelação desvela. Ambas re-

contextualizam o conflito, sendo que a constelação ressignifica com base nas leis sistêmica enumeradas por Hellinger (VIEIRA, 2017, p. 221).

A constelação propicia a organização do pensamento e dos sentimentos, desvendando a raiz dos padrões destrutivos do comportamento, das percepções equivocadas e da interação do sujeito com seu grupo familiar ou com seu grupo de convívio (MINICUCCI, 2015) utilizando a técnica da comunicação e da linguagem (NUNES, 2016), incluindo aqui a não-verbal, e também da escuta ativa (LEITE, 2016; SPENGLER, 2017). Ao incentivar a expressão autêntica das emoções e a ressignificação de situações difíceis vivenciadas, facilita a compreensão da real necessidade do indivíduo, para além de suas posições aparentes, geralmente formalizadas em pedido jurídico (VIEIRA, 2017).

No ponto, a constelação esclarece o porquê dos padrões negativos, liberando dos destinos difíceis da história familiar, devolvendo o fardo a quem ele pertence (SANTANA, 2018). “Essa possibilidade fortalece o indivíduo dentro da realidade em que ele vive, sem vitimizações e oferece a oportunidade de se reconciliarem com seus sistemas de origem, no ambiente em que se encontram” (VIEIRA, 2017, p. 223), estimulando o amadurecimento e o respeito mútuo, independente dos fatos ocorridos.

Baseia-se nas leis sistêmicas ou ordens do amor, sintetizadas por Hellinger (2017), quais sejam: (a) vínculo, pertencimento; (b) ordem, relativa à hierarquia; e (c) equilíbrio, referente às trocas nas relações, “visa reincluir pessoas excluídas de um sistema, reconciliar partes dessa rede em conflito e reordenar as estruturas de ordem do sistema observado” (VIEIRA, 2017, p. 252), trabalha-se o padrão traumático e a forma disfuncional que o atendido está conectado ao seu sistema de origem almejando harmonizá-lo.

3.1 Amor e Emaranhamentos

Desenvolvida por Bert Hellinger (2018), a Constelação Familiar Sistêmica é uma técnica que trabalha os vínculos inconscientes transgeracionais que atuam no sistema familiar, evidenciados pelos padrões de comportamento repetitivos, sintomas físicos e emocionais, possibilitando um enfoque mais integral da pessoa doente (HAUSNER, 2018), dependências e dificuldades de relacionamentos na vida pessoal e profes-

sional (DEL PRETTE; DEL PRETTE, 2016), por exemplo. Percebe-se a necessidade de reconhecimento do pertencimento e de compensação em detrimento da exclusão de membro do grupo familiar (VIEIRA, 2017; SANTANA, 2018).

Quando ocorrem desprezo, indiferença, desconsideração ou esquecimento essa consciência coletiva faz com que um outro membro, geralmente de um geração posterior, inconscientemente se identifique com a pessoa excluída, reproduzindo aspectos do destino do primeiro, o que entende-se por emaranhamento (HELLINGER; HOVEL, 2017). “A essas condições estamos expostos e subordinados, independentemente de nossa vontade. Essa instância vela pelo vínculo no sistema, pelo equilíbrio entre o dar e o receber, assim como no destino, e pela preservação da ordem (HAUSNER, 2018, p. 24)”. Ao contrário, quando os membros remanescentes reconhecem os excluídos como pertencentes à família, o amor e o respeito compensam a injustiça de modo que a reconciliação traz paz aos conflitos (VIEIRA, 2017).

“A Constelação evidencia o que o campo mórfico mostra, até mais do que a pessoa que está sendo constelada está falando. Trabalha aquilo que se apresenta, que se revela, o não-dito” (VIEIRA, 2017, p. 109). Trabalha-se com a sensação do corpo, com a inteligência sensível, com a disposição para ajudar, sem julgamentos, recriminações ou cobranças (SANTANA, 2018). Ao ter vidas representadas por outras pessoas, lida-se com a dor de cada um, exigindo-se respeito e discrição (VIEIRA, 2017).

Experiências pessoais traumáticas assim como a participação em destinos de outros antepassados, por força do amor de vinculação, induzem perturbações físicas e psíquicas, sobretudo quando reprimidas, continuam a atuar através de gerações, influenciando a vida dos descendentes, em conexão transgeracional de dinâmicas familiares ocultas. A superação é possível quando são reintegrados os aspectos até então dissociados (HAUSNER, 2018).

Muitos entraves ocorrem nas relações de filhos para com os pais porque aqueles limitam-se a ressaltar os defeitos, sendo que a paternidade e a maternidade são algo muito maior. Quando analisadas em sua totalidade, induz a veneração, respeito e a humildade salutares, opondo-se à necessidade de carregar algo pelos pais ou de repetir, inconscientemente, seus padrões de comportamento (SANTANA, 2018), seja por expiação ou para

aliviar seus sentimentos de culpa, seja ela real ou suposta, pois a necessidade de pertencer, atua profundamente na alma um esforço transgeracional em busca de justiça e de compensação (HAUSNER, 2018).

“Todo trabalho terapêutico tem por objetivo a reconciliação e a integração de temas e pessoas que foram excluídos. Devido ao medo de deixar de pertencer à nossa família, tendemos a rejeitar ou a excluir de nós muitas coisas que no fundo da alma sabemos que nos pertencem” (HAUSNER, 2018, p. 182). Diferentemente das exclusões que amarram, enredam e limitam a vida, a sintonia, a aceitação e o reconhecimento (RICOEUR, 2006) são vividos como liberadores e salutares, mesmo diante de vivências perturbadoras ou traumáticas. Somente quem se harmoniza com o seu passado fica livre de seguir destinos alheios em forma de padrões de comportamento no futuro (HAUSNER, 2018).

[...] O movimento da reverência está presente e é uma forma simbólica de registrar esse respeito às gerações anteriores e às relações significativas de um sistema. Assim, cabe aos filhos, receberem o amor dos pais da forma como lhe é dado, e serem gratos. Quando os filhos reivindicam dos pais além do que eles dão, segundo Hellinger, cria-se uma desordem na hierarquia, ao passo que eles se sentem amargos e duros consigo. Ao reconhecer a grandeza da vida passada pelos pais, uma vez que a ‘vida é maior do que os pais’, e sentir isso como suficiente, a ordem se restabelece no sistema familiar e o amor volta a fluir. Em verdade, a constelação ensina as pessoas a receberem suas vidas de seus pais e seus antepassados (VIEIRA, 2017, p. 99).

A constelação permite olhar-se com maior distância emocional e, à partir disso, expressar o que sente (NUNES, 2016). Quando rejeição e desprezo se transformam em aceitação restabelece-se o equilíbrio da alma e, por acréscimo, o bem-estar do corpo (HAUSNER, 2018; SANTANA, 2018). Para dizer “sim” à vida que veio por meio dos pais e dos antepassados é necessário, em primeiro lugar, aceitar os pais, do jeito como foram e são, com suas possibilidades e limitações, assim como a história da família de que nascemos.

Trata-se da aceitação de si mesmo (URY, 2015; ROSEMBERG, 2003), do destino pessoal e também da situação de vida em que cada um se encontra, inclusive, assumindo a responsabilidade que lhe cabe (HAUSNER, 2018). “Nossa vida e nossa felicidade são marcadas pela atitude

que adotamos diante de nossos pais e da história de nossa família. Quem se sente em sintonia com sua família pode assumir sua vida em plenitude [...]” (HAUSNER, 2018, p. 39).

3.2 Desatando Nós e Criando Laços

Diante do até agora exposto, almeja-se incentivar um olhar mais humano (MORAES, 2015), sem delírios, que pudesse ser confrontado com a realidade dos fatos que cada um vivencia, buscando, dentro do que lhes é oferecido, um novo meio de caminhar (URY, 2015). A aceitação do passado de dor como parte de uma história que não é possível riscar ou apagar e o lidar com a realidade tal qual ela se apresenta (VIEIRA, 2017) seria um dos caminhos que ajudam a se posicionar no seu lugar dentro do sistema e a deixar os fardos no passado, em respeito às histórias e às memórias (RICOEUR, 2018).

O campo de informação. Você acessa esse campo e tem um saber imediato, um sentir imediato. Toda nossa história está dentro de nós. Junto com isso, lembrem que somos metade de cada um de nossos pais que também, por sua vez, tem as suas histórias. Quando viemos para o mundo, recebemos a herança de nossa família, essa carga, isso tudo que está em nós o tempo todo. É o que Schneider denomina por ‘percepção representativa’, nos percebemos e representamos a história do outro. É o que Lêda de Alencar chama de ‘heranças ocultas’. Quando montamos o campo da nossa família, quando chegamos aqui, essa história acontece, vem à tona. Não precisamos saber muito, não precisamos saber a história, mas ela flui aqui. Fica palpável, visível o que Anne Ancelin chama de ‘vínculos invisíveis’. Se tornam visíveis (VIEIRA, 2017, p. 128).

A constelação trabalha a vida como ela é. As pessoas vão trabalhar os incômodos das relações e na pessoa em si. Ao acolher (ALMEIDA, 2014), honrar e reverenciar os pais supre-se a tentativa inocente e amorosa dos filhos de carregarem seus fardos, reconciliando-os com as questões e escolhas deles, sem julgamentos (SANTANA, 2018; ROSEMBERG, 2003). Quando você se curva, é quando está pronto para crescer, pois você deixa a tendência a carregar o peso dos outros e segue sua própria vida desprendido do passado.

Isso ajuda o amor a fluir pois aceitar a história de seus pais, que também tiveram dificuldades, é um bom caminho para conseguir lidar melhor

com a sua (VIEIRA, 2017). “Então, a constelação trabalha o indivíduo dentro de um grupo. A força do grupo atua nele, mesmo que ele não tenha consciência disso. [...] Isso porque, pela teoria sistêmica, as exclusões costumam ser repetidas no intuito de serem ressignificadas” (VIEIRA, 2017, p. 156).

Percebe-se, portanto, que nossa família e nossos antepassados influenciam nossos destinos. “Não somos seres solitários, vivemos em uma grande rede de relações. Pela constelação, essa rede é atemporal, ou seja, considera que mesmo um passado mais distante possa influenciar nosso presente hoje” (VIEIRA, 2017, p. 189), é a consciência coletiva influenciando o indivíduo. A constelação o libera de traumas, carências, sentimento de tristeza, medo e auxilia na conquista de relações equilibradas e felizes (SANTANA, 2018) ao revelar dinâmicas ocultas pela percepção representativa de dinâmicas familiares transgeracionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, destaca-se a mediação no sub-ramo familiar assim como a constelação sistêmica familiar pois o objetivo é analisar relações afetivas continuadas de parentesco vez que pelo desenlace da pauta subjetiva das aparentes posições insurgem as reais necessidades das partes. Por este corte metodológico e, ainda assim, sem pretensão de exaurimento do tema, faz-se também um paralelo com a conciliação justamente para diferenciá-la dos métodos em destaque, sobretudo da mediação.

No ponto, destaca-se que a mediação e a conciliação são amparada pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflito de interesses tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e à sua peculiaridade e pelo Novo Código de Processo Civil – NCPC (Lei 13.105/2015). A mediação, em específico, também encontra diretrizes na Lei de Mediação Brasileira (Lei 13.140/2015). Apesar da divergência legal (art. 165, §§ 2º e 3º NCPC) e doutrinária entre conciliação e mediação em razão das especificidades de cada modelo não considera-se, contudo, como meios excludentes.

Nas mediações familiares, o afeto, ou seja, relações em sua índole afetiva, consagram valores subjetivos relevantes e complexos. Diante de

elementos sentimentais no tratamento da controvérsia familiar, é necessário compreensão, respeito e validação dos sentimentos para lidar com a sensibilidade pelas perdas e as frustrações das pessoas quando do fim de seus projetos pessoais. Ressalta-se a solução consensual em detrimento a decisão impositiva de um terceiro, sobretudo em lides familiares, porque a sentença dificilmente consegue realmente pacificar a carga emocional das partes com relação aos reais temores, queixas, mágoas e sentimentos confusos de amor e ódio.

A constelação, por sua vez, pode ser um instrumento a mais de resolução de conflitos, pela perspectiva do Sistema Multiportas e Multidisciplinar de Justiça apesar de ainda não ter sido reconhecida oficialmente pelo Conselho Nacional de Justiça. O método é baseado na visão sistêmica, pela qual o sujeito é considerado no contexto do seu lugar de fala, na análise do campo, correlato à memória coletiva de um sistema, e na transgeracionalidade, ou seja, leva-se em conta aspectos como a transmissão psíquica entre gerações e ascendência familiar.

Almeja-se um novo olhar sob os conflitos nos relacionamentos, com maturidade e sem julgamentos. Indo do autojulgamento ao autoconhecimento, da culpa à responsabilidade, da hostilidade à cordialidade e da exclusão à inclusão com enfrentamento e integração dos aspectos da alma que foram excluídos e dissociados o ressentimento dá lugar à reconciliação pois somente quem consegue ser empático consigo mesmo é capaz de se reconectar compassivamente com o outro.

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael *et al.* **Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil** / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: aportes práticos e teóricos. 2ª ed. São Paulo: Dash, 2016.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

- BERCKHAN, Barbara. **Como se Defender de Ataques Verbais**. Rio de Janeiro, Sextante, 2011.
- BRASIL. COMITÊ GESTOR NACIONAL DA CONCILIAÇÃO. **Manual de Mediação Judicial**. 6ª ed. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- BRASIL. LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. **Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias**. Brasília, DF, jun. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 29 out.2017.
- BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010. **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 29 out.2017.
- BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 out.2017.
- CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- CERRUTI, Marta Quaglia. **Psicanálise e mediação: uma possibilidade de escuta** In MUSZKAT, Malvina Ester (Org.). **Mediação de Conflitos: pacificando e prevenindo a violência**. 3ª ed. São Paulo: Summus, 2002.
- DANOVI, Filippo; FERRARIS, Federico. [a cura di]. **ADR Una giustizia complementare**. Giuffrè Francis Lefebvre. Milano. 2018.
- DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A. P. **Psicologia das Relações Interpessoais: vivências para o trabalho em grupo**. Petrópolis, Vozes: 2014.

- GOLDBERG, Flavio. **Mediação em Direito de Família:** aspectos jurídicos e psicológicos. São Paulo: Foco, 2018.
- HAUSNER, Stephan. **Constelações Familiares e o Caminho da Cura:** a abordagem da doença sob a perspectiva de uma medicina integral. São Paulo: Cultrix, 2018. Tradução de Newton de Araújo Queiroz.
- HELLINGER, Bert; HOVEL, Gabriele Ten. **Constelações Familiares:** o reconhecimento das ordens do amor. São Paulo: Cultrix, 2017. Tradução de Eloisa Giancoli Tironi e Tsuyuko Jinno-Spelter.
- HELLINGER, Bert; WEBER, Gunthard; BEAUMONT, Hunter. **A Simetria Oculta do Amor:** por que o amor faz os relacionamentos darem certo. São Paulo: Cultrix, 2018. Tradução de Gilson César Cardoso de Sousa.
- HELLINGER, Bert. **No Centro Sentimos Leveza:** conferências e histórias. São Paulo: Cultrix, 2018. Tradução de Newton de Araújo Queiroz.
- HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor:** um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo: Cultrix, 2017. Tradução de Newton de Araújo Queiroz.
- JACOB, Sir Jack I. H. **The Reform of Civil Procedural Law.** *In* The Law Teacher. Vol. 14. 1980. pp. 1-30.
- LEITE, Rodrigo Corrêa. **O Poder da Escutatória:** feedback genuíno para transformação pessoal e construção de relações duradouras. São Paulo: Évora, 2016.
- MENKEL-MEADOW, Carrie. **The trouble with the adversary system in a postmodern, multicultural world.** *In* William and Mary Law Review. Vol 38. 1996. pp. 05-44.
- MINICUCCI, Agostinho. **Relações Humanas:** psicologia das relações interpessoais. 6ª ed. São Paulo, Atlas, 2015.

- MORAES, Daniela Marques de. **A Importância do Olhar do Outro para a Democratização do Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015
- NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de Mediação**: guia prático da auto-composição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. Belo Horizonte, Del Rey, 2016.
- RICOEUR, Paul. **A Memória, a história, o esquecimento**. São Paulo, Unicamp, 2018.
- RICOEUR, Paul. **Percurso do Reconhecimento**. São Paulo, Loyola, 2006.
- RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação Judicial no Brasil**: avanços e desafios a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 4ª ed. São Paulo: Agora, 2003. Tradução de: Mário Vilela.
- SANDER, Frank E. A. **The Multi-Door Courthouse Settling Disputes in the year 2000**. In Barrister, ABA Young Lawyers Div. Vol. 03, 1976. pp. 18-42.
- SANTANA, Emília. **Constelação Sistêmica Familiar**: as leis do amor. São Paulo: Alfabeta, 2018.
- SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. **Apresentação de Trabalhos Acadêmicos**: normas e técnicas. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos**: da teoria à prática. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4ª ed. São Paulo: Gen/método, 2018.
- URY, William. **Como Chegar ao Sim com Você Mesmo**: o primeiro passo em qualquer negociação, conflito ou conversa difícil. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos:** e práticas restaurativas. 5ª ed. São Paulo: Gen/método, 2017.

VICENTE, Reginandréa Gomes; BIASOTO, Lilian Godau dos Anjos Pereira. **O Conhecimento Psicológico e a Mediação familiar.** In MUSZKAT, Malvina Ester (Org.). **Mediação de Conflitos: pacificando e prevenindo a violência.** 3ª ed. São Paulo: Summus, 2002.

VIEIRA, Adara Campos. **Constelação Sistêmica no Judiciário.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.