

Volume 1

U Universidade de Itaúna
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

PROTEÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS, GOVERNANÇA E
NOVAS FORMAS DE
INTEGRAÇÃO



Organizadores
Carla Ribeiro Volpini Silva
Jamile Bergamaschine Mata Diz
Renata Mantovani de Lima

Anais VI Seminário Internacional

Organizadores
Profa. Dra. Carla Ribeiro Volpini Silva
Profa. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz
Profa. Dra. Renata Mantovani de Lima

VI Seminário Internacional

**Proteção dos direitos humanos,
governança e novas formas de
integração**

23 a 25 de maio de 2018

Volume 1



Conhecimento
Editora

Belo Horizonte
2018

Revisão: Responsabilidade dos Autores

Diagramação: Universidade de Itaúna

Conhecimento Livraria e Distribuidora
Rua Maria de Carvalho, 16
31160-420 – Ipiranga – Belo Horizonte/MG
Tel.: (31) 3273-2340
Vendas: comercial@conhecimentolivraria.com.br
Editorial: conhecimentojuridica@gmail.com
www.conhecimentolivraria.com.br

Conselho Editorial:

Fernando Gonzaga Jayme
Ives Gandra da Silva Martins
José Emílio Medauar Ommati
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
Maria de Fátima Freire de Sá
Raphael Silva Rodrigues
Régis Fernandes de Oliveira
Ricardo Henrique Carvalho Salgado
Sérgio Henriques Zandona Freitas

341.272 Seminário Internacional de Proteção dos
S471 direitos humanos, governança e novas
2018 formas de integração, 6, 2018, Belo Hori-
v.1 zonte / [organizado por] Carla Ribeiro
Volpini Silva, Jamile Bergamaschine Mata
Diz [e] Renata Mantovani de Lima. – Belo
Horizonte: Conhecimento Editora, 2018.
374p. ; 21cm (Programa de Pós-graduação
Stricto Sensu em Direito da Universidade
de Itaúna, MG)

Vários autores.
ISBN: 978-65-990101-7-0

1. Direito- Anais de congresso. 2. Di-
reito constitucional. 3. Direitos humanos.
4. Direitos humanos internacional. 5. Di-
reito feminista. 6. Direitos humanos. 7.
Direitos fundamentais. I. Silva, Carla
Ribeiro Volpini (Org.). II. Diz, Jamile
Bergamaschine Mata (Org.). III. Lima, Re-
nata Mantovani (Org.). IV. Título.

CDDir - 341.272
CDD(23.ed.)-341.48

APRESENTAÇÃO

Entre os dias 23 a 25 de maio de 2018 foi realizado, pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna, o **VI Seminário de Direito Internacional “Proteção dos Direitos Humanos, governança e novas formas de integração” – Volume 1.**

O evento, organizado pelas Professoras Dra. Carla Ribeiro Volpini Silva, Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz e Dra. Renata Mantovani de Lima, contou com a presença de alunos e professores do Programa, além de alunos e professores da graduação em Direito da Universidade de Itaúna, e, principalmente, com a participação de professores convidados de todas as reuniões do Brasil e do exterior, que ministraram palestras durante três dias.

É importante ressaltar a importância desses seminários para a divulgação da pesquisa científica institucional e de seu intercâmbio com outras instituições.

Que a iniciativa, que já está consolidada em nível institucional, continue gerando bons frutos acadêmicos para toda a sociedade envolvente!

Prof. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

SUMÁRIO

OS EFEITOS JURISPRUDENCIAIS DOS DIREITOS FEMINISTAS SOB O NOVO MODELO BRASILEIRO PROCESSUAL CIVIL

Alice Rocha da Silva

Susana Ribeiro Moita

09

DA EUROPA DOS MERCADOS À EUROPA DAS PRISÕES COMO TERRORISMO, XENOFOBIA E PARANOIA ENTRARAM NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA (2001-2006)

Arno Dal Ri Júnior

39

REFLEXÕES SOBRE O CONSUMO NA HIPERMODERNIDADE: O DIAGNÓSTICO DE UMA SOCIEDADE CONFSSIONAL

Dennis Verbicaro

Lays Soares Dos Santos Rodrigues

70

PONDERAÇÕES SOBRE A CONSIDERAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS HUMANOS: APONTAMENTOS SOBRE SUA FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Flávia de Ávila

99

A INFLUÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA NO DIREITO INTERNACIONAL: REFLEXÕES RECENTES

Lucas Carlos Lima

119

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro</i>	131
FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE E O CONFLITO COM O DIREITO SUBJETIVO À MORADIA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL <i>Marcelo Sampaio Siqueira</i>	148
BREXIT AND THE FUTURE OF THE EU: MOVE-BACK OR MOVE-FORWARD? <i>Nuno Cunha Rodrigues</i>	167
A AUTORIDADE DAS DECISÕES DE ÓRGÃOS JUDICIAIS OU QUASI-JUDICIAIS INTERNACIONAIS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: DIÁLOGO OU COMPETIÇÃO? <i>Paolo Palchetti</i>	191
A UNIVERSALIDADE DO JUÍZO CONCURSAL: QUESTÕES SOBRE A INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL NO CONTEXTO BRASILEIRO <i>Renata Mota Maciel Madeira Dezem</i>	208
A ADOÇÃO DA LICENÇA PARENTAL EM SUBSTITUIÇÃO DAS LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE: COMO MEDIDA DE IGUALDADE DE GÊNERO <i>André dos Santos Gonzaga</i> <i>Igor Henrique Amaral Vasconcelos</i>	231
A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS E A SUA LIMITAÇÃO FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO <i>André Geraldo Santos Cardoso de Mesquita</i>	256

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DA DECISÃO PARADIGMA
PROFERIDA PELO STF NO HABEAS CORPUS 126.292**

Marco Antônio de Souza

Bruno Martins Teixeira

274

**APOSENTADORIA ESPECIAL PARA O SERVIDOR PÚBLICO
COM DEFICIÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL
ESQUECIDO?**

Bruno Martins Teixeira

Marco Antônio de Souza

303

**ESTADO DE DIREITOS HUMANOS E ANÁLISE DA
CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO DE INTERVENÇÃO
FEDERAL NO RIO DE JANEIRO**

Carla Aliny Peres Dias

Rafaela Cândida Tavares Costa

328

**ENTRE O UNIVERSALISMO E O RELATIVISMO
CULTURAL: A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA
TRANSCENDENTAL DE INTEGRAÇÃO E PROMOÇÃO DO
MULTICULTURALISMO**

Daniele Aparecida Gonçalves Diniz Mares

355

OS EFEITOS JURISPRUDENCIAIS DOS DIREITOS FEMINISTAS SOB O NOVO MODELO BRASILEIRO PROCESSUAL CIVIL

THE CASE OF JURISPRUDENTIAL EFFECTS OF THE FEMINIST RIGHTS ON THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL MODEL

*Alice Rocha da Silva**
Susana Ribeiro Moita♦

RESUMO

Na tentativa de atender os princípios constitucionais e às crescentes demandas sociais dos movimentos, o modelo jurídico brasileiro tem sido modificado ao tentar equilibrar o valor da lei positivada e da jurisprudência da tese jurídica para dar maior acesso à justiça e segurança jurídica à sociedade. O Movimento Feminista Brasileiro pode ser estudado como espelho dos demais movimentos devido seu sensível crescimento ativo, apesar da pequena resposta estatal à suas demandas. Para verificar se o Movimento Feminista Brasileiro está sendo

* Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III, França. Mestre em Direito pelo UniCEUB. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). Email: rochaalice@yahoo.com.br

♦ Mestranda do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Uberlândia, Especialista em Gestão, de Projetos pelo UNICESP, Graduada em Ciência Política pela Universidade de Brasília, Graduada em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Integrante dos Grupos de Pesquisa de Políticas Públicas, do CBEC (Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais) e do CBEC Fraternal do UNICEUB. Email: ribeiromoita@gmail.com

beneficiado por essas mudanças do modelo jurídico brasileiro, elaboramos uma pesquisa quantitativa da jurisprudência das teses jurídicas dos tribunais superiores por revelarem a situação nacional. A quantidade de teses jurídicas que tratavam dos direitos da mulher e do sistema processual civil de nosso país demonstrou que perante o universo de casos sob o Código de Processo Civil, os que tratam da mulher são ínfimos. Quanto as teses jurídicas que utilizavam dos instrumentos valorativos da jurisprudência, não houve crescimento com a vigência do Novo Código de Processo Civil. Devido ao curto lapso temporal de aplicação do NCPC, é difícil alcançar uma conclusão absoluta, por isso não se pode ainda admitir que esse resultado possa demonstrar uma tendência negativa à construção de um modelo jurídico brasileiro próprio para responder às demandas sociais e atender aos princípios constitucionais.

Palavras-chave:

Movimento Feminista Brasileiro, Modelo Brasileiro Processual Civil, Demandas Feministas, Novo Código de Processo Civil

ABSTRACT

The attempt to comply with constitutional principles and the growing social demands of the movements, the Brazilian legal model has been modified in trying to balance the value of the positive law and the jurisprudence of the legal thesis to give greater access to justice and legal certainty to society. The Brazilian Feminist Movement can be studied as a mirror of the other movements due to its sensitive active growth, despite the small state response to its demands. Verifying if the Brazilian Feminist Movement is being benefited by these

changes of the Brazilian legal model, we have developed a quantitative investigation of the jurisprudence of the legal theses of the superior courts because they reveal the national situation. The number of legal theses dealing with women's rights and the civil procedural system of our country showed that towards the universe of cases under the Code of Civil Procedure, those that deal with women are too small. As far as the legal arguments using the valuation tools of the jurisprudence, there wasn't growth with the validity of the New Code of Civil Procedure. Due to its small operating time, it is difficult to state an absolutely conclusion, so that we can't admit that this result can demonstrate a negative trend in the construction of a Brazilian legal model itself to respond to social demands and to comply with constitutional principles.

Key words:

Brazilian Feminist Movement, Brazilian Model Civil Procedural, Feminist Demands, New Civil Procedure Code

1. INTRODUÇÃO

A ausência da garantia do mínimo de conforto social no tocante aos próprios direitos constitucionais da Seguridade Social, disponibilizados nos artigos 194 a 204 da Constituição Federal de 1988: Previdência Social, Assistência Social e Saúde Pública, faz com que diversos movimentos sociais se multipliquem em busca de seus direitos particulares, criando um ambiente social instável e de insegurança jurídica.

Em busca de suprir essas crescentes demandas sociais, o direito brasileiro vem passando por uma tendência de mudança valorativa entre suas fontes. Originalmente, o direito brasileiro dava primazia ao positivismo legal, assim como a família jurídica do *civil*

law, dando um valor secundário a jurisprudência, a qual a família jurídica do *common law* valoriza primordialmente. Todavia, o direito brasileiro vem absorvendo cada vez mais influências da família do *common law*, buscando um sistema jurídico próprio, onde almeja-se um equilíbrio valorativo entre as fontes legais e jurisprudenciais.

Essa tendência é uma resposta também ao Neoconstitucionalismo que busca aplicar as leis à luz de uma hermenêutica que analise os fatos jurídicos sob o espectro dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, mas sem deixar o positivismo jurídico para trás.

Nesse enquadramento jurídico, podemos destacar o Movimento Brasileiro Feminista por ser visível um sensível crescimento de suas atividades em busca de acesso à justiça e segurança jurídica quanto aos direitos feministas.

A fim de avaliar o potencial da nova tendência jurídica brasileira de resposta às diversas demandas do Movimento Feminista Brasileiro, relacionamos estas aos Códigos de Processo Civil de 1973 e, o atual, de 2015.

Para tanto, é imprescindível conhecer as fases do Movimento Feminista Brasileiro, suas atuais demandas e os possíveis instrumentos capazes de alcançar suas demandas, além de conhecer a tendência de construção de um modelo jurídico brasileiro próprio, as mudanças legais sofridas pelo direito feminista processual civil desde a Constituição de 1988 e os efeitos jurisprudenciais no que tange aos direitos feministas processuais civis.

2. O MOVIMENTO FEMINISTA BRASILEIRO

Para uma melhor compreensão do Movimento Feminista Brasileiro considera-se importante uma suscinta apresentação de suas fases históricas, suas demandas contemporâneas e os possíveis instrumentos para alcançá-las.

2.1 AS FASES DO MOVIMENTO FEMINISTA BRASILEIRO

O Movimento Feminista está dividido em três fases sobrepostas que se distinguem pela ideologia dominante em cada época segundo os historiadores.

A Primeira Fase foi marcada pela busca do sufrágio universal, entre o fim do século XIX e o início do século XX, sem modificar a estrutura patriarcal de separação entre o espaço público e o privado.

No Brasil essa fase foi marcada pela concessão do direito de voto às mulheres em 1932, durante o Governo de Vargas. Após essa conquista, o Movimento Feminista ficou adormecido durante toda ditadura.

A Segunda Fase teve como ideologia dominante a busca pela igualdade jurídica e social entre homens e mulheres em meados do século XX. Enquanto o Movimento Feminista Mundial reivindicava uma série de reformas jurídicas, por acreditar que a igualdade nas leis entre homens e mulheres bastaria para resolver a discriminação em que eram submetidas, o Movimento Feminista Brasileiro já via nitidamente que era necessário questionar a subversão de que as mulheres eram submetidas por meio do patriarcado.

Essa fase somente teve expressão no Brasil no fim da ditadura militar, após 1970, com a criação de Conselhos Estaduais e Municipais da Condição Feminina, ponte entre a sociedade civil e o Governo, a fim de executar e propor políticas públicas; do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em 1985; das Delegacias especializadas no atendimento à mulher com papel de repressão; e com a conquista de 80% de suas demandas acolhidas a elaboração da Constituição de 1988.

Por falta de autonomia administrativa e orçamentária e pela integração com outros órgãos da Administração, a atuação dos Conselhos se limitou à:

... assessoria na elaboração dos projetos, o que funciona como propaganda positiva para o Estado, na medida em que se baseiam na elaboração já existente do movimento, dando aos projetos um discurso feminista; além disso, seu sucesso em incorporar diferentes setores no movimento em fóruns de discussão da política do Estado, mas que não têm qualquer poder de decisão, amplia a visão de abertura democrática, com a abertura de espaços de discussão política. A ampliação dos projetos, entretanto, fica a cargo de outras secretarias ou ministérios.¹

Já as normas constitucionais englobaram:

... a igualdade na família (aboliu-se a figura do chefe) que passou a ser considerada “Uma Sociedade Conjugal, cujos direitos e deveres são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (...), o divórcio pode ser requerido após um ano de separação judicial, podendo as pessoas se divorciar quantas vezes

¹ COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas. Salvador: UFBA, 2008, p. 290.

quiserem (anteriormente só poderiam se divorciar uma vez); crianças e adolescentes ficam aos cuidados não apenas da família, mas da Sociedade e do Estado. Filhos havido dentro ou fora do casamento passam a ter igualdades de direitos. Na questão da violência, a lei prevê que o Estado intervirá inclusive no interior do grupo familiar, modificando a noção do absoluto pátrio-poder. O planejamento familiar “é livre decisão do casal “(...), cabendo ao Estado proporcionar “recursos educacionais e científicos”. ”²

Uma importante ressalva é que antes da Constituição de 1988, as creches eram vistas como assistencialismo, familismo e subsidiariedade estatal, o que se tornou um direito social, o que comprova a importância desta Carta como instrumento de absorção da cultura do Movimento Feminista Brasileiro.

A Terceira e última fase se observa a predominância das demandas dos grupos marginalizados, utilizando a reflexão coletiva das mulheres e sua troca de experiências heterogêneas, devido a existência de diversas formas de subordinação derivadas das diferenças culturais, sociais, políticas e econômicas que geram demandas ambíguas ou até contraditórias.

² COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas. Salvador: UFBA, 2008, p. 385.

Assim, a Terceira Fase do Movimento abraçou as causas mais heterogêneas possíveis, tais como:

- liberalismo: busca a igualdade entre os sexos, mas sem mudança estrutural da sociedade;
- radicalismo: também anseia pela igualdade entre os sexos, mas com mudanças na estrutura social;
- conservadorismo: se satisfaz com a estrutura contemporânea;
- libertarismo: enfoca a liberdade individual por cada um ser proprietário de sua própria vida;
- separatismo: não aprova a heterossexualidade;
- ecofeminismo: sob vieses neomalthusianos, não responsabiliza o crescimento populacional pelo aumento da pobreza, mas pela destruição ambiental;
- marxismo: acredita que a opressão das mulheres é derivada da criação da propriedade privada;
- anarcafeminismo: defende a tomada de poder pelas mulheres a fim de destruir as raízes do patriarcalismo;
- negrismo ou pós-colonialismo: busca superar a Segunda Fase do Movimento que tinha como porta voz as mulheres brancas e ricas, as quais não supriam nem revelavam as verdadeiras demandas sociais dos grupos marginalizados tanto na sociedade como um todo quanto dentro do próprio Movimento Feminista;
- construtivismo: argumenta que o conceito de gênero é construído por meio do discurso social e cultural; e
- lipstickismo: resgata os símbolos tradicionalmente reconhecidos como femininos.

Essa heterogeneidade do Movimento Feminista teve nítidos reflexos a partir dos anos 90 no Brasil.

Por ser um país que o mínimo de conforto social não era assegurado, que a divisão sexual fazia parte

da estrutura social e que estava sofrendo uma ampliação vertiginosa da participação feminina no mercado de trabalho, devido à crise econômica instaurada, a Terceira Fase do Movimento Feminista Brasileiro teve cara esquerdista, humanizador do público e politizador do privado, entrelaçando a esfera privada com a esfera pública, tendo como palco as universidades e os partidos.

Além desses, as mulheres utilizavam os sindicatos como instrumentos para articular as demandas do mundo privado no mundo público, apesar de na prática terem pouca participação a nível das direções sindicais por “...desigual representação de gênero na hierarquia partidária, (e) nos centros de poder sindicais...”³

Apesar de ter uma vertente partidária e/ou sindical, em que a base do Movimento eram organizações religiosas, políticas e feministas, hoje o Movimento Feminista Brasileiro busca sua autonomia e distanciamento do Governo, fazendo com que os Conselhos se auto representem, ao invés de representar um determinado Governo ou força dominante.

Para garantir essa autonomia, o Movimento tem buscado a dupla militância, ou seja, participar tanto dos assuntos pertinentes aos Partidos Políticos, quanto dos Sindicatos, de forma a não contaminar os assuntos pertinentes a militância feminista.

Para Costa e Sardenberg⁴, essa autonomia é vista como meio de estender aos indivíduos enquanto modeladores de outros indivíduos, pois ao criar meios de expressão relativamente autônomos se permite responder as demandas singulares.

³ COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas. Salvador: UFBA, 2008, p. 264.

⁴ COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas. Salvador: UFBA, 2008.

Castro e Abramovay⁵ destacam que para o Movimento a palavra gênero não está ligada ao sexo informado, mas ao discurso produzido por cada indivíduo, alegado pelo feminismo construtivista.

Além disso, as autoras acreditam que, mesmo reconhecendo que o sexo e a raça são elementos que produzem profundas desigualdades estruturais na sociedade, o Brasil ainda tem pouca disponibilidade de incorporá-los na elaboração das suas políticas públicas por crença no mito de que “a discriminação não se dá pela raça, mas pela pobreza, e de que as mulheres se encontram no mesmo patamar de discriminação e desigualdade.”⁶

Por isso, não se entende que a hierarquização entre mulheres brancas e negras aumenta a separação entre elas dentro do próprio Movimento Feminista, o que impossibilita a eliminação das diferenças por acreditarem que exista uma globalização de classes e raças.

Superada a ideologia dominante de busca da igualdade entre os sexos das Primeiras e Segundas Fases do Movimento, a Terceira Fase entende que a diferença entre os sexos é vital tanto quanto a solidariedade entre eles, pois a desigualdade de gênero é consequência da sustentabilidade social.

Castro e Abramovay creem que essa sustentabilidade pode ser construída por intermédio do

... acesso à terra; estrutura fundiária rural; crédito rural e distribuição; e efeitos por gênero de tecnologias de organização econômica da produção de alimentos; (...)

⁵CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. . **Gênero e Meio Ambiente**. Sao Paulo: Cortez Editora, UNESCO, UNICEF, 1997.

⁶CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. . **Gênero e Meio Ambiente**. Sao Paulo: Cortez Editora, UNESCO, UNICEF, 1997. v. 1, p. 21.

sistema de informações estatísticas sobre trabalho na área rural; indicadores de qualidade de vida relativos ao meio ambiente (...); saneamento; água (...); fontes de energia; valor nutricional (...); situação quanto à habitação; déficit habitacional e qualidade de transporte urbano e rural (...); ritmo de vida na contemporaneidade; dupla jornada; duração do trabalho; tempo de lazer e de sono; efeitos do aumento da economia domiciliar sobre as mulheres (...); situação das meninas e das adolescentes quanto às condições do lugar de trabalho e de moradia; presença e tipo de participação das mulheres na maquinaria do Estado (...); orçamento público e lugar dos programas relacionados a questões ambientais, tendo em vista gênero dos beneficiários (...); estado da legislação e o lugar da mulher nessa, quanto a: propriedade da terra e do lugar de moradia; proteção dos trabalhadores contra atividades e relações de trabalho que impliquem risco à saúde; tecnologias alternativas disponíveis e possibilidades de participação das mulheres como inventoras e usuárias das tecnologias; tipos de instrumentos usados no

trabalho e sua conveniência, considerando a mulher, seu corpo; programas de segurança social, aumento do desemprego, dos sem-teto, dos sem acesso à subsistência básica e dos sem-terra; conhecimentos sobre identidade masculina e trabalhos com os homens, em plano relacional homem/mulher, em áreas que tradicionalmente são consideradas da mulher (...)

7

Assim, podemos delinear as atuais demandas do Movimento Feminista Brasileiro em busca da equidade de gêneros.

2.2 AS ATUAIS DEMANDAS DO MOVIMENTO FEMINISTA BRASILEIRO

Direitos e sujeitos que em fases anteriores eram omitidos ganharam enfoque. Exemplo disso foi a Agenda 21 de Ação das Mulheres, derivada da ECO-92, que além de ter visado integrar as questões de gênero com as de meio ambiente, inseriu no discurso feminista temas como a governança, o militarismo, a globalização, os direitos da terra, a segurança alimentar, os direitos das mulheres, os direitos reprodutivos, a ciência e a tecnologia, e a educação.

Em 1994, a Conferência Preparatória do Fórum de ONGs da América Latina e Caribe predominou

⁷CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. . **Gênero e Meio Ambiente**. Sao Paulo: Cortez Editora, UNESCO, UNICEF, 1997. v. 1, p. 130.

a “justiça social entre homens e mulheres, equidade entre os gêneros, defesa de direitos específicos e associação entre desenvolvimento sustentado e direitos à cidadania, e políticas públicas no combate às desigualdades sociais”⁸, mas não obteve grandes resultados.

Já o RIO+10 ou Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2002, tratou de temas, tais como:

“...descentralização, redistribuição do poder, transparência e governabilidade democrática, perspectiva de desenvolvimento sustentável, ética e democracia, poder e participação política das mulheres, globalização – suas ameaças e possibilidades e o respeito à diversidade (... além de permanecer com o tratamento da) inclusão de raça, etnia, classe social e opção sexual, a importância da educação e a necessidade de informações qualificadas e acessíveis, o papel da mídia na construção da imagem da mulher e de uma cultura de paz”⁹.

Para tentar por em prática os acordos assinados, foi criada a Secretaria de Política para Mulheres

⁸ABRAMOVAY, M.; CASTRO, M. . **Engendrando um novo feminismo, mulheres líderes de base**. Brasília: UNESCO, 1998. v. 1, p. 52.

⁹CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. . **Gênero e Meio Ambiente**. Sao Paulo: Cortez Editora, UNESCO, UNICEF, 1997. v. 1, p. 16.

em 2003, contando com a participação de membros da sociedade civil e do Governo.

Mais de uma década depois a Agenda de Ação das Mulheres pela Paz e por um Planeta Saudável de 2015 tratou de temas recorrentes: “Paz e Direitos Humanos; Globalização e Sustentabilidade; Acesso a Controle e Recursos; Segurança Ambiental e Saúde; e Governança para o Desenvolvimento Sustentável”¹⁰; o que demonstra uma permanência, de forma mais aprimorada, nas temáticas levantadas no início dos anos 90.

Apesar da ocorrência de eventos e, por conseguinte, a assinatura de agendas que tenham como enfoque a defesa das demandas dos grupos marginalizados.

Costa e Sardenberg¹¹ destacam ainda outras demandas feministas: igualdade salarial; disponibilização de creches que possibilitem tempo suficiente para sua inserção no mercado de trabalho; serviços de saúde eficientes; transporte público eficientes; escola e creches de tempo integral; parques gratuitos; restaurantes populares; lavanderia coletiva; representação política; e voz autônoma.

As autoras salientam que a maioria das demandas feministas giram ao redor do tempo disponível para as mulheres tanto para o exercício do trabalho remunerado quanto para seu descanso, unindo o espaço privado e público em equilíbrio retroalimentativo, um sustentando o outro.

Diante uma heterogeneidade de demandas, devemos buscar instrumentos para alcançá-las de forma efetiva e eficaz.

¹⁰ CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. **Gênero e Meio Ambiente**. Sao Paulo: Cortez Editora, UNESCO, UNICEF, 1997. v. 1, p. 15.

¹¹ COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. **O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas**. Salvador: UFBA, 2008.

2.3 POSSÍVEIS INSTRUMENTOS PARA ALCANÇAR AS ATUAIS DEMANDAS DO MOVIMENTO FEMINISTA BRASILEIRO

Além de dispositivos normativos e de uma jurisprudência de encontro com os direitos feministas demandados, é mister seu funcionamento em conjunto com políticas públicas adequadas que produzam efeitos efetivos e eficazes na supressão das demandas feministas.

Mecanismos de controle social que garantam o cumprimento dos objetivos firmados nos acordos firmados durante os eventos realizados também poderiam ser ferramentas úteis para que os Estados busquem colocar em prática o que se comprometeram.

Além disso, a disponibilização de recursos suficientes para as Organizações Não-Governamentais e uma educação social quanto aos instrumentos disponibilizados pelas cortes internacionais para o monitoramento do cumprimento dos acordos firmados internacionalmente seriam catalizadores para o alcance dos direitos feministas buscados, proporcionando ao Movimento o acesso à justiça e a segurança jurídica tão almejada pela sociedade brasileira.

Costa e Sardenberg acreditam que somente por meio de uma democracia participativa e construtiva será possível alcançar as reivindicações feministas.

A Educação Popular poderia ser utilizada como instrumento de reforço dessa democracia participativa ao produzir e transmitir "... conhecimentos e informações de maneira horizontal e participativa, implicando da retroalimentação do processo de aprendizagem conjunta (...) assim como no Feminismo não existe o que sabe e ensina para aquela que não sabe e só

aprende. Uma aprende com a outra e ambas vivenciam um processo”¹², desencadeando um processo multiplicador.

Isso acontece devido a diferença de caracteres entre os gêneros masculino e feminino ser produto dos acontecimentos culturais “... a que o indivíduo é forçado no curso do seu desenvolvimento”¹³, o que já fora assinalado por Castro e Abramovay.

Alguns pré-requisitos devem ser alcançados a fim de responder concretamente aos desejos feministas:

... a) Autonomia do movimento de mulheres em relação ao Estado, partidos políticos e entidades religiosas; b) garantia do exercício da democracia no interior do movimento e impulsionamento de instâncias coletivas de decisão; c) respeito às instâncias deliberativas e de direção existentes dentro do movimento de mulheres; d) unificação das lutas das mulheres do campo e da cidade; e) impulsionamento da articulação e integração do movimento de mulheres ao conjunto das lutas do movimento popular e movimento sindical, sem que isto signifique perigo de perder sua unidade e especificidade como movimento de libertação das mulheres, na perspectiva de construção

¹² COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas. Salvador: UFBA, 2008, p. 338.

¹³ COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas. Salvador: UFBA, 2008, p. 315.

do sindicalismo; f) definição de um posicionamento político geral em relação à situação política do país, buscando forjar seu caráter anticapitalista e anti-imperialista; g) defesa do caráter feminista e anti-patriarcal do movimento de luta pela libertação das mulheres, buscando colaborar para que os amplos setores do movimento de mulheres venham a se colocar nesse campo; h) defesa intransigente do direito de decisão e autonomia das mulheres em todas as questões que digam respeito ao seu controle sobre suas próprias vidas e denúncia de todas as formas de sua discriminação e opressão.¹⁴

A criação de comissões seria outro método que orientaria os pais e professores a fiscalizar os livros didáticos e utilizar os meios de comunicação para discutir e divulgar propostas igualitárias, não somente no campo da lei, mas também na família, na escola, na igreja, nos meios de comunicação e na ciência.

Outra proposta seria a criação de Oficinas da Identidade que enfatizam tanto o pessoal quanto o político de forma a auxiliar a reflexão, a ajudar a romper o isolamento e a desencadear as mudanças de comportamento necessárias.

Todas aquelas atitudes visam:

¹⁴ COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas. Salvador: UFBA, 2008, p. 286.

... a) articular as lutas das mulheres que se encontram dispersas, visando o fortalecimento e o crescimento dessas lutas; b) a partir da sua formação procurar estabelecer contato com as obrigações dos vários municípios e estados para dar a conhecer nossas propostas, buscando a ampliação da coordenação; c) troca de experiências entre as organizações e ajuda mútua, de acordo com as capacidades e possibilidades diferenciadas do movimento; d) trabalhar no sentido de buscar formas unificadas de respostas para os sérios problemas financeiros que travam o avanço das lutas (...).¹⁵

Dessa forma, o indivíduo poderá se desenvolver de forma mais conveniente ao seu "...temperamento, desejos e vontade, independentemente do sexo a que pertença"¹⁶.

3. A TENDÊNCIA DA CONSTRUÇÃO DE UM MODELO BRASILEIRO PROCESSUAL CIVIL PRÓPRIO

O Movimento Feminista Brasileiro obteve vários êxitos no que tange a legislação infraconstitucional processual civil brasileira. Essas conquistas percorreram

¹⁵ COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas. Salvador: UFBA, 2008, p. 287.

¹⁶ COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas. Salvador: UFBA, 2008, p. 322.

um caminho iniciado em 2005 com a inserção de modificações ao Código de Processo Civil de 1973 até os dias atuais com a sanção do Novo Código de Processo Civil e suas consequentes promoções jurisprudenciais.

Cabe ressaltar que os valores dos institutos que já estavam encaminhados para modificação foram coerentemente modificados com a inserção do Novo Código em nosso ordenamento jurídico.

A jurisprudência vem sofrendo uma tendência de valoração como guia para discussão dos julgamentos, devido a adoção gradativa do sistema de controle de constitucionalidade, o que leva a uma convergência equilibrada entre os modelos da *civil law*, da nossa tradição romano-canônica da codificação civil, e a *common law*, de valorização da hermenêutica jurisprudencial.

Cabe ressaltar que o Brasil tem adotado um sistema misto de controle de constitucionalidade, não adotando o sistema puramente difuso, o qual compete a todos os órgãos do judiciário de origem americana, nem o sistema puramente concentrado, o qual compete a um único órgão do judiciário de origem austríaca.

Isso fez com que se criasse um sistema de precedentes brasileiro a fim de estabilizar as decisões judiciais e dar normatividade aos precedentes com caráter vinculante, procurando dar ao sistema maior isonomia, maior celeridade processual, maior economia judiciária e maior segurança jurídica ao permitir maior previsibilidade das expectativas estatais.

Apesar das críticas de que esse modelo limita o acesso a justiça de forma individual e causa estagnação da hermenêutica, o que se verifica é que o modelo anterior não conseguia suprir as demandas de massa jurisdicionais provocadas pela globalização que ampliaram os direitos

difusos, transindividuais ou metaindividuais, os quais exigem maior capacidade hermenêutica do direito.

Pedron, Xavier e Azevedo¹⁷ deixam claro que os precedentes são tratados no Brasil como norteadores para construção de uma tese jurídica participativa e interpretativa, podendo ser modificada conforme as peculiaridades de cada caso.

Esses tais direitos difusos e coletivos caminham junto ao Movimento Feminista Brasileiro, os quais unem o positivismo a uma maior heterogeneidade de fatos.

O Neoconstitucionalismo deu permissão a atuação positiva judicial para dar acesso à justiça a todos, independentemente do seu credo, cor, raça, sexo ou condição econômica, superando a concepção clássica da função judicial de “legislador negativo”.

... a finalidade do direito é o compromisso com a concretização dos direitos fundamentais. Os princípios normativos são chaves que abrem para inúmeras possibilidades de reconhecimento e defesa dos direitos. Ao mesmo tempo, são estes mesmos princípios que se constituem em ponte de ligação entre o direito e a moral.¹⁸

¹⁷ PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; XAVIER, Conceição Lourdes; AZEVEDO, Fábio Silva. **O Novo Código de Processo Civil e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Revista CRJ, Brasília, Ano XIX, n. 67, set./dez. 2015, p. 85-94.

¹⁸ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a Superação da Perspectiva Positiva do Direito**. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2011. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf?sequence=1>. Acesso em 12 mar. 2017.

De encontro com essa tendência de valoração da jurisprudência, o Código de Processo civil deu previsão a alguns instrumentos: súmulas vinculantes, as repercussões gerais e as técnicas de julgamento especiais repetitivos.

Segundo os artigos 102, inciso III, parágrafo 2º e o 103-A da Constituição Federal de 1988, a Súmula Vinculante é

Efeito

obrigatório de uma decisão definitiva tomada em instância superior em relação às decisões de instância inferior, as quais deverão observá-la sempre que se discuta matéria idêntica.

No Supremo Tribunal Federal, as decisões definitivas de mérito tomadas em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possuem efeito vinculante. As Súmulas desta Corte apenas produzirão efeito vinculante após a confirmação por dois terços de seus integrantes e

publicação na imprensa
oficial.¹⁹

Já a Repercussão Geral, segundo o artigo 102, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 1.035 do Código de Processo Civil de 2015, é

Instrumento processual que possibilita ao Supremo Tribunal Federal selecionar os Recursos Extraordinários que serão analisados, de acordo com os critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados ao STF, uma vez que, constatada a existência de repercussão geral, a Corte analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos.²⁰

Por fim, conforme o artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, as técnicas de julgamento especiais repetitivos são aplicáveis quando há uma multiplicidade de recursos especiais com teses jurídicas idênticas, cuja solução será aplicada a todas as demais com mesma questão de direito.

¹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=461>>. Acesso em 02 abr. 2017.

²⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acesso em 02 abr. 2017.

Por meio desses mecanismos podemos garantir maior celeridade e acesso à justiça para a heterogeneidade de grupos que o Movimento Feminista Brasileiro engloba de forma a não deixar nas mãos do legislador a tarefa de pensar cada possibilidade nesse universo infinito de formas que os fatos podem obter.

Deixa a cargo do jurista, portanto, guiando-se por meio das regras, dos princípios e dos valores constitucionais, a construção de uma hermenêutica mais homogênea mas que englobe a sociedade como um todo atendendo a todas suas particularidades e grupos ditos minoritários.

4. AS MUDANÇAS LEGAIS PROCESSUAIS CIVIS INSERIDAS EM RESPOSTA A NEOCONSTITUCIONALISMO E AO MOVIMENTO FEMINISTA BRASILEIRO

O caminho de conquistas alcançadas pelo Movimento Feminista Brasileiro no que tange as alterações do Código de Processo Civil de 1973 se inicia com a Lei 11.112 de 13 de maio de 2005 que altera o artigo 1.121 do Código de Processo Civil então vigente para incluir, como requisito indispensável à petição da separação consensual, o acordo entre os cônjuges relativo ao regime de visitas dos filhos menores.

Em seguida a Lei 11.441 de 4 de janeiro de 2007 altera os artigos 982, 983 e 1.031 e adiciona o artigo 1.124-A do Código de Processo Civil para possibilitar a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

Por último, a Lei 12.398 de 28 de março de 2011 modifica o inciso VII do artigo 888 do Código para a guarda e a educação dos filhos aos avós.

O Novo Código de Processo Civil, que iniciou sua vigência em 18 de março de 2016, produziu algumas mudanças no que tocam aos direitos positivados feministas. Enquanto antes qualquer dos cônjuges poderia ser citado para as ações fundadas em dívidas contraídas pelo marido, previsto no artigo 10 do Código de Processo Civil de 1973, agora qualquer dos cônjuges passa a poder ser citados para as ações fundadas em dívidas por quaisquer dos cônjuges, conforme artigo 73 do Código de Processo Civil de 2015.

Com relação a competência do foro, no artigo 100 do Código de Processo Civil de 1973 o foro competente era o da residência da mulher para a ação de desquite e de anulação de casamento; em 1977 o artigo foi retificado passando ser a residência da mulher para a ação de separação dos cônjuges e sua conversão em divórcio, e para a anulação de casamento. Já na nova versão do Código de Processo Civil, no artigo 53, o foro para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável passou a ser o do domicílio do guardião de filho incapaz, o do último domicílio do casal, se não tiverem filho incapaz, ou o do domicílio do réu, se nenhuma das partes residirem no antigo domicílio do casal.

A dispensa do arbitramento do valor da responsabilidade nas hipotecas em favor da mulher casada e da avaliação dos bens mencionados pelo marido por perito nomeado por juiz para garantirem o dote, prevista no artigo 1.206 do Código de Processo Civil de 1973, deixou de existir, pois denotava tratamento desigual entre os sexos.

O artigo 1208 do Código de Processo Civil de 1973, que trata da insuficiência dos bens oferecidos para a hipoteca legal em favor da mulher casada, também deixou de existir em favor também do tratamento igualitário entre os sexos.

Além dessas alterações quanto ao anterior Código de Processo Civil, logo em 25 de novembro de 2016, a Lei 13.363 estipulou direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que tivesse dado à luz e para o advogado que se torna pai.

5. OS EFEITOS JURISPRUDENCIAIS FEMINISTAS SOB O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E SOB O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A fim de avaliar o potencial das transformações que o modelo jurídico brasileiro, em específico no âmbito processual civil, tem passado quanto a garantia de acesso à justiça e de segurança jurídica ao Movimento Feminista Brasileiro, pesquisamos os sítios eletrônicos dos Tribunais Superiores: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, para ter uma visão nacional do Estado Brasileiro e não localizada.

Desta forma, em ambos sítios eletrônicos filtramos a jurisprudência com os termos “mulher” e “CPC-1973” e, logo em seguida, com os termos “mulher” e “CPC-2015”. No sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal obtivemos 777 acórdãos e dois documentos de repercussão geral quanto ao CPC-73.

Como os méritos das questões e decisões dos casos de repercussão geral geram um efeito vinculativo aos outros casos idênticos que aparecerem, denotando a tendência atual de valoração da jurisprudência, escolhemos selecioná-los como objeto de estudo.

Dentre esses dois documentos de repercussão geral, um chamou a atenção por discutir direito que distingue homens e mulheres. Trata-se da Repercussão Geral no Agravo de Instrumento 846.973 do Rio Grande do Sul.

A questão versava sobre a possibilidade de conceder pensão por morte à marido de ex-servidora

pública, tendo em vista que a Lei Estadual que tratava sobre o tema previa requisitos diferentes para esposas e maridos de ex-servidores. Ressaltou-se que não se pode exigir a comprovação de invalidez e/ou dependência econômica para o homem receber a pensão por morte se não há essas exigências para a mulher, ferindo o princípio da isonomia. Apesar de ter sido um tema julgado como de Repercussão Geral, o seu mérito ainda não foi julgado.

Já no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça obtivemos 336 acórdãos e dois acórdãos de recursos repetitivos. Como os acórdãos de recursos repetitivos também geram teses jurídicas idênticas, ou seja, valoração da jurisprudência, trabalhamos com sua análise.

Um teve como resultado a tese jurídica de que é exigível a representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal na hipótese de crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher no âmbito das relações domésticas ou familiares. O outro designa que a contribuição previdenciária deve incidir tanto sobre o salário maternidade quanto sobre o salário paternidade.

Portanto, o Código de Processo Civil de 1973 recebeu 1.117 demandas com relação aos direitos feministas nos Tribunais Superiores em seus 42 anos de vigência, sendo que apenas 4 casos permitiram uma maior valoração da jurisprudência feminista utilizando os instrumentos legais previstos para tanto.

É importante salientar que esses dados estão dentro do seguinte universo de casos que tratam do CPC-73 no Superior Tribunal de Justiça: 595 acórdãos repetitivos, 217 súmulas e 131.274 acórdãos; e no Supremo Tribunal Federal: 20.956 acórdãos e 530 repercussão geral.

Tendo esses universos em mente, podemos constatar o quanto os números de casos que tratam dos direitos das mulheres são ínfimos, pois de 153.572 casos que tratam do CPC-73, somente 1.117 também tratam dos

direitos feministas, o que equivale a 0,73% dos casos que invocam o CPC-73 pelos tribunais superiores.

Quanto ao universo dos casos que utilizam instrumentos que valorizam a jurisprudência como fonte de direito, enquanto os que tratam do CPC-73 são 1.973, os que interseccionizam com os direitos feministas representam somente 0,10%.

Já referente ao CPC-2015, o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal obtivemos um acórdão e um documento de repercussão geral interseccionado o termo “mulher”.

Cabe ressaltar que este acórdão não tem como objeto algum direito feminista e o caso de repercussão geral também não se trata de algum direito específico da mulher, mas possibilidade de ingressar na carreira de policial militar contendo uma tatuagem em seu corpo.

Enquanto no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça obtivemos somente 4 acórdãos. Dentre estes acórdãos somente 3 tratavam de direitos da mulher: um sobre crime de lesões corporais cometidos contra a mulher no âmbito doméstico e familiar; outro sobre possibilidade de prisão preventiva domiciliar quando o agente for mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos; e, por fim, outro um caso de distinção entre homens e mulheres do percentual de revisão do benefício de complementação de aposentadoria proporcional ao tempo de serviço.

Conferindo o universo de casos embasados somente no CPC-2015, verificamos que o Supremo Tribunal Federal tem 1.437 acórdãos e 21 de repercussão geral, enquanto o Superior Tribunal de Justiça conta com 25 acórdãos repetitivos, 17 súmulas e 1.536 acórdãos.

Desta forma, podemos concluir que enquanto 3 casos tratam dos direitos da mulher embasados no CPC-2015 nos tribunais superiores, estes já possuem 3.036 casos sob a tutela no Novo Código Civil em apenas pouco mais de um ano de vigência. Portanto, 0,10% dos casos

sob o CPC-2015 já tratam dos direitos feministas, simbolizando uma queda de 0,63% quanto ao CPC-73.

Por fim, quanto ao universo que utilizam os instrumentos que valorizam a jurisprudência como fonte de direito e buscam os direitos feministas, podemos constatar que nenhum dentre os 63 casos foi encontrado.

Desta forma, cremos que, apesar de ser muito recente o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015 para chegar a alguma conclusão, a utilização dos instrumentos de tendência valorativa da jurisprudência a fim de dar acesso à justiça e segurança jurídica ainda não estão produzindo resultados positivos para representar um novo caminho de alcance dos objetivos do Movimento Feminista Brasileiro, como para os demais movimentos sociais, para garantia de fato do cumprimento dos princípios constitucionais.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante a tendência Neoconstitucionalista brasileira, a jurisprudência ganha um crescente valor como fonte de direito, fazendo com que a lei positivada, sua original fonte primária de direito, divida um espaço equilibrado com a jurisprudência das teses jurídicas. Isso se deve a tentativa de dar acesso à justiça e segurança jurídica aos mais diversos movimentos sociais inseridos em um Estado que não dá garantias mínimas de conforto social à sua população.

Dando enfoque as demandas sociais de um movimento de sensível crescimento de suas atividades, o Movimento Feminista Brasileiro, podemos averiguar que, apesar de diversos acordos internacionais e algumas mudanças legislativas processuais civis, os resultados obtidos por meio do estudo quantitativo da jurisprudência dos tribunais superiores são ínfimos diante seu universo.

O curto período de vigência do Código de Processo Civil de 2015 ainda não conseguiu demonstrar o

potencial da utilização dos instrumentos valorativos da jurisprudência: súmulas vinculantes, repercussões gerais e as técnicas de julgamento especiais repetitivos.

Portanto, o levantamento dos dados quantitativos jurisprudenciais desses instrumentos não pôde nos levar a conclusão de que eles poderão ser um caminho para garantir os direitos feministas por meio do maior acesso à justiça e à segurança jurídica. Todavia, este estudo demonstra a relevância do tema e a necessidade de um monitoramento das decisões a partir deste novo instrumento normativo.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, M.; CASTRO, M. . **Engendrando um novo feminismo, mulheres líderes de base**. Brasília: UNESCO, 1998. v. 1, p. 52.

BRASIL. Código de Processo Civil, 1973.

BRASIL. Código de Processo Civil, 2015.

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Lei nº 11.112, de 13 de maio de 2015.

BRASIL. Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007.

BRASIL. Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>>. Acesso em 02 abr. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=E&id=461>>. Acesso em 02 abr. 2017.

BRASIL. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

BRASIL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

CASTRO, M. G.; ABRAMOVAY, M. . **Gênero e Meio Ambiente**. São Paulo: Cortez Editora, UNESCO, UNICEF, 1997. v. 1, p. 16.

COSTA, A. A. A; SARDENBERG, C. M. B. O Feminismo do Brasil: reflexões teóricas e perspectivas. Salvador: UFBA, 2008.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; XAVIER, Conceição Lourdes; AZEVEDO, Fábio Silva. **O Novo Código de Processo Civil e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Revista CRJ, Brasília, Ano XIX, n. 67, set./dez. 2015, p. 85-94.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a Superação da Perspectiva Positiva do Direito**. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2011. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25864/amelia_final-2.pdf?sequence=1>. Acesso em 12 mar. 2017.

DA EUROPA DOS MERCADOS À EUROPA DAS PRISÕES COMO TERRORISMO, XENOFOBIA E PARANÓIA ENTRARAM NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA (2001-2006)

Arno Dal Ri Júnior *

Introdução

Anteriormente ao atentado terrorista acontecido na cidade de Nova York, em 11 de setembro de 2001, somente sete países europeus – França, Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, Grécia e Reino Unido – possuíam normas mencionando o termo “terrorismo” nas suas leis ou instrumentos jurídicos. Em todos os casos, trata-se de normas de direito penal comum, não prevendo a criminalização de tais condutas delituosas como de caráter de “segurança nacional” ou “contra o Estado”²¹. Nos meses posteriores ao atentado de 11 de setembro e após a emanação do *Patriot Act*²², foram rapidamente apresentados projetos de lei instituindo normas penais de combate ao terrorismo nos parlamentos da maioria desses países – e ainda em outros – tendendo a modificar sensivelmente tal contexto. De um modo geral, contudo,

* Doutor em Direito Internacional pela Università Luigi Bocconi de Milão, com Pós-doutorado na Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), França. Pesquisador da Fondazione Cassamarca de Treviso, Itália. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenador do Grupo de Pesquisas em Direito Internacional e Integração Regional (UFSC/CNPq).

²¹ Sobre os crimes contra a segurança do Estado, ou crime políticos, em geral, ver obra DAL RI Jr., Arno. *O Estado e seus inimigos*. A repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

²² Trata-se da lei que, emanada nos Estados Unidos, em 24 de outubro de 2001, inaugurou naquele país o extenso e controverso pacote de normas jurídicas de combate ao terrorismo internacional.

propunham esses a adoção de normas bem menos contundentes e controvertidas do que a norte-americana. É o caso da França, da Alemanha, da Holanda, da Grã-Bretanha e da Rússia.

No que tange à legislação de caráter interno, os países europeus não ofereceram grandes novidades. No âmbito da União Européia (UE), contudo,²³ houve uma verdadeira “revolução”. Através de uma estratégia comum voltada ao combate do terrorismo delineada após 11/9, diversas etapas do até então lento processo de cooperação policial e judiciária em matéria penal foram rapidamente alcançadas, com a geração de políticas e instrumentos jurídicos de grande impacto. Uma “revolução” que, nas palavras de Loïc Wacquant²⁴, estaria ajudando na criação, depois da “Europa monetária”, da “Europa policial e penitenciária”.

O objetivo deste ensaio é analisar o modo como se desenvolveu, a partir de 2001, e, também, sob a influência dos ataques terroristas posteriormente acontecidos na própria Europa, o fenômeno de criminalização do terrorismo internacional no âmbito da União Européia e de alguns dos seus principais Estados-Membros, assim como na Federação Russa.

1. Direito da União Européia e combate ao terrorismo internacional

²³ Atualmente são Estados-membros da União Européia: França, Alemanha, Itália, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Grã-Bretanha, Dinamarca, Irlanda, Grécia, Espanha, Portugal, Áustria, Suécia, Finlândia, Eslovênia, República Checa, Eslováquia, Hungria, Polónia, Malta, Chipre, Estónia, Letónia e Lituânia.

²⁴ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 140.

O ordenamento da UE já previa, antes de 2001, instrumentos que possibilitavam o combate a atos e organizações terroristas no continente europeu através da cooperação existente em matéria penal entre os Estados-Membros²⁵. No que diz respeito às fontes primárias do direito da UE, o artigo K.1 do Tratado de Maastricht²⁶ já demonstrava a preocupação das instituições com a “prevenção e a luta contra o terrorismo”. Com a assinatura do Tratado de Amsterdã²⁷, as normas que davam suporte as tais estratégias foram inseridas no seu artigo 29, fazendo parte do título dedicado à “Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal”²⁸. Com o atentado de 11 de

²⁵ Ver, a respeito, as obras LE JEUNE, Pierrick. *La coopération policière européenne contre le terrorisme*. Bruxelles: Bruylant, 1989; MACHADO, Máira R. *Internacionalização do direito penal*. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Editora 34, 2004, p.52 ss.; e, SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE. *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*. Napoli: Scientifica, 1999.

²⁶ O artigo “B” do Tratado de Maastricht propunha-se a institucionalizar e a desenvolver “uma estreita cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos”, regulamentando a rede de comitês, grupos de trabalho informais e contatos que até então tinham se desenvolvido fora de qualquer âmbito jurídico e de um controle democrático por parte dos parlamentos nacionais e das instituições comunitárias. Para alcançar o “objetivo de facilitar a livre circulação de pessoas, sem deixar de garantir a segurança dos seus povos”, tal cooperação deveria dispor sobre nove setores específicos, considerados de “interesse comum”, entre os quais “(...) a cooperação policial tendo em vista a prevenção e a luta contra o terrorismo” (artigo K 1). Ao Conselho Europeu cabia reunir periodicamente os ministros competentes sob a denominação de “Conselho de Justiça e Assuntos internos”, adotar posições e ações comuns, assim como elaborar convenções e recomendar a sua adoção pelos Estados-membros (artigo K.3).

²⁷ Entre os objetivos principais do Tratado de Amsterdã, que entrou em vigor em 1.º de maio de 1999, estava o de “conservar e desenvolver a União como espaço de liberdade, segurança e justiça, em que seja assegurada a livre circulação das pessoas juntamente a medidas apropriadas no que concerne aos controles nas fronteiras externas, ao asilo, à imigração, à prevenção da criminalidade e à luta contra esta última”.

²⁸ Segundo o artigo 29 do Tratado de Amsterdã, a Cooperação Policial e Judicial em Matéria Penal da UE tem por objetivo “(...) facultar aos cidadãos um elevado nível de proteção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de ações em comum entre os Estados-Membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e

setembro e a possibilidade de existência de uma ameaça terrorista com origens externas às fronteiras da própria União, as instituições de Bruxelas introduziram, também, normas que versam sobre “Política Exterior e de Segurança Comum” (PESC)²⁹.

a prevenção e combate do racismo e da xenofobia”. Em especial, trata do combate ao terrorismo, ao tráfico de seres humanos e aos crimes contra as crianças, ao tráfico de droga, ao tráfico de armas, à corrupção e à fraude. Este objetivo seria atingido mediante a cooperação entre as forças policiais e as autoridades aduaneiras através do Serviço Europeu de Polícia (*Europol*), a cooperação entre as autoridades judiciais, nomeadamente através da existente no quadro da Unidade Européia de Cooperação Judicial (*Eurojust*), e a aproximação, se necessário, da legislação penal dos Estados-Membros. Os instrumentos jurídicos utilizados em matéria de cooperação policial e judicial são a posição comum, a convenção, a decisão e a decisão-quadro. Com a entrada em vigor do tratado de Amsterdã, o tratado de Schengen, desenvolvido por certos Estados-Membros no quadro intergovernamental, e que aborda também a cooperação policial e judicial, foi integrado no quadro da UE e da CE. Sobre a Cooperação em matéria de Justiça e Assuntos Internos e a Cooperação Policial e Judicial em Matéria Penal, ver, BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*. Padova: CEDAM, 2001, p. 677 ss; FERRARI BRAVO, Luigi et MOAVERO MILANESI, Enzo. *Lezioni di Diritto Comunitario*. Napoli: Scientifica, 1997, p. 77 ss; MENGOZZI, Paolo. *Il Diritto Comunitario e dell'Unione Europea*. Padova: CEDAM, 1997, p. 22 ss; POCAR, Fausto. *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*. Padova: CEDAM, 2001, p. 46 ss.

²⁹ A PESC foi instituída e é regida pelo Título V do Tratado da União Européia. Prevê a definição, a prazo, de uma política comum da defesa que poderia conduzir, no momento oportuno, a uma defesa comum. Os seus objetivos estão definidos no artigo 11 do Tratado EU (salvaguarda dos valores comuns, dos interesses fundamentais, da independência e da integridade da União, de acordo com os princípios da Carta das Nações Unidas; reforço da segurança da União, sob todas as formas; manutenção da paz e o reforço da segurança internacional, de acordo com os princípios da Carta das Nações Unidas, com os princípios da Ata Final de Helsinki e com os objetivos da Carta de Paris, incluindo os respeitantes as fronteiras externas; fomento da cooperação internacional; desenvolvimento e o reforço da democracia e do Estado de direito, bem como o respeito dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais) e são concretizados mediante o recurso a instrumentos jurídicos próprios (ação comum, posição comum), aprovados por unanimidade no âmbito do Conselho. Após a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã, a UE pode recorrer a um novo instrumento: a estratégia comum, mencionada no artigo 12 do Tratado UE. Sobre a PESC, ver, BALLARINO, Tito. *Op. cit.*, p. 671 ss; FERRARI BRAVO,

Em 21 de setembro de 2001, poucos dias após o atentado ao *World Trade Center*, os Chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros da União Européia, reunidos no Conselho Europeu, adotaram um plano de ação de luta contra o terrorismo³⁰. Em 3 de outubro do mesmo ano, a Comissão Européia propôs aos Estados-Membros que bloqueassem todos os fundos pertencentes a 27 organizações e indivíduos suspeitos de financiar atividades terroristas. Em 12 de dezembro, a Comissão constituiu um grupo de peritos científicos em matéria de luta contra o terrorismo biológico e químico. Essas primeiras medidas foram atuadas através de diversos atos jurídicos da UE em matéria, dentre as quais se sobressaem as Posições Comuns 2001/931/PESC e 2001/930/PESC, assim como o Regulamento (CE) n.º 2580/2001.

Nesta perspectiva, a Posição Comum 2001/931/PESC³¹ traz consigo as definições-chaves da política europeia de combate ao terrorismo, servindo como um dos principais pontos de referência para os atos normativos posteriormente emanados. Nesta perspectiva, o parágrafo segundo do artigo primeiro de tal Posição Comum define como “pessoas, grupos e entidades envolvidas em atos terroristas”: “pessoas que pratiquem ou tentem praticar atos terroristas, neles participem ou os facilitem; grupos e entidades direta ou indiretamente possuídas ou controladas por essas pessoas; e pessoas, grupos e entidades que atuem em nome ou sob a orientação dessas pessoas, grupos e entidades, incluindo fundos obtidos a partir de bens direta ou indiretamente

Luigi et MOAVERO MILANESI, Enzo. *Op. cit.*, p. 77; MENGOZZI, Paolo. *Op. cit.*, p. 15 ss; POCAR, Fausto. *Op. cit.*, p. 49 ss.

³⁰ DELPECH, Thérèse. Le terrorisme international et l'Europe. *Cahiers de Chaillot*, n.º 56 (2002), p. 78; e, GUIGOU Elisabeth. Comment l'Europe peut agir. *Le Monde*, 31 de março de 2004, p. 26.

³¹ Posição Comum do Conselho, de 27 de Dezembro de 2001, relativa à aplicação de medidas específicas de combate ao terrorismo (2001/931/PESC).

possuídos ou controlados por essas pessoas e por pessoas, grupos e entidades a elas associadas, ou provenientes desses bens”.

O parágrafo terceiro do mesmo artigo, por sua vez, incorpora a definição de “ato terrorista” no ordenamento da União Européia, definindo-o como todo “ato intencional que, dada a sua natureza ou o seu contexto, possa causar sérios danos a um país ou a uma organização internacional, sendo definido como infração na legislação nacional” e cometido com determinados “intuitos”, citados em um longo elenco no corpo do próprio parágrafo³².

Também a expressão “grupo terrorista” recebe uma definição do parágrafo terceiro: toda a “(...) associação estruturada de mais de duas pessoas, que se mantém ao longo do tempo e atua de forma concertada na prática de

³² “i) Intimidar gravemente uma população ou ii) Obrigar indevidamente autoridades públicas ou uma organização internacional a praticar ou a abster-se de praticar qualquer ato, ou iii) Desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas políticas, constitucionais, econômicas ou sociais fundamentais de um país ou de uma organização internacional: a) Atentados à vida de uma pessoa que possam causar a morte; b) Atentados à integridade física de uma pessoa; c) Rapto ou tomada de reféns; d) Danos maciços em instalações governamentais ou públicas, nos sistemas de transporte, nas infra-estruturas, incluindo os sistemas informáticos, em plataformas fixas situadas na plataforma continental, em locais públicos ou em propriedades privadas, susceptíveis de pôr vidas humanas em perigo ou provocar prejuízos econômicos consideráveis; e) Captura de aeronaves e de navios, ou de outros meios de transporte coletivos ou de mercadorias; f) Fabrico, posse, aquisição, transporte, fornecimento ou utilização de armas de fogo, de explosivos, de armas nucleares, biológicas ou químicas, assim como investigação e desenvolvimento de armas biológicas e químicas; g) Libertação de substâncias perigosas ou provocação de incêndios, inundações ou explosões que tenham como efeito pôr em perigo vidas humanas; h) Perturbação ou interrupção da distribuição de água, eletricidade ou de qualquer outro recurso natural fundamental que tenham como efeito pôr em perigo vidas humanas; i) Ameaça da prática de um dos atos enunciados nas alíneas a) a h); j) Direção de um grupo terrorista; k) Participação nas atividades de um grupo terrorista, nomeadamente através da prestação de informações, do fornecimento ou meios materiais, ou de qualquer forma de financiamento das suas atividades, com o conhecimento de que essa participação contribui para as atividades criminosas desse grupo”.

atos terroristas”. O texto do parágrafo ainda alerta para o fato da expressão “associação estruturada” designar uma “(...) associação que não foi constituída de forma fortuita para a prática imediata de uma infração e que não tem necessariamente funções formalmente definidas para os seus membros, nem continuidade na sua composição ou uma estrutura desenvolvida”.

Por fim, vem anexada ao documento uma lista de “pessoas, grupos ou entidades” envolvidos em atos considerados terroristas segundo o disposto na própria Posição Comum³³. Tal lista deve ser elaborada tendo por base informações, cedidas por uma autoridade competente³⁴, precisas, advindas de inquéritos ou processos relativos a ações terroristas (ainda que se trate de tentativa ou facilitação), com base em provas e indícios sérios, ou de uma condenação por esses fatos”. Também podem ser incluídas na lista pessoas, grupos e entidades identificados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas como relacionados ao terrorismo, assim como contra quem este ordenou sanções.

A Posição Comum 2001/931, além de apresentar essas definições essenciais na luta contra o terrorismo em âmbito europeu, também traz consigo um dos primeiros

³³ Entre os grupos e organizações, constam citados: *Continuity Irish Republican Army* (CIRA); *Tierra Vasca y Libertad* (E.T.A., sendo que as seguintes organizações fazem parte deste grupo terrorista: K.A.S., Xaki, Ekin, Jarrai-Haika-Segi, Gestoras pro-anistia); *Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre* (G.R.A.P.O.); *Hamas-Izz al-Din al-Qassem* (ramo terrorista do Hamas); *Loyalist Volunteer Force* (LVF); *Orange Volunteers* (OV); *Palestinian Islamic Jihad* (PIJ); *Real IRA*; *Red Hand Defenders* (RHD); *Revolutionary Nuclei Pirines*; *Revolutionary Organisation 17 November*; *Revolutionary Popular Struggle* (ELA); *Ulster Defence Association/Ulster Freedom Fighters* (UDA/UFF). Tal lista foi posteriormente atualizada pela Posição Comum 2002/462/PESC.

³⁴ O texto da Posição Comum também define o que se entende por “autoridade competente” no âmbito das normas de combate ao terrorismo: “(...) autoridades judiciárias ou, sempre que estas não sejam competentes na matéria abrangida (...) as autoridades competentes equivalentes nessa matéria”.

atos concretos da União Europeia para contrastar tal fenômeno: através do seu artigo segundo “congela” os fundos, os ativos financeiros e recursos econômicos ou financeiros daqueles citados na lista em anexo à própria Posição Comum³⁵.

Por fim, o artigo quarto da Posição Comum em tela reforça a necessidade de que os Estados-Membros prestem-se reciprocamente a maior assistência possível na prevenção e combate ao terrorismo através da cooperação policial e judiciária em matéria penal, no âmbito do título VI do Tratado da União Europeia.

O Regulamento n.º 2580/2001³⁶ e a Posição Comum 2001/930/PESC³⁷, ambos emanados pelo Conselho em 27 de dezembro de 2001, trazem disposições que complementam as normas da Posição Comum 2001/931, em particular no que se refere às definições relativas³⁸ ao congelamento dos fundos, ativos financeiros

³⁵ Posteriormente, a Decisão-Quadro 2003/577/JAI, emanada pelo Conselho em 22 de Julho de 2003, estabeleceu as regras segundo as quais um Estado-Membro reconhece e executa no seu território uma decisão de congelamento tomada por uma autoridade judiciária de outro Estado-Membro no âmbito de um processo penal.

³⁶ É o que acontece com o “congelamento” de fundos, reconfirmado pelo regulamento: “Salvo disposição em contrário (...): a) São congelados todos os fundos, outros ativos financeiros e recursos econômicos que sejam propriedade das pessoas singulares ou coletivas, grupos ou entidades incluídos na lista [disposta pela Posição Comum 2001/931/PESC], ou por ela possuídos ou detidos. b) Não são, direta ou indiretamente, postos à disposição das pessoas singulares ou coletivas, grupos ou entidades incluídos na lista (...), nem utilizados em seu benefício, quaisquer fundos, outros ativos financeiros e recursos econômicos”.

³⁷ Esta posição comum criminaliza, também, o fornecimento ou a coleta voluntários de fundos, por quaisquer meios, direta ou indiretamente, por cidadãos ou no território de cada um dos Estados-Membros da UE, com a intenção de que esses fundos sejam utilizados ou com conhecimento da sua utilização na prática de atos terroristas. Ainda, determina que os Estados-Membros “(...) devem tornar-se, o mais rápido possível, partes nas convenções e protocolos internacionais pertinentes em matéria de terrorismo, enunciados no anexo”.

³⁸ É o que acontece no artigo primeiro: “Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: 1. ‘Fundos, outros ativos financeiros e

e recursos econômicos ou financeiros de pessoas, grupos e entidades citados na lista em anexo à Posição Comum, assim como no que se refere às autoridades nacionais encarregadas de providenciar tais “congelamentos”.

Tal documento anexo, na medida que se desenvolvem as investigações sobre o terrorismo no âmbito dos Estados-membros e na esfera internacional³⁹, também tem sido fonte de constante atualização por parte, através de atos jurídicos a ele posteriores⁴⁰ de instituições europeias

O ano de 2002 ficou marcado por uma aceleração significativa na produção de normas nessa matéria⁴¹. Em

recursos econômicos’, quaisquer ativos, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, independentemente da forma como sejam adquiridos, e documentos ou instrumentos legais sob qualquer forma, incluindo eletrônica ou digital, que comprovem o direito de propriedade ou um interesse nesses ativos, incluindo, a título de exemplo, créditos bancários, cheques de viagem, cheques bancários, ordens de pagamento, ações, valores mobiliários, obrigações, saques e cartas de crédito; 2. ‘Congelamento de fundos, de outros ativos financeiros e de recursos econômicos’, ações destinadas a impedir qualquer movimento, transferência, alteração, utilização ou operação de fundos susceptível de provocar uma alteração do respectivo volume, montante, localização, propriedade, posse, natureza, destino, ou qualquer outra alteração que possa permitir a sua utilização, incluindo a gestão de carteiras de valores mobiliários; 3. ‘Serviços financeiros’, qualquer serviço de natureza financeira, incluindo todos os serviços de seguros e serviços conexos e todos os serviços bancários e outros serviços financeiros (excluindo os seguros) (...)”.

³⁹ O desenvolvimento e os resultados destas investigações, assim como dos dispositivos nacionais de luta contra o terrorismo, têm sido avaliados pelas instituições europeias através do mecanismo previsto pela Decisão do Conselho 2002/996/JAI. Tal avaliação é realizada por uma equipe de dois peritos, através de questionários respondidos pelas autoridades de cada Estado-Membro, que prepara relatórios confidenciais para uso do Conselho.

⁴⁰ Entre eles, algumas Decisões do Conselho (2003/480/CE; 2003/646/CE; 2003/902/CE) e Posições Comuns PESC (2002/462; 2003/140; 2003/402; 2003/651; 2003/906; 2004/500).

⁴¹ No que diz respeito à cooperação policial, a agência *Europol* foi munida dos meios necessários para analisar os riscos e as ameaças dos terroristas e desempenhar o seu papel no intercâmbio de informação neste domínio. Contudo, as alterações jurídicas necessárias ao desenvolvimento da capacidade de intervenção operacional da *Europol* tardam a ser ratificadas. Em 28 de fevereiro de 2002, a UE criou a Unidade Europeia de Cooperação

13 de junho, o Conselho de Ministros adotou duas decisões-quadro. A primeira (2002/584/JAI) criou o “mandado de detenção europeu”, que tem por objetivo impedir que os terroristas possam encontrar refúgio em outro país europeu com normas mais suaves⁴². O mandado e a obrigação de executar nele embutida são assim definidos no texto do primeiro artigo da Decisão-Quadro: “1. O mandado de detenção europeu é uma decisão

Judicial (Eurojust), cujo objetivo é facilitar, sem que se ameace as garantias típicas de um Estado de Direito reservadas aos acusados, a interação das autoridades judiciais. Atendendo ao pedido do Conselho Europeu de 26 de março de 2004, a Comissão adotou, em 8 de junho de 2004, um projeto de Posição Comum do Conselho relativo ao intercâmbio de informações com a *Interpol*. Este instrumento prevê a transferência dos dados constantes dos passaportes roubados dos Estados-Membros para uma base de dados específica da *Interpol*. Ainda no que concerne ao intercâmbio de informações, em junho de 2004, a Comissão adotou uma Comunicação na qual propunha ao Conselho e ao Parlamento que os serviços repressivos de um Estado-Membro tivessem direito de acesso às bases de dados dos demais Estados-Membros. Na mesma Comunicação, sugeriu a Comissão que a *Europol* viesse a se tornar o centro nervoso da coleta da informação criminal, para que possa servir de apoio aos esforços da *Task Force* dos Chefes de Polícia. Ver, a respeito, COMISSÃO EUROPEIA. *Terrorismo. Reação Européia*. Bruxelas: SPOCE, 2004, p. 1.

⁴² A criação do mandado de detenção europeu traz consigo uma revolução no direito penal internacional, propondo a substituição do antiquado mecanismo de extradição, até hoje utilizado nas relações entre os Estados. A esse respeito, entre os “Considerandos” da Decisão-Quadro, consta que: “O objetivo que a União fixou de se tornar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça conduz à supressão da extradição entre os Estados-Membros e à substituição desta por um sistema de entrega entre autoridades judiciárias. Acresce que a instauração de um novo regime simplificado de entrega de pessoas condenadas ou suspeitas para efeitos de execução de sentenças ou de procedimento penal permite suprimir a complexidade e a eventual morosidade inerentes aos atuais procedimentos de extradição. As relações de cooperação clássicas que até ao momento prevaleceram entre Estados-Membros devem dar lugar a um sistema de livre circulação das decisões judiciais em matéria penal, tanto na fase pré-sentencial como transitadas em julgado, no espaço comum de liberdade, de segurança e de justiça (...) O mandado de detenção europeu previsto na presente decisão-quadro constitui a primeira concretização no domínio do direito penal, do princípio do reconhecimento mútuo, que o Conselho Europeu qualificou de ‘pedra angular’ da cooperação judiciária”. Ver, a respeito, SPENCE, David. *International Terrorism: the quest for a coherent EU response*. [*L’Europe en Formation*, n.º 2 \(2004\), p. 77 ss.](#)

judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro duma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade; 2. Os Estados-Membros executam todo e qualquer mandado de detenção europeu com base no princípio do reconhecimento mútuo e em conformidade com o disposto na presente decisão-quadro (...).”

O mecanismo que prevê o mandado de detenção europeu é bastante simples, envolvendo exclusivamente as autoridades judiciais competentes dos vários Estados-membros. A autoridade emitente transmite o mandado diretamente à autoridade de execução, através de um formulário que, segundo o artigo 8º da Decisão-Quadro, deve conter todos os elementos necessários para a identificação do procurado, do delito causa da sentença executiva e da pena⁴³. Na prisão, na detenção e na entrega são asseguradas ao detido uma série de garantias⁴⁴, entre as quais, v.g., a ouvida sobre o consenso do detido a ser

⁴³ “O mandado de detenção europeu contém as seguintes informações, apresentadas em conformidade com o formulário em anexo: a) Identidade e nacionalidade da pessoa procurada; b) Nome, endereço, número de telefone e de fax, e endereço de correio eletrónico da autoridade judiciária de emissão; c) Indicação da existência de uma sentença com força executiva, de um mandado de detenção ou de qualquer outra decisão judicial com a mesma força executiva abrangida pelo âmbito de aplicação dos artigos 1.o e 2.o; d) Natureza e qualificação jurídica da infração (...); e) Descrição das circunstâncias em que a infração foi cometida, incluindo o momento, o lugar e o grau de participação da pessoa procurada na infração; f) Pena proferida, caso se trate de uma sentença transitada em julgado, ou a medida da pena prevista pela lei do Estado-Membro de emissão para essa infração; g) Na medida do possível, as outras consequências da infração”.

⁴⁴ “Quando uma pessoa procurada for detida, a autoridade judiciária de execução competente informá-la, em conformidade com o seu direito nacional, da existência e do conteúdo do mandado de detenção europeu, bem como da possibilidade ao seu dispor de consentir em ser entregue à autoridade judiciária de emissão. Uma pessoa procurada e detida para efeitos da execução de um mandado de detenção europeu, tem direito a se beneficiar dos serviços de um defensor e de um intérprete, em conformidade com o direito nacional do Estado-Membro de execução”.

entregue à autoridade emitente⁴⁵. Cabe à autoridade que efetuou a prisão a decisão sobre a entrega, tendo por base informações que lhe foram fornecidas pela autoridade emitente⁴⁶. Segundo o disposto no artigo 17, o mandado deve ser executado com a máxima urgência⁴⁷. Trata-se, pois, de um mecanismo muito mais simples e de natureza essencialmente processual, que poderá representar um passo adiante no combate ao terrorismo.

O artigo segundo da Decisão-Quadro, ao prever o âmbito de aplicação do mandado⁴⁸, afirma que as infrações nesse indicadas “(...) caso sejam puníveis no Estado-Membro de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos e como tal definidas pela legislação do Estado-Membro de emissão, determinar-se-á a entrega com base num mandado de detenção europeu, nas condições da presente decisão-quadro e sem controle da dupla incriminação do fato”. Entre as infrações citadas, consta o “terrorismo”⁴⁹.

⁴⁵ “A pessoa procurada, se não consentir na sua entrega (...), tem o direito de ser ouvida pela autoridade judiciária de execução, em conformidade com o direito nacional do Estado-Membro de execução”.

⁴⁶ “A autoridade judiciária de execução decide da entrega da pessoa nos prazos e nas condições definidos na presente decisão-quadro. 2. Se a autoridade judiciária de execução considerar que as informações comunicadas pelo Estado-Membro de emissão são insuficientes para que possa decidir da entrega, solicita que lhe sejam comunicadas com urgência as informações complementares necessárias (...) podendo fixar um prazo para a sua recepção, tendo em conta a necessidade de respeitar os prazos fixados no artigo 17 (...)”.

⁴⁷ “Um mandado de detenção europeu deve ser tratado e executado com urgência”.

⁴⁸ “O mandado de detenção europeu pode ser emitido por fatos puníveis, pela lei do Estado-Membro de emissão, com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses ou, quando tiver sido decretada uma pena ou aplicada uma medida de segurança, por sanções de duração não inferior a quatro meses”.

⁴⁹ As demais infrações previstas são: participação em organização criminosa; tráfico de seres humanos; exploração sexual de crianças e pornografia infantil; tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, munições e explosivos; corrupção;

A Decisão-Quadro 2002/475/JAI, por sua vez, definiu uma concepção comum da infração terrorista que todos os Estados-Membros da União Europeia devem integrar no seu sistema jurídico⁵⁰, assim como fixou regras processuais⁵¹ e o nível mínimo de sanções penais para este

fraude, incluindo a fraude lesiva dos interesses financeiros das Comunidades Europeias na aceção da convenção de 26 de julho de 1995, relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias; lavagem de dinheiro; falsificação de moeda, incluindo a contrafação do euro; cibercriminalidade; crimes contra o ambiente, incluindo o tráfico ilícito de espécies animais ameaçadas e de espécies e essências vegetais ameaçadas; auxílio à entrada e à permanência irregulares; homicídio voluntário, ofensas corporais graves; tráfico ilícito de órgãos e de tecidos humanos; rapto, seqüestro e tomada de reféns; racismo e xenofobia; roubo a mão armada ou organizado; tráfico de bens culturais incluindo antiguidades e obras de arte; burla; extorsão de proteção e extorsão; contrafação e piratagem de produtos; falsificação de documentos administrativos e respectivo tráfico; falsificação de meios de pagamento; tráfico ilícito de substâncias hormonais e outros fatores de crescimento; tráfico ilícito de materiais nucleares e radioativos; tráfico de veículos roubados; estupro; fogo-posto; crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional; desvio de avião ou navio; sabotagem.

⁵⁰ Tal concepção apresentada poucas variações em relação à citada no artigo terceiro da Posição Comum 2001/931/PESC.

⁵¹ As regras de competência e procedimento penal a ser adotadas devem ser regidas pelo artigo 9º da Decisão. No caso da competência, esta deverá ser invocada por um Estado-membro se: “a) As infrações tenham sido cometidas, no todo ou em parte, no seu território. Cada Estado-Membro pode alargar a sua competência se as infrações tiverem sido cometidas no território de um Estado-Membro; b) As infrações tenham sido cometidas a bordo de um navio que arvore o seu pavilhão, ou de uma aeronave nele registrada; c) O autor da infração seja seu nacional ou residente; d) As infrações tenham sido cometidas por conta de uma pessoa coletiva estabelecida no seu território; e) As infrações tenham sido cometidas contra as suas instituições ou a sua população, ou contra uma Instituição da União Europeia ou de um organismo criado ao abrigo do Tratado que institui a Comunidade Europeia ou do Tratado da União Europeia e cuja sede se situe no Estado-Membro em causa”. No caso em que uma infração seja dacompetência “(...) de mais de um Estado-Membro e qualquer um deles possa validamente instaurar procedimentos penais com base nos mesmos fatos, os Estados-Membros em causa devem cooperar para decidir qual deles desencadeará o procedimento contra os autores da infração, tendo em vista centralizá-lo, se possível, num único Estado-Membro”. Prevê-se também, que os Estados-Membros “(...) podem recorrer a qualquer órgão ou mecanismo instituído no seio da União Europeia para facilitar a cooperação entre as suas autoridades judiciais e a coordenação das respectivas ações.

gênero de delitos. Tal nível está disposto no seu artigo 5º, ou seja, as infrações devem ser “passíveis de sanções penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, suscetíveis de implicar extradição”, reservando às infrações “penas privativas de liberdade mais severas que as previstas no direito nacional”⁵². Tais penas poderiam ser reduzidas, quando “(...) o autor da infração: a) Renuncie à atividade terrorista; e b) Forneça às autoridades administrativas ou judiciárias informações que essas autoridades não teriam podido obter de outra forma, e que as ajudem a: i) prevenir ou limitar os efeitos da infração, ii) identificar ou julgar os outros autores da infração, iii) encontrar provas, ou iv) prevenir a prática de outras infrações (...)”.

O grande problema prático que a União Européia tem encontrado na implementação da sua estratégia anti-terrorismo, refere-se ao fato de grande parte das suas normas não serem automática e imediatamente recebidas pelos ordenamentos dos Estados-Membros. Excluídos os poucos regulamentos⁵³ emanados em matéria, todas as

Serão tidos em conta, sucessivamente, os seguintes elementos: o Estado-Membro deve ser aquele em cujo território foram cometidos os fatos; o Estado-Membro deve ser o de nacionalidade ou residência do autor; o Estado-Membro deve ser o de origem das vítimas; o Estado-Membro deve ser aquele em cujo território o autor foi encontrado”.

⁵² No caso das infrações por “Direção de um grupo terrorista” as penas privativas de liberdade não devem ser inferiores a quinze anos. No caso de “Participação nas atividades de um grupo terrorista, incluindo pelo fornecimento de informações ou meios materiais, ou através de qualquer forma de financiamento das suas atividades, tendo conhecimento de que essa participação contribuirá para as atividades criminosas do grupo terrorista”, não devem as penas ser inferiores a oito anos.

⁵³ As normas regulamentares, ou regulamentos, são concebidos no sistema de fontes comunitárias como atos normativos de caráter geral – contendo normas gerais e abstratas –, que produzem efeitos jurídicos para um número indeterminado de pessoas e para um número igualmente não determinado de fatos jurídicos definidos de modo abstrato. Possuem, em todos os seus elementos, um caráter obrigatório já que criam direitos e obrigações para os destinatários. Este caráter obrigatório, que impõe aos Estados-membros uma aplicação total, completa e imediata das disposições nele contidas, faz com que toda a legislação nacional anterior e contrária ao seu conteúdo perda a sua aplicabilidade no momento em que o regulamento entra em vigor. Em

demais decisões e posições comuns, devem ser submetidas aos Parlamentos nacionais, que, por sua vez, as transformam em normas internas. Deste modo, diante dos problemas do cotidiano legislativo, diversos atos jurídicos do direito europeu em matéria de combate ao terrorismo têm permanecido em estado letárgico por meses, para não dizer anos, entre projetos de lei dos mais variados temas (e interesses).

Já em 2002, o Parlamento Europeu tinha manifestado a sua preocupação com tal letargia. A resolução aprovada em 23 e 24 de outubro daquele ano, em que os deputados europeus solicitavam aos Estados-Membros que adequassem tempestivamente os seus ordenamentos jurídicos às diversas decisões emanadas pelas instituições comunitárias em matéria de terrorismo, era uma prova do temor de que, diante da lentidão dos governos e da conseqüente falta de articulação entre os Estados-Membros, os grupos terroristas ganhassem tempo e fôlego para novas ações. Neste sentido, afirmara a resolução que o Parlamento: “Entende que a existência de um quadro legislativo claro e de apoio democrático não é suficiente se as medidas decididas não forem aplicadas e se os órgãos incumbidos da sua implementação não forem eficazes; salientara, outrossim, que, deste ponto de vista, a situação resultante da última versão do ‘Roteiro’ apenas pode suscitar inquietação, nomeadamente no que respeita: às dificuldades encontradas pela Europol na coleta de dados junto dos Estados-Membros; ao fato de a Eurojust ainda não ser plenamente operacional e à falta de um quadro de cooperação estabilizado entre todos os organismos/agentes implicados no âmbito das instituições

todos os casos, o juiz nacional tem o dever de desaplicar a legislação contrastante, favorecendo o regulamento. O único caso em que seria aceitável a aplicação da lei nacional, e não do regulamento comunitário, seria se este último desrespeitasse os direitos fundamentais. Vide, a propósito, FERREIRA ALVES, Jorge. *Lições de Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 221 ss; BALLARINO, Tito. *Opus cit.*, p. 94 ss.

européias quanto ao combate do terrorismo; à multiplicação das redes informáticas de tratamento das informações em matéria de terrorismo e aos diferentes níveis de proteção dos dados dos diferentes sistemas; à ausência de mecanismos eficazes que permitam o controle democrático dos órgãos (Europol, Eurojust, *Task-force* ‘Chefes de Polícia’, etc.) e das decisões por estes tomadas no âmbito do espaço de liberdade, justiça e segurança (...). Entende que, em relação aos Estados-Membros, se revela mais do que urgente que estes ratifiquem as Convenções da União relativas à extradição e à cooperação judiciária em matéria penal e respectivos protocolos e que preparem a aplicação das decisões-quadro em matéria de terrorismo e de mandado de captura europeu”.

Em 11 de março de 2004, Madrid se tornou alvo de atentados terroristas. A reação da UE foi quase que imediata. Poucos dias depois, em 25 e 26 de março, o Conselho completou o plano de ação de 2001 contra o terrorismo orientando-o em torno de sete objetivos principais: “1. redobrar os esforços internacionais para combater o terrorismo; 2. reduzir o acesso dos terroristas aos recursos econômicos e financeiros; 3. aumentar a capacidade de investigação e de procedimento penal das instituições européias e dos Estados-Membros; 4. proteger a segurança do transporte internacional e criar sistemas eficazes de controlo das fronteiras; 5. reforçar a coordenação entre os Estados-Membros e capacitar a União Européia para prevenir e tratar as consequências de um eventual ataque; 6. identificar os fatores que contribuem para o recrutamento de terroristas; 7. levar os países terceiros a se empenhar mais na luta contra o terrorismo”⁵⁴.

Em 10 de junho de 2004 a Comissão publicou um relatório onde examinava as disposições efetivamente tomadas pelos Estados-Membros com o intuito de se adequar à Decisão-Quadro contra o terrorismo de junho de 2002. A conclusão a que se chegou é que vários Estados-Membros ainda não tinham adotado, até aquela data, as medidas legislativas européias⁵⁵.

⁵⁴ Ver, a respeito, COMISSÃO EUROPEIA. *Op. cit.*, p. 2.

⁵⁵ Ou as medidas não tinham sido adotadas ou, se já o tinham sido, estavam a ser aplicadas lentamente e/ou pouco utilizadas. Ver, a respeito, EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament. Preparedness and consequence management in the fight against terrorism*. Bruxelles: 2004, COM(2004) 701 final.

A preocupação com tal contexto levou o Conselho a criar uma “Coordenação para a Luta contra o Terrorismo”, nomeando o antigo Ministro do Interior holandês, Gijs De Vries, para chefiá-la. Cabe a esta coordenar não só a ação dos Estados-membros na matéria, mas também a troca de informações entre os serviços secretos. Os Estados-Membros também decidiram antecipar a “cláusula de solidariedade”, fazendo com que esta constasse na Constituição europeia. Prevê tal cláusula que “A União e os seus Estados-Membros atuarão em conjunto, num espírito de solidariedade se um Estado-Membro for vítima de um ataque terrorista ou vítima de uma catástrofe natural ou de origem humana”⁵⁶. Por outro lado, os chefes de Estado e de governo europeus se comprometeram a inserir em breve tempos nos ordenamentos dos respectivos Estados, a decisão dispendo sobre o mandado de detenção europeu. A aplicação deste instrumento ainda não é efetiva, como também acontece no caso da decisão-quadro que harmoniza as legislações específicas sobre o terrorismo (um terço dos Estados-Membros ainda não inseriram estes textos no seu direito interno).

Mesmo emanando atos jurídicos severos e criando estruturas de monitoração constante de grupos terroristas islâmicos, dificilmente os chefes de Estado e de governo dos Estados-Membros da União Europeia cairiam nos

⁵⁶ O texto completo do artigo 1-43 assim dispõe: “1. A União e os seus Estados-Membros atuarão em conjunto, num espírito de solidariedade, se um Estado-Membro for vítima de um ataque terrorista ou vítima de uma catástrofe natural ou de origem humana. A União mobiliza todos os instrumentos ao seu dispor, incluindo os meios militares disponibilizados pelos Estados-Membros, para: a) Prevenir a ameaça terrorista no território dos Estados-Membros; proteger as instituições democráticas e a população civil de um eventual ataque terrorista, prestar assistência a um Estado-Membro no seu território, a pedido das suas autoridades políticas, em caso de ataque terrorista; b) Prestar assistência a um Estado-Membro no seu território, a pedido das suas autoridades políticas, em caso de catástrofe natural ou de origem humana. 2. As regras de execução do presente artigo constam do artigo III-329^o”.

excessos e nas exorbitâncias que marcam o grande projeto delineado por George W. Bush para defender a segurança nacional dos Estados Unidos contra o seu “mais novo inimigo”. Razões políticas internas e a influência – ou o medo do poder de fogo – das comunidades de imigrantes islâmicos legalizadas⁵⁷ e estabilizadas no territórios dos Estados-Membros fazem com que mecanismos como a detenção por tempo indefinido, a suspensão do direito de expressão, a expulsão sumária, a cassação de cidadania, os tribunais de exceção, e outros absurdos, ainda não tenham obtido espaço no desenho político-jurídico europeu. Por outra, até o presente momento, o iminente perigo de que a “Europa monetária” esteja se transformando também em uma “Europa policial e penitenciária” existe, mas como transformação da cultura punitiva europeia em geral, – concretizada sobretudo nos discursos e práticas, em parte inspirados na “tolerância zero”, aplicados autonomamente segundo as estratégias tomadas em matéria de direito penal comum pelas instituições de cada Estado-membro⁵⁸ –, e

⁵⁷ Sobre as normas em matéria de imigração na União Européia, vide as obras de MANCA, Luigino. *L'immigrazione nel diritto dell'Unione Europea*. Milano: Giuffrè, 2004; e, DE BRUYCKER, Philippe. *The emergence of a european immigration policy*. Bruxelles: Bruylant, 2004.

⁵⁸ Sobre a influência das teses criminológicas baseadas no credo da “tolerância zero” nas políticas punitivas dos Estados europeus, afirma Loïc Wacquant: “*Depuis quelques années monte à travers l'Europe une de ces paniques morales capables, par son ampleur et sa virulence, d'infléchir les politiques étatiques et de redessiner la physionomie des sociétés qu'elle atteint. Son objet apparent, trop apparent justement, puisqu'il tend à envahir le débat public: la délinquance des 'jeunes', les 'violences urbaines', les désordres dont les 'quartiers sensibles' seraient le creuset, et les 'incivilités' dont leurs habitants seraient les premiers coupables. Autant de termes qu'il convient de garder entre guillemets, car leur signification est aussi floue que les phénomènes qu'ils sont supposés désigner, dont rien ne prouve qu'ils soient propres aux 'jeunes', à certains 'quartiers', et encore moins 'urbains'. Ces notions s'inscrivent dans une constellation de termes et de thèses venus des États-Unis, sur le crime, la violence, la justice, l'inégalité et la responsabilité, qui se sont insinués dans le débat européen jusqu'à lui servir de cadre et qui doivent l'essentiel de leur pouvoir de conviction à leur omniprésence et au prestige retrouvé de leurs propagateurs. La banalisation de ces analyses dissimule un enjeu qui n'a que peu à voir avec les problèmes auxquels ils se réfèrent ostensiblement:*

não como política formalizada pelos órgãos da EU em matéria de combate ao terrorismo. Trata-se de um movimento “de baixo para cima”, onde a força da mídia e de certos setores de direita da sociedade civil geram

*la redéfinition des missions de l'Etat, qui, partout, se retire de l'arène économique et affirme la nécessité de réduire son rôle social et celle d'élargir, en la durcissant, son intervention pénale. L'État-providence européen se devrait désormais de maigrir, puis de sévir envers ses ouailles dissipées et d'élever la 'sécurité', définie étroitement en termes physiques et non en termes de risques de vie (salariale, sociale, médicale, éducative, etc.), au rang de priorité de l'action publique. Effacement de l'État économique, abaissement de l'Etat social, renforcement et glorification de l'État pénal: le 'courage' civique, la 'modernité' politique, l'audace progressiste même commanderaient d'embrasser les poncifs et les dispositifs sécuritaires les plus éculés. Il faudrait reconstituer, maillon par maillon, la longue chaîne des institutions, agents et supports discursifs (notes de conseillers, rapports de commission, missions d'officiels, échanges parlementaires, colloques d'experts, livres savants ou grand public, conférences de presse, articles de journaux et reportages télévisuels, etc.) par laquelle le nouveau sens commun pénal visant à criminaliser la misère – et, par ce biais, à normaliser le salariat précaire –, incubé aux Etats-Unis, s'internationalise sous des formes plus ou moins modifiées et méconnaissables (y compris parfois par ceux-là mêmes qui le propagent), à l'instar de l'idéologie économique et sociale fondée sur l'individualisme et la marchandisation dont il est la traduction et le complément en matière de 'justice'. Ce vaste réseau de diffusion part de Washington et de New York, traverse l'Atlantique pour s'arrimer à Londres et, de là, étend ses canaux à travers tout le continent. Son origine se trouve dans le complexe formé par les organes de l'État américain officiellement chargés de mettre en oeuvre et en vitrine la 'rigueur pénale', dont le ministère fédéral de la justice et le département d'État (qui, par le truchement de ses ambassades, milite activement, dans chaque pays hôte, en faveur de politiques pénales ultrarépressives, particulièrement en matière de stupéfiants), les organismes parapublics et professionnels liés à l'administration policière et pénitentiaire, ainsi que par les médias et les entreprises privées participant à l'économie de l'emprisonnement (firmes d'incarcération, de santé pénitentiaire, de construction, de technologies d'identification et de surveillance, etc.). Mais, dans ce domaine comme dans bien d'autres, le secteur privé apporte une contribution décisive à la conception et à la réalisation de la 'politique publique'. De fait, le rôle éminent qui incombe aux think tanks néoconservateurs dans la constitution puis l'internationalisation de la nouvelle doxa punitive met en exergue les liens organiques, tant idéologiques que pratiques, entre le dépérissement du secteur social de l'État et le déploiement de son bras pénal". In: WACQUANT, Loïc. Ce vent punitif qui vient d'Amérique. *Le monde diplomatique*, n.° 4 (1999), p. 1.*

discursos e práticas que, posteriormente, se transformam em projetos de normas internas. Em um segundo momento, com ou sem obter sucesso nas manobras nacionais, tenta-se influenciar a política normativa da União Européia. Não se tem, contudo, conseguido tal êxito por duas questões: a primeira, dado as escassas possibilidades da UE ter iniciativas em matéria de direito penal, todas bem resumidas no âmbito da política de “Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal”; a segunda, devido ao freqüente desacordo no seio do Conselho Europeu, que, reunindo os Chefes de Estado e de Governo dos Estados-Membros, tem no mais das vezes se demonstrado dividido no que diz respeito ao acompanhamento dos arrombos autoritários da *White House*. No conselho, vale dizer, a atuação decisiva de alguns governos, tais como o francês, o alemão, o belga e o espanhol, tem evitado a todo custo a criação ou a manutenção de um clima de alarmismo ou mesmo de “caça às bruxas” no que diz respeito às iniciativas de combate ao terrorismo da UE.

Todo esse contexto político-jurídico se traduz, na prática, em uma grande cautela por parte das instituições de Bruxelas no lidar com a figura do que, para Bush, seria o “novo inimigo”. Por isso, a possibilidade de manipulações voltadas para fins espúrios, como tem sido freqüente em terras norte-americanas, parece distante.

2. Iniciativas dos Estados-Membros em nível interno

Devido ao fato de vários Estados-Membros constatarem a presença de grupos terroristas nacionais atuantes nos seus territórios com as mais diversas

motivações políticas⁵⁹, há na EU certa relativização da imagem do “islâmico” como “terrorista por natureza”, como o grande inimigo da população.

Os franceses, frise-se, têm boas razões para evitar qualquer envolvimento com as políticas de segurança nacional maniqueístas de Washington, assim como para não deixar que esta venha a influenciar as políticas das UE. Uma boa parte dos cidadãos que atualmente compõem a *République Française* possui origens nas ex-colônias do norte da África, onde a religião muçulmana é predominante. Além disso, as numerosas comunidades de imigrantes⁶⁰ marroquinos, argelinos, tunisianos, senegaleses, residentes em território francês poderiam vir a se transformar em verdadeiros “barris de pólvora” se vissem uma perseguição autoritária e sistemática contra seus filhos⁶¹, o que acabaria por desfraldar, em terras francesas a famigerada bandeira da *jihad* islâmica. Do mesmo modo, as instituições parisienses sempre mantiveram excelentes e importantes laços não só culturais, mas também comerciais e políticos, com as suas ex-colônias africanas. Bons motivos para que sejam

⁵⁹ Grupos separatistas como o ETA, na Espanha, o *Front Régional Corse*, na França, e o IRA, na Irlanda do Norte; grupos revolucionários comunistas como as *Brigade Rosse*, na Itália, e os neo-nazistas como as *Revolutionäre Zellen*, na Alemanha.

⁶⁰ Sobre a imigração dos países do norte da África para a França, vide a obra BELBAHRI, Abdelkader. *Immigration et situations postcoloniales: Le cas des Maghrébins en France*. Paris: L’Harmattan, 2004.

⁶¹ Isso não significa que os imigrantes das ex-colônias do norte da África residentes na França tenham tido e continuem tendo uma convivência fácil com a sociedade francesa. Preconceito e racismo fazem parte do cotidiano dessas comunidades. Entretanto, nunca de uma forma institucionalizada e sistemática, mas, ao contrário, sempre com o direito a organizar-se politicamente, tendo o apoio das instituições estatais para tentar a integração com a sociedade local e com a possibilidade de judicialmente fazer valer os direitos fundamentais previstos pela Constituição francesa. Sobre as normas de imigração na França, ver TEICHMANN, Iris. *L’immigration et le droit d’asile*. Paris: Gamma, 2002. Sobre os estrangeiros nas prisões da França, ver WACQUANT, Loïc. *Simbiosi mortale. Neoliberalismo e politica penale*. Verona: Ombra lunga, 2002, p. 82.

realizadas constantes e aprofundadas avaliações antes de qualquer “*j’accuse*” contra a figura do “muçulmano terrorista”. Mesmo assim, foi aprovado um pacote de leis especiais que endureceram muitas normas, da venda de armas às regras para as *rave-party*⁶². Entre estas, a Lei de 15 de novembro de 2001⁶³, relativa à segurança cotidiana, que, através do seu artigo 33, modificou o código penal francês, ampliando a definição de ato terrorista, incluindo nesta a lavagem de dinheiro⁶⁴ e os delitos de “iniciados”⁶⁵. A mesma norma ainda passou a incriminar o financiamento de iniciativa terrorista⁶⁶.

Fenômeno similar, em alguns aspectos, acontece na sociedade alemã. Mesmo não possuindo uma tradição colonial, a Alemanha recebeu durante décadas centenas de milhares de imigrantes de religião muçulmana, principalmente turcos, possuindo atualmente comunidades organizadas e articuladas em todo o território da federação⁶⁷. Este é um dos motivos que leva as instituições

⁶² Também foram flexibilizadas as normas que regulamentavam revistas de veículos e casas durante os inquéritos. Do mesmo modo, os “*gardiens de la paix*”, equivalentes aos nossos guardas municipais, receberam poderes de controle sobre as pessoas e as bagagens e revista no ingresso dos lugares públicos.

⁶³ *Loi 2001-1062, du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne.*

⁶⁴ “*Constituent des actes de terrorisme, lorsqu’elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l’ordre public par l’intimidation ou la terreur, les infractions suivantes: (...) Les infractions de blanchiment prévues au chapitre IV du titre II du livre III du présent code (...)*”.

⁶⁵ “*(...) Les délits d’initié prévus à l’article L. 465-1 du code monétaire et financier*”.

⁶⁶ *Code Pénal, art. 421-2-2. – “Constitue également un acte de terrorisme le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, des valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l’intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu’ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre l’un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d’un tel acte*”.

⁶⁷ Em linhas gerais, os problemas ligados à integração social vividos pelas comunidades muçulmanas na Alemanha também apresentam aspectos

de Berlim a não medir esforços na tentativa de agir de uma forma firme, mas sempre prudente, contra o terrorismo islâmico⁶⁸. Para tanto, a nova norma de combate ao terrorismo, em vigor desde 9 de janeiro de 2002⁶⁹, limita-se a reforçar as medidas de controle e segurança do país⁷⁰, assim como, no que concerne às normas de imigração, racionalizar o setor que emana as autorizações de residência e restringir a concessão de asilo político. Quanto ao Código Penal (*Strafgesetzbuch*), houve uma modificação significativa no parágrafo 129⁷¹, que passou a prever a criminalização, além da “Formação de associações terroristas”⁷², das “Associações criminosas e terroristas nos países estrangeiros”⁷³.

similares com a realidade francesa. Sobre os estrangeiros nas prisões da Alemanha, ver item, *ibidem*.

⁶⁸ Tal firmeza tem suas razões de ser, principalmente pelo fato da cidade de Hamburgo ter sido uma das sedes para a organização do atentado de 11/9.

⁶⁹ *Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus*, de 9 de janeiro de 2002.

⁷⁰ Ver, a respeito, HIRSCH, Burkhard. *Terreur et antiterreur – Zur Beratung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes im Deutschen Bundestag am 14. Dezember 2001*. In: MÜLLER-HEIDELBERG, Till et alii. (Hrsg.). *Grundrechte-Report 2002 – Zur Lage der Bürger – und Menschenrechte in Deutschland*. Reinbek: Rowohlt Tb., 2002, p. 15 ss.

⁷¹ Inserção feita pela Lei de modificação do Código Penal (*Vierunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz*) de 22 agosto de 2002.

⁷² *Strafgesetzbuch*, § 129a –“(1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, (1) Mord oder Totschlag oder Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen oder (2) Straftaten gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a oder des § 239b (3) (weggefallen), zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft”.

⁷³ *Strafgesetzbuch*, § 129b –“(1) Die §§ 129 und 129a gelten auch für Vereinigungen im Ausland. Bezieht sich die Tat auf eine Vereinigung außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, so gilt dies nur, wenn sie durch eine im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes ausgeübte Tätigkeit begangen wird oder wenn der Täter oder das Opfer Deutscher ist oder sich im Inland befindet. In den Fällen des Satzes 2 wird die Tat nur mit Ermächtigung des Bundesministeriums der Justiz verfolgt. Die Ermächtigung kann für den Einzelfall oder allgemein auch für die Verfolgung künftiger Taten erteilt werden, die sich auf eine bestimmte Vereinigung beziehen. Bei der Entscheidung über die Ermächtigung zieht

Lamentável nesse contexto tem sido a atuação dos governos inglês e italiano. O primeiro, tentando aplicar o *Anti-Terrorism, Crime and Security Bill*, emanado em 2001 sob a inspiração da lógica triunfante nos Estados Unidos. Tal norma previa a possibilidade de detenção por um período indefinido para qualquer indivíduo suspeitado de representar um perigo para a segurança nacional. Em geral, era animada por critérios extremamente discriminatórios em relação aos não-britânicos.

Contestada pelos tribunais ingleses, a aplicação da norma não obteve o sucesso esperado. Isso conduziu o governo Blair a tentar uma nova estratégia através do legislativo, elaborando uma outra norma ainda mais severa que a primeira.

Foi neste contexto que, em março de 2005, após um longo e dificultíssimo processo legislativo, o governo conseguiu aprovar o *Prevention of Terrorism Act*⁷⁴. A principal diferença entra as duas normas está no fato de a nova lei permitir que as autoridades detenham cidadãos britânicos e cidadãos estrangeiros indefinidamente e sem

das Ministerium in Betracht, ob die Bestrebungen der Vereinigung gegen die Grundwerte einer die Würde des Menschen achtenden staatlichen Ordnung oder gegen das friedliche Zusammenleben der Völker gerichtet sind und bei Abwägung aller Umstände als verwerflich erscheinen; (2) In den Fällen der §§ 129 und 129a, jeweils auch in Verbindung mit Absatz 1, sind die §§ 73d und 74a anzuwenden”.

⁷⁴ Até mesmo os nobres presentes da Câmara dos Lords moveram críticas ferrenhas à norma, todas elas citadas no cotidiano *"The Independent"*, de 2 de março de 2005. Neste sentido, foram duras as palavras de Lord Thomas, juiz aposentado da Corte Suprema e expoente liberal-democrático, ao afirmar que a segurança não poderia ser usada como justificção para violar princípios fundamentais que estão na base do sistema democrático britânico, e que não se poderia privar um homem da sua liberdade porque o pede um ministro (ou seja, o executivo). Para o ex-magistrado, uma iniciativa do gênero poderia ser igualada a “golpes noturnos e em segredo”. As medidas propostas pelo governo ainda foram definidas como “draconianas” por Lord Mayhew, conservador e ex-procurador-geral. Segundo muitos outros Lords juristas de formação, o *“Prevention of Terrorism Bill”*, seria “inconstitucional” por transferir indevidamente algumas funções do poder judiciário ao poder executivo.

que subsista uma acusação formal contra eles, no caso, a suspeita de terrorismo. A lei anterior previa a detenção somente de estrangeiros.

A segunda lamentável atuação se deve ao governo do controvertido ex-Primeiro-Ministro italiano Silvio Berlusconi (2001-2006), que – eleito por uma coalizão de partidos de direita, como a xenófoba *Legha Norte* e a neofascista *Alleanza Nazionale* – bombardeou cotidianamente a mídia com práticas e discursos que tentavam semear pânico e insegurança na população. Em particular, o tumulto criado em torno a emanação do “Decreto anti-terrorismo”⁷⁵, em 2001, e das discussões acerca da polêmica nova Lei sobre a imigração⁷⁶ em 2002, somados aos discursos panfletários e às frases de impacto pronunciadas pelos líderes da coalizão de direita, tentaram criar um clima propício para a instalação de uma política de linha dura em relação aos imigrantes muçulmanos (e

⁷⁵*Decreto-Legge 18 ottobre 2001, n.° 374, Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale.* Altera, entre outros, o artigo 270-bis do Código Penal italiano, inserindo o delito de “terrorismo internacional”. Substancialmente, o decreto estende a este novo tipo de delito as normas especiais anti-terrorismo emanadas durante os “anos de chumbo”; para o combate à máfia emanadas na década 90, através da inserção de um artigo específico (270-ter) que pune, com a reclusão de sete a quinze anos, quem “(...) promuove, costituisce, organizza, dirige, finanzia anche indirettamente associazioni che si propongono il compimento all'estero, o comunque ai danni di uno Stato estero, di un'istituzione o di un organismo internazionale, di atti di violenza su persone o cose, con finalità di terrorismo”. Quem simplesmente participa das citadas associações, mesmo sem cometer atentados, pode ser punido com a reclusão de cinco a dez anos. Vem introduzido, ademais, o delito de “assistência aos associados” (art. 270-quater), prevendo a reclusão de até quatro anos para quem “(...) dà rifugio o fornisce ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a taluna delle persone che partecipano alle associazioni indicate”. Pena aumentável se estas ajudas são prestadas continuamente.

⁷⁶ *Legge 30 luglio 2002 n.° 189, Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo.* A respeito, vide as obras de MUSACCHIO, Vincenzo. *Manuale pratico di diritto dell'immigrazione.* Giurisprudenza, legislazione, modulistica, circolari ministeriali. Padova: CEDAM, 2003; e, D'IMPERIO, Giulio. *Le nuove norme sull'immigrazione.* Napoli: Edizioni Simone, 2002.

também aos demais). Mas a oposição dos partidos de esquerda, dos sindicatos e de lideranças ligadas à doutrina social da igreja católica, assim como os severíssimos acórdãos emanados pela *Corte Costituzionale*, declarando a inconstitucionalidade dos principais dispositivos da norma⁷⁷, enfraqueceram as estratégias do governo berlusconiano.

De qualquer modo, o conteúdo da lei italiana e das demais normas européias que tocam direta ou indiretamente a questão do terrorismo encontram-se muito distante daquele presente no *Patriot Act* ou no *Military Order* de Bush, o que torna inúteis eventuais comparações. Importante nesse contexto, vale dizer, o fato do delito de terrorismo continuar a ser regulamentado pelos Estados

⁷⁷ Através dos acórdãos n.º 222/2004 e n.º 223/2004, a Corte constitucional declarou a inconstitucionalidade da lei em dois dos seus principais pontos: 1) anulando o dispositivo que previa a expulsão imediata do clandestino do território italiano tendo por base somente um ato executivo emitido pela autoridade policial, sem que este tivesse sido validado pela autoridade judiciária competente. Segundo a Corte, tal procedimento “(...) não prevê nenhuma contestação ou ouvida do interessado, nem qualquer forma de contraditório ou defesa, reservando ao juiz um ‘controle puramente formal sobre a norma’ (...) Ainda, o ato da autoridade policial é tão-somente executivo, não sendo prevista nenhuma forma de oposição contra o mesmo, nem a possibilidade de ‘suspensão’ por parte da autoridade judiciária. Exclui-se, ainda, que o eventual ato judiciário, negando a validação (ou a falta de validação em 48 horas), ‘tenha efeito resolutório (de ineficácia)’, e que o ato de validação esteja sujeito ‘a alguma forma de apelação ou recurso’”. Definitivamente faltava, segundo a Corte, um “controle preventivo de legitimidade e de mérito por parte da autoridade judiciária”, tanto que a validação do ato da autoridade policial poderia se dar mesmo “(...) após a expulsão já ter acontecido”; 2) anulando também a parte que prevê a prisão obrigatória em flagrante para o estrangeiro que, após cinco dias da emanção do ato de expulsão, não tenha abandonado o território italiano. A Corte considerou ilegítima a expulsão do imigrante após este ter se apresentado perante um juiz para validação do ato da autoridade policial, sem que houvesse contraditório e garantias de defesa. Segundo a Corte, a norma que impõe a prisão obrigatória “não encontra nenhuma cobertura constitucional”, ou melhor, viola dois artigos da Carta Magna italiana – o artigo 3º, que declara a igualdade entre os cidadãos perante a lei, e o artigo 13, dispondo que somente em casos excepcionais, de necessidade e urgência, a autoridade administrativa estaria legitimada para adotar atos que incidam sobre a liberdade pessoal.

européus somente no âmbito da legislação penal comum e não como matéria de segurança nacional.

Considerações finais

Na sua origem mais remota, as instituições da Comunidade Económica Européia encarregadas de emanar normas em matéria de direito comunitário não se punham questões ligadas ao direito penal. A própria natureza das instituições comunitárias, eminentemente económica, não permitia uma extensão a este campo da ciência jurídica. Somente com a instituição da União Européia e a criação da Política Européia de Segurança Comum, assim como da Cooperação Policial e Judicial em Matéria Penal, ambas na década de noventa, foi possível constatar uma crescente preocupação com este tema, em particular, no que se refere às políticas de combate ao terrorismo internacional. Do mesmo modo, após os atentados ocorridos nos Estados Unidos e na própria Europa, diversos países europeus submeteram suas políticas criminais a um processo de revisão prevendo a criminalização mais ampla e severa de condutas que se demonstrassem ligadas ao terrorismo internacional, assim como passaram a prever de forma mais detalhada esta última.

Neste contexto, parece ir se delineando o desenvolvimento de um processo através do qual discursos com claras influências do movimento norte-americano conhecido por “*Law and Order*” vão lentamente se introduzindo nas políticas criminais referentes à segurança pública dos principais Estados-Membros da União Européia e no mecanismo de cooperação penal instituído no âmbito da própria UE, com, neste caso específico, a identificação da figura do delinquentes por excelência no fundamentalismo islâmico e no “terrorista árabe”.

De atentado em atentado, a mídia, os preconceitos culturais e religiosos que persistem desde o tempo das Cruzadas e os homens que se encarregam de elaborar os discursos que mantêm viva a doutrina da segurança nacional, têm tentado aproveitar cada segundo na construção deste novo inimigo comum, sempre visto como uma ameaça externa. Um discurso que apresenta os criminosos e os grupos em que esses se organizam como inspirados em doutrinas que vêm de fora, que vêm do estrangeiro, voltadas a “abalar” a segurança pública. No caso do islâmico, se trataria de uma doutrina eminentemente religiosa, com um forte componente político.

A construção da imagem do “terrorista islâmico” enquanto inimigo da segurança pública, todavia, traz consigo um outro fenômeno ainda mais significativo facilitado pela utilização dos discursos do “*Law and Order*” como uma possível fundamentação teórica. Trata-se do fato de, na Europa, esta imagem que vem se construindo entorno ao imigrante islâmico e aos seus descendentes – como “potencial delinqüente” – na grande maioria das vezes coincidir com aquela de indivíduos de pouca instrução, desempregados ou em subempregos, mal adaptados ao sistema capitalista e, por conseqüência, de baixa renda, residindo nas periferias das grandes cidades. Uma imagem, esta última, que muito tem em comum com aquela construída com maestria pelos ideólogos do movimento “*Law and Order*” e consolidada em anos de violência sistemática contra negros e latinos nos subúrbios das grandes cidades dos Estados Unidos.

Se, por um lado, ainda não é tão fácil afirmar a existência de uma efetiva aplicação na maioria dos países europeus e na própria EU – em matéria de terrorismo internacional –, de políticas criminais excessivas e em claro contraste com as normas que consagraram a tutela dos direitos humanos, como já acontece nos Estados

Unidos, por outro é possível verificar, com certeza, os primeiros efeitos do “*vent punitif qui vient d’Amérique*”, através de uma rápida e crescente difusão na academia e na mídia de teses criminológicas inspiradas no movimento “*Law and Order*”. Portadoras de um fenômeno de pânico coletivo e de paranóias de diferentes tipos, tais teses já têm obtido um relativo sucesso na sua “cruzada contra o mal”, ao obter, como foi possível constatar ao longo deste ensaio, a inserção de alguns dos seus pressupostos nos ordenamentos penais dos Estados-Membros e na legislação da União Européia.

Referências

BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto dell’Unione Europea*. Padova: CEDAM, 2001.

BELBAHRI, Abdelkader. *Immigration et situations postcoloniales: Le cas des Maghrébins en France*. Paris: L’Harmattan, 2004.

COMISSÃO EUROPEIA. *Terrorismo*. Reação Européia. Bruxelles: SPOCE, 2004.

D’IMPERIO, Giulio. *Le nuove norme sull’immigrazione*. Napoli: Edizioni Simone, 2002.

DAL RI Jr., Arno. *O Estado e seus inimigos*. A repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DE BRUYCKER, Philippe. *The emergence of a european immigration policy*. Bruxelles: Bruylant, 2004.

DELPECH, Thérèse. Le terrorisme international et l’Europe. *Cahiers de Chaillot*, n.º 56 (2002).

EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament*.

Preparedness and consequence management in the fight against terrorism. Bruxelles: 2004, COM(2004) 701 final.

FERREIRA ALVES, Jorge. *Lições de Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1994.

FERRARI BRAVO, Luigi et MOAVERO MILANESI, Enzo. *Lezioni di Diritto Comunitario*. Napoli: Scientifica, 1997.

GUIGOU Elisabeth. Comment l'Europe peut agir. *Le Monde*, 31 de março de 2004.

HIRSCH, Burkhard. Terreur et antiterreur – Zur Beratung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes im Deutschen Bundestag am 14. Dezember 2001. In: MÜLLER-HEIDELBERG, Till et alii. (Hrsg.). *Grundrechte-Report 2002 – Zur Lage der Bürger – und Menschenrechte in Deutschland*. Reinbek: Rowohlt Tb., 2002.

LE JEUNE, Pierrick. *La coopération policière européenne contre le terrorisme*. Bruxelles: Bruylant, 1989.

MACHADO, Maíra R. *Internacionalização do direito penal*. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Editora 34, 2004.

MANCA, Luigino. *L'immigrazione nel diritto dell'Unione Europea*. Milano: Giuffrè, 2004

MENGOZZI, Paolo. *Il Diritto Comunitario e dell'Unione Europea*. Padova: CEDAM, 1997.

MÜLLER-HEIDELBERG, Till et alii. (Hrsg.). *Grundrechte-Report 2002 – Zur Lage der Bürger – und Menschenrechte in Deutschland*. Reinbek: Rowohlt Tb., 2002.

MUSACCHIO, Vincenzo. *Manuale pratico di diritto dell'immigrazione*. Giurisprudenza, legislazione, modulistica, circolari ministeriali. Padova: CEDAM, 2003.

POCAR, Fausto. *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*. Padova: CEDAM, 2001.

SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE. *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*. Napoli: Scientifica, 1999.

SPENCE, David. International Terrorism: the quest for a coherent EU response. *L'Europe en Formation*, n.° 2 (2004).

TEICHMANN, Iris. *L'immigration et le droit d'asile*. Paris: Gamma, 2002.

WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. Ce vent punitif qui vient d'Amérique. *Le monde diplomatique*, n.° 4 (1999).

WACQUANT, Loïc. *Simbiosi mortale*. Neoliberalismo e politica penale. Verona: Ombra longa, 2002.

REFLEXÕES SOBRE O CONSUMO NA HIPERMODERNIDADE: O DIAGNÓSTICO DE UMA SOCIEDADE CONFSSIONAL

*Dennis Verbicaro**

*Lays Soares Dos Santos Rodrigues***

RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar o panorama de transição da pós-modernidade para a denominada *hipermodernidade* e a conseqüente transformação do consumo na maior força propulsora da sociedade contemporânea, que resultou no agravamento da vulnerabilidade do consumidor. Nesse sentido, buscar-se-á compreender quais as causas que legitimam esse quadro e levam ao consumo desenfreado, com destaque para as perspectivas da autossatisfação hedonista e da diferenciação social. É à luz dessas diretrizes que o artigo, pelo método dedutivo e pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, buscará compreender a atual dinâmica da sociedade de consumo, bem como os desafios da tutela consumerista em face dessa nova realidade.

Palavras-chave: Direito do Consumidor, hipermodernidade, hedonismo, diferenciação social, vulnerabilidade.

* Doutor em Direito do Consumidor pela *Universidad de Salamanca* (Espanha), Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Pará-UFPA e do Centro Universitário do Pará-CESUPA. Procurador do Estado do Pará e Advogado.
E-mail: dennisverbicaro@bol.com.br

** Mestranda em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Advogada. E-mail: layssoares_@hotmail.com>

ABSTRACT

This article proposes to analyze the panorama of transition from postmodernity to the so-called hypermodernity and the consequent transformation of consumption into the major driving force of contemporary society, which has resulted in the aggravation of consumer vulnerability. In this sense, we will try to understand the causes that legitimize this situation and lead to unbridled consumption, with emphasis on the perspectives of hedonistic self-satisfaction and social differentiation. It is in the light of these guidelines that the article, through the deductive method and national and foreign bibliographic research, will seek to understand the current dynamics of the consumer society, as well as the challenges of consumer protection in the face of this new reality.

Keywords: Consumer Law, hypermodernity, hedonism, social differentiation, vulnerability.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea tem vivenciado crescentes e intensas transformações, nos mais variados aspectos, que impactam diretamente na forma como se desenvolvem as condições de vida das pessoas, bem como suas relações, interesses e valores.

Nesse contexto, a sociedade de consumo está diretamente relacionada com a pós-modernidade, integrando, pois, a própria essência desta. É forçoso admitir, porém, que muito embora a consolidação desta sociedade já esteja completamente enraizada no nosso cotidiano, o que hoje se vivencia é muito mais que uma mera continuidade da era pós-moderna.

O intenso fluxo informacional, o ritmo frenético do cotidiano, a ampliação do alcance da influência midiática, e, principalmente, a valorização do consumo: todos esses foram fatores cruciais na estruturação de um novo cenário, em que o consumo se elevou como a maior força propulsora dessa nova era, a qual podemos chamar de hipermodernidade.

A era hipermoderna é marcadamente paradoxal, na medida em que possibilitou a coexistência de valores completamente antagônicos. Essa conjuntura reflete diretamente no posicionamento do homem contemporâneo, que, diante de tantos avanços e da exigência de que se acompanhem todos eles sob pena de exclusão social, se vê nulificado e inevitavelmente absorvido pela lógica predatória do mercado.

Assim, é fundamental que se busque compreender a forma pela qual essa nova realidade se estruturou, para que então se descubra a razão que levou o consumo a assumir um papel central na vida dos indivíduos, e, conseqüentemente, de ter elevado a vulnerabilidade do consumidor a um nível jamais vislumbrado.

Numa realidade em que todos os elementos sociais foram “*hiper-intensificados*”, já não se fala mais em consumo, mas sim em um hiperconsumo que, para se manter, precisa de hiper-consumidores, convencidos de que a aquisição dos bens e serviços divulgados pela indústria cultural de massa é uma verdadeira necessidade para se manter nessa sociedade líquida.

Partindo dessas reflexões, o presente artigo almeja analisar, por intermédio de pesquisa teórica e com base em uma visão crítica, como se deu o advento de uma terceira etapa da modernidade e por que se fala em uma sociedade repleta de paradoxos; bem como, compreender o impacto desses influxos na estruturação de uma nova relação do homem com o consumo, na medida em que este passa a

assumir funções que vão muito além de uma perspectiva meramente utilitarista.

E, nesse contexto em que o consumo se tornou um fenômeno muito mais complexo do que parece, serão abordadas as novas acepções a ele atribuídas, na tentativa de encontrar respostas para um questionamento que nem sequer é cogitado pela maioria dos consumidores antes de tomar suas decisões: por que se consome? Por uma questão de autossatisfação hedonista ou de diferenciação social?

É à luz dessas diretrizes que o artigo, pelo método dedutivo e pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, buscará compreender a atual dinâmica da sociedade de consumo, bem como os desafios da tutela consumerista em face dessa nova realidade, sendo certo que a adequada percepção acerca dos fatores que desencadeiam essa busca desenfreada pelo consumo e as consequências daí advindas são fundamentais para esse fim.

1 DA PÓS-MODERNIDADE A HIPERMODERNIDADE: A PARADOXAL HIPERSOCIEDADE DOS DIAS ATUAIS

Para a sociedade de consumo atual, o termo pós-modernidade já parece inapropriado para descrever todas as inovações e peculiaridades verificadas no cotidiano. A intensa velocidade do fluxo informacional, a preocupação com o futuro, o consumo exacerbado, o poder das mídias sociais: todas essas são características indissociáveis do homem contemporâneo.

Segundo Lipovetsky (2004, p. 25), um termo mais consentâneo para designar a realidade hodierna seria hipermodernidade. Como corolário da terceira fase da modernidade, essa nova era é evidenciada por uma

sociedade marcadamente fluida, líquida, e essencialmente paradoxal.

Nesse sentido, a valorização do presente e o individualismo característico da pós-modernidade continuam existindo, mas passam a conviver com uma postura mais responsável e mais preocupada com o futuro. E é nesse contexto de coexistência de valores antagônicos que surgem os paradoxos da hipermodernidade, conforme observa Lipovetsky (2004, p. 27):

Eis apenas uma amostra dos paradoxos que caracterizam a hipermodernidade: quanto mais avançam as condutas responsáveis, mais aumenta a irresponsabilidade. Os indivíduos hipermodernos são ao mesmo tempo mais informados e mais desestruturados, mais adultos e mais instáveis, menos ideológicos e mais tributários das modas, mais abertos e mais influenciáveis, mais críticos e mais superficiais, mais céticos e menos profundos.

Com efeito, ao analisarmos o panorama de transição da era clássica para a modernidade, é possível identificar uma tendência de emancipação com relação aos valores tradicionais da época. Ocorre que, paralela a essa inclinação liberatória, houve uma ampliação do poder estatal, o que fez com que aqueles anseios permanecessem, em grande parte, num plano sobretudo teórico, num processo de desencantamento com o mundo, em que se passou a ter a convicção de que as muitas promessas da modernidade não foram cumpridas.

Apenas com a pós-modernidade foi que essa ruptura, de fato, aconteceu, verificando-se, a partir de

então, o delineamento da figura de um indivíduo mais voltado para o presente, menos subserviente e mais hedonista. Nesse contexto, o consumo de massa e os valores por ele difundidos podem ser apontados como fatores cruciais na passagem da modernidade à pós-modernidade, ocorrida na segunda metade do século XX (LIPOVETSKY, 2004, p. 23).

Atualmente, embora os elementos da pós-modernidade não tenham simplesmente desaparecido, o que se percebe é que o surgimento de novos valores, preocupações e situações fizeram com que o termo pós-moderno passasse a ser insuficiente para descrever essa sociedade de excesso em que vivemos.

Contudo, não houve um rompimento com relação aos ideais pós-modernos, mas sim o estabelecimento de novas convicções e estilos de vida, que passaram a coexistir com os anteriores. É justamente nesse ponto de convergência que residem os paradoxos da sociedade hipermoderna: o espírito essencialmente libertário e hedonista dos tempos pós-modernos passa a ser latente, e não mais evidente, enquanto uma responsabilidade hesitante advém. Para Lipovestky, o “narciso”, isto é, o homem dos dias de hoje, passa a vivenciar contradições (2004, p.27):

Narciso maduro? Mas se ele não pára de invadir os domínios da infância e da adolescência, como se se negasse a assumir a sua idade adulta! Narciso responsável? Pode-se realmente pensar isso quando os comportamentos irresponsáveis se multiplicam, quando as declarações de intenção não se concretizam? O que dizer dessas empresas que falam em códigos de deontologia e que, ao mesmo tempo, demitem em

massa porque antes maquiaram os livros contábeis; desses armadores que evocam a importância de respeitar o meio ambiente enquanto seus próprios navios efetuam descargas selvagens de poluentes; desses empreiteiros que exaltam a qualidade de suas construções muito embora elas desabem ao menor abalo sísmico; desses motoristas que dizem respeitar o código de trânsito e falam ao celular enquanto dirigem? Narciso eficiente? Que seja, mas ao custo de distúrbios psicossomáticos cada vez mais frequentes, de depressões e estafas flagrantes. Narciso gestor? É de se duvidar, quando se observa a espiral de endividamento das empresas. Narciso flexível? Mas se é a tensão nervosa que o caracteriza no âmbito social quando chega a hora de perder certos benefícios adquiridos!

A hipermodernidade simboliza o surgimento de uma nova modernidade, como uma espécie de “aprimoramento” daquela vivenciada anteriormente, conforme assevera Lipovestky (2004, p. 56):

Tudo se passa como se tivéssemos ido da era do *pós* para a era do *hiper*. Nasce uma nova sociedade moderna. Trata-se não mais de sair do mundo da tradição para aceder à racionalidade moderna, e sim de modernizar a

própria modernidade, racionalizar a racionalização (...).

Assim, é que uma nova realidade se estrutura, sem, porém, abandonar completamente a anterior. Observa-se, então, uma mutação incompleta, posto que a etapa hipermoderna não se inicia a partir de uma tabula rasa, mas sim em um panorama repleto de vestígios do *status quo ante*, que ensejam os paradoxos (BAUMAN, 2010, p. 54).

Como um dos principais aspectos da hipermodernidade, pode-se indicar a mudança do panorama social e da relação dos indivíduos com o presente. Esse presente já não é mais vivenciado de forma plena e despreocupada. A constante inquietação com o que o futuro reserva esvazia o otimismo do *carpe diem* e a confiança no porvir.

Manifestando-se como mais um dos paradoxos contemporâneos, a visão do futuro passa a estar associada a oportunidade de avanços e mudanças positivas, mas, ao mesmo tempo, se anunciam ameaças de catástrofes ambientais, terrorismo e conflitos mundiais. Desse modo, o homem passa a conduzir o presente voltando-se para o futuro, com a adoção de uma postura mais previdente, quanto à subsistência das gerações ulteriores, passando-se a falar, inclusive, na ideia de um “pacto entre as gerações”.

Destarte, a nova percepção do futuro é marcada pelo abandono das utopias coletivas, mas, ao mesmo tempo, observa-se a intensificação da adoção de condutas preventivas (LIPOVETSKY, 2004, p. 68-69):

A impotência para imaginar o futuro só aumenta em conjunto com a sobrepotência técnico-científica para transformar radicalmente o porvir: a febre da brevidade é apenas uma das facetas

da civilização futurista hipermoderna. Enquanto o mercado estende sua “ditadura” do curto prazo, as preocupações relativas ao porvir planetário e aos riscos ambientais assumem posição primordial no debate coletivo. Ante as ameaças da poluição atmosférica, da mudança climática, da erosão da biodiversidade, da contaminação dos solos, afirmam-se as ideias de “desenvolvimento sustentável” e de ecologia industrial, com o encargo de transmitir um ambiente viável às gerações que nos sucederem. (...) Morrem as utopias coletivas, mas intensificam-se as atitudes pragmáticas de previsão e prevenção técnico-científicas.

Por outro lado, toda essa preocupação com o amanhã tem sido responsável pelo aumento expressivo dos distúrbios psicossomáticos, originados a partir de um sentimento generalizado de medo e vulnerabilidade. Medo de eventuais catástrofes, medo do desemprego, medo de doenças, medo de não atender aos padrões impostos.

Evoluir a todo custo e a todo instante passa a ser uma obrigação do homem contemporâneo: o homem estagnado está fadado ao fracasso. Consequentemente, a insatisfação é permanente, e é a insatisfação que acaba sendo o combustível dessa sociedade marcada pela brevidade.

Não seria desarrazoado afirmar que a hipermodernidade instaurou uma espécie de “mal-estar difuso”, em que os seres humanos, renunciam às relações interpessoais autênticas em prol de um modelo artificial da

felicidade, que se reveste de uma aparência de bem-estar, mas que, no seu íntimo, esconde sentimentos de frustração, raiva, medo, ansiedade.

Nesse contexto, o hiperconsumo pode ser apontado como a pedra angular do cenário hipermoderno. Todos os planos e aspectos da vida parecem ter sido dominados por essa lógica, em que a incessante aquisição de bens materiais passa a ser enxergada como uma maneira de os indivíduos compensarem suas carências e frustrações.

O hiperconsumidor procura a felicidade não mais no “ser”, e sim no “ter”, e a partir do momento em que felicidade é associada a fatores exclusivamente tangíveis, o seu *locus* passa a ser as vitrines das lojas. Cada elemento ali exposto é, então, vislumbrado como um refúgio em meio ao vazio em que a hipersociedade se vê mergulhada.

Assim é que a felicidade deixa de ser algo transcendental e passa a ser consumível. O prazer que o consumo proporciona se transforma em sinônimo de felicidade, de modo que quanto mais prazer o ser humano é capaz de obter, mais “feliz” ele é. A parte se confunde com o todo, e o prazer, que antes era concebido apenas como um dos fatores propícios à felicidade, é elevado a categoria de verdadeiro arquétipo da felicidade.

Exsurge, então, um consumo emocional, caracterizado por uma infindável busca pelo bem-estar através daquilo que se compra. A partir do momento em que sentimentos tão importantes são reduzidos a uma perspectiva tão simplista e frívola, as enfermidades típicas dos tempos contemporâneos vêm à tona, como a fragilidade dos laços afetivos, o abandono familiar, a solidão, a depressão, os transtornos bipolares e consumistas (FERREIRA; CARVALHO; SANTOS, 2016, p. 52).

É imperioso reconhecer que vivemos numa sociedade doente, cujos indivíduos, deprimidos, em

pânico, ou apenas ansiosos, sequer conseguem compreender a gravidade do seu diagnóstico, enquanto que outros, inclusive, já perderam a capacidade de irresignação, pois se acostumaram com a indolência e a terceirização de suas escolhas.

Nesse cenário de tantas desordens, o modelo ideal de felicidade constitui a referência absoluta da sociedade de consumo, e, para tanto, precisa ser mensurável através de objetos e signos de conforto, isto é, com base em critérios visíveis, suscetíveis de serem percebidos pelos outros (BAUDRILLARD, 2008, p. 50).

A felicidade não precisa mais ser sentida, e sim provada, ao mesmo tempo em que a liberdade para assumir as verdadeiras preferências é balizada pelos padrões “mínimos” de validade, instituídos e reforçados pela indústria cultural de massa. Por conseguinte, o indivíduo tem receio de se relacionar e expor aquilo que verdadeiramente é, passando a se esconder em grupos virtuais voláteis e transitórios, em que ninguém é obrigado a dizer a verdade e todos fingem ter uma vida perfeita.

Nessa vida “perfeita”, é proibido expor fracassos, até mesmo porque a autoestima pessoal depende da aprovação dos “estranhos”. Há, pois, um interesse recíproco em rivalizar com o outro as conquistas e realizações, jamais as frustrações.

O consumo exacerbado nunca fez tanto sentido como na sociedade hipermoderna, porquanto nela encontra o alicerce necessário para se intensificar cada vez mais, alimentado pela permanente insatisfação de seus membros. Esse comportamento é decorrência lógica das necessidades e padrões impostos a todo o momento pela indústria cultural de massa.

Com efeito, o consumo é parte fundamental do cotidiano humano, sendo possível afirmar que hoje todos ostentam a qualidade de consumidor. O consumo se

imiscuiu na rotina diária dos indivíduos, desde as necessidades mais básicas (utilitaristas) às mais supérfluas, passando todas a depender do consumo e o ato de consumir passa a se tornar um traço característico do ser humano, um atributo indissociável do sujeito. Nessa conjuntura, as linhas claras que separam o necessário do supérfluo passaram a ser tênues, de modo que já não é mais tão simples distinguir entre o que se compra em razão do que se precisa ou do que se deseja.

Em um passado não tão remoto, os meios e as possibilidades de compra eram bem mais restritos, de sorte que quando se falava em compras, logo se vinha à mente objetos e comodidades materiais. A materialidade era atributo do consumo, e o imaterial estava fora do alcance.

Hoje, porém, se vive o tempo da fluidez: a sociedade e seus valores abandonaram sua imanente solidez em prol de um dinamismo próprio das coisas líquidas. Esse movimento impactou os mais variados aspectos sociais, inclusive o consumo, que passou de sólido para líquido.

A era da liquidez, marcada pela falta de profundidade das relações e fugacidade, criou o ambiente ideal para o surgimento de novas necessidades e possibilidades de consumo, de maneira que os próprios indivíduos vivenciam um processo de ‘comodificação’, transformando-se em mercadorias, na medida em que passou a ser possível comprar não apenas utensílios, mas receitas de vida (BAUMAN, 2001, p. 95).

Os indivíduos, ávidos para atender aos padrões impostos e melhorar cada vez mais sua imagem, compram fórmulas para saber o modo ideal de ser, de se comportar e de viver, terceirizando suas escolhas. Dessa forma, a contratação de profissionais como *coaches* e *personal stylists* tornou-se corriqueira e, para muitos, necessária, já que, diante de tantas opções de escolha e da ânsia de se

alcançar determinado *status*, sem correr o risco de errar, muitos preferem buscar uma orientação supostamente profissional, pois o resultado dessa escolha poderá vir a ser determinante para o sucesso social.

Verifica-se, pois, uma manifesta padronização do consumo, cuja inobservância tende a fazer com que o indivíduo “desapareça”, sendo simplesmente ignorado pelos demais, justamente por não ter conseguido acompanhar a exigência predatória da moda e dos novos símbolos de consumo que surgem diariamente. Para ser “notado”, ou para ter algum “valor social”, o indivíduo precisa consumir e, mais além, mostrar aos outros que não apenas consome, mas que o faz com rapidez, voracidade e sem nenhuma culpa.

Diante da inegável primazia da lógica consumista, é forçoso questionar se todas as esferas da vida foram reduzidas ao ato de consumir. A despeito de todas as evidências que apontam nesse sentido, a resposta é que ainda existe um núcleo intangível de valores que, felizmente, resistem ao mundo do consumo.

A hipermodernidade não é sinônimo de niilismo moral. Muito pelo contrário, certos valores como o respeito e a tolerância se solidificaram, os direitos humanos são cada vez mais protegidos e, a verdadeira afetividade, é mais valorizada do que nunca. Devido à efemeridade ínsita a era do hiper, esse núcleo de valores passa a ser ainda mais sublime, sobretudo em um tempo marcado por tantas relações superficiais e descartáveis.

Embora à primeira vista o que acaba de se afirmar possa parecer contrário ao que fora exposto até então, a verdade é que se trata de mais um dos paradoxos dessa hipersociedade em que vivemos.

2 O CONSUMO ENTRE AUTOSSATISFAÇÃO HEDONISTA E A DIFERENCIAÇÃO SOCIAL.

O consumo, em sua acepção mais pura, talvez seja tão antigo quanto a sociedade. Ao se conceber o consumo como a aquisição de bens e serviços com vistas a satisfação das necessidades humanas, se chegará à conclusão de que se trata de uma prática secular e inerente à vida em comunidade.

Não obstante, o sentido do consumo sofreu inegáveis transformações nos últimos tempos, de modo que, dentre as várias acepções que lhe podem ser atribuídas, a que prevalece na era do hiper é aquela que o eleva ao extremo. O significado contemporâneo do consumo é inédito e multifacetado, pois passou a englobar tantas possibilidades que, restringi-lo à satisfação das necessidades humanas passou a ser uma forma meramente rudimentar – e até mesmo inadequada – de descrever esse fenômeno.

O consumismo dos dias de hoje não mais se limita a satisfação das necessidades, mas também e, principalmente, dos desejos:

O consumismo de hoje, porém, não diz mais respeito à satisfação das necessidades – nem mesmo as mais sublimes, distantes (alguns diriam, não muito corretamente, “artificiais”, “inventadas”, “derivativas”) necessidades de identificação ou a autossegurança quanto à “adequação”. Já foi dito que o *spiritus movens* da atividade consumista não é mais o conjunto

mensurável de necessidades articuladas, mas o *desejo* – entidade muito mais volátil e efêmera, evasiva e caprichosa, e essencialmente não referencial que “as necessidades”, um motivo autogerado e autopropelido que não precisa de outra justificação ou “causa”. A despeito de suas sucessivas e sempre pouco duráveis reificações, o desejo tem a si mesmo como objeto constante, e por essa razão está fadado a permanecer insaciável qualquer que seja a altura atingida pela pilha dos outros objetos (físicos ou psíquicos) que marcam seu passado. (BAUMAN, 2001, p. 96-97).

A intrínseca volatilidade dos desejos vai ao encontro dos valores típicos da sociedade líquida, tornando-se o fator que propulsiona e alicerça a dependência consumista. A superficialidade hoje vivenciada faz com que os indivíduos vejam a satisfação dos seus desejos como uma forma de se libertar do inevitável vazio instaurado, mas o efeito é justamente o contrário: uma vez que os desejos são fluidos e transitórios, a plena satisfação não consegue ser alcançada, e então o ciclo recomeça, impelido pela esperança de que essa satisfação um dia ocorra.

Mais que um fator propulsor, a noção de desejo é responsável por equiparar o consumo a uma forma de expressão, em que os bens ostentados constituem símbolos aptos a moldar a identidade de cada um. Por conseguinte, as pessoas passam a desfrutar de uma liberdade na seleção da própria identidade e de mantê-la enquanto lhes for

conveniente, bastando que se vá “às compras” (BAUMAN, 2001, p. 107).

Desse modo, vislumbra-se a consolidação de um consumo de signos, detentor de uma linguagem própria, necessária para que os indivíduos estabeleçam relações entre si, uma vez que o homem se relaciona na medida em que consome. Os bens de consumo funcionam, nesse cenário, como um canal de comunicação necessário entre as pessoas, apto a identificar afinidades porventura existentes, já que a lógica predominante é a de que pessoas que consomem as mesmas coisas têm as mesmas predileções, e, portanto, pertencem à mesma “tribo”.

Nesse contexto em que o consumo se tornou algo tão complexo, devido às inúmeras acepções e peculiaridades que assumiu, questiona-se: por que se consome? Considerando que hoje o consumo é voltado para a satisfação de desejos, e não mais somente de necessidades, o ser humano consome por uma questão de autossatisfação hedonista ou em virtude de uma necessidade de diferenciação e, conseqüente, aceitação social?

Na medida em que o consumo passa a desempenhar um papel até mesmo na formação da personalidade de cada um, tentar separar o que se consome, visando o prazer, do que se consome por reconhecimento social constitui um verdadeiro desafio. As respostas para tais questionamentos não são fáceis de serem obtidas, sobretudo diante da onipotência da lógica consumista, que, reforçada pela indústria cultural de massa, pretende se erigir como a solução para os problemas contemporâneos.

O fato de hoje existirem tantas razões que justificam e incentivam o consumo faz com que qualquer explicação que pretenda reduzir o consumo a uma única

causa esteja fadada ao fracasso, conforme observa Zygmunt Bauman (2001, p. 104):

Há, em suma, razões mais que suficientes para “ir às compras”. Qualquer explicação da obsessão de comprar que se reduza a uma causa única está arriscada a ser um erro. As interpretações comuns do comprar compulsivo como manifestação da revolução pós-moderna dos valores, a tendência a representar o vício das compras como manifestação aberta de instintos materialistas e hedonistas adormecidos, ou com produto de uma “conspiração comercial” que é uma incitação artificial (e cheia de arte) à busca do prazer como propósito máximo da vida, capturam na melhor das hipóteses apenas parte da verdade. Outra parte, e necessário complemento de todas essas explicações, é que a compulsão-transformada em vício de comprar é uma luta morro acima contra a incerteza aguda e enervante e contra um sentimento de insegurança incômodo e estupidificante.

Desse modo, tão complexo quanto o consumo contemporâneo são as causas que o promovem. Há uma inegável inclinação emotiva e hedonista no consumo, que, para Lipovetsky faz com que os indivíduos consumam, antes de tudo, mais para sentir prazer do que para rivalizar com os demais, buscando tornar sua vida mais

“produtiva⁷⁸”. Nesta perspectiva, o próprio luxo estaria mais relacionado com a satisfação que proporciona do que com o *status* (LIPOVETSKY, 2004, p. 25-26).

De fato, hoje, mais do que nunca, se percebe uma íntima relação entre o consumo e o hedonismo, na medida em que a felicidade é equiparada ao prazer, e o prazer ao consumo. Assim, numa realidade onde todos têm o dever de ser felizes, o consumo aparece como um meio supostamente eficaz para se alcançar essa finalidade. É por essa razão que hoje se consomem não apenas objetos, mas também experiências e sensações.

Diante das frustrações e inquietações do cotidiano, o consumo aparece como um refúgio, amparado na crença de que quanto mais se consome, mais próximo da felicidade se estará. E é nesse sentido que a perspectiva hedonista do consumo se fortalece e difunde a ideia de que o consumo pode ser uma forma de se atenuar as infelicidades e, ao mesmo tempo, de se recompensar os esforços individuais através do raciocínio “compro porque mereço”.

Paralela a essa visão hedonista, há, no consumo, uma acepção social, evidenciada pela sua capacidade de comandar o processo de estratificação da sociedade. Assim, pode-se dizer que há, ao lado do “consumo emocional”, um “consumo social”, porquanto os bens consumidos possuem o condão de determinar a posição do indivíduo na sociedade, ou mesmo de diferenciá-lo em relação aos demais.

A lógica social do consumo pode ser analisada a partir de dois aspectos fundamentais. Primeiramente, como processo de identificação e de comunicação, estruturado em um código constituído por práticas de consumo que

⁷⁸ A ideia de produtividade estaria relacionada a incessante busca por novas experiências, ou seja, não se poderia desperdiçar nenhum momento de uma vida repleta de oportunidades de prazer e tantos desejos a realizar. Uma vida produtiva seria uma vida “bem vivida” pela realização dessa autossatisfação.

equivalem a uma espécie de linguagem e de identidade pessoal, conforme abordado anteriormente. O segundo aspecto fundamental consiste exatamente na questão da diferenciação social, em que os bens se apresentam como verdadeiros valores estatutários no seio de uma hierarquia (BAUDRILLARD, 2008, p. 66).

Na sociedade de consumo, o consumo representa uma força social, que impõe que todos sejam consumidores por vocação, caso pretendam ser membros legítimos daquela e não correrem o risco de serem desprezados (BAUMAN, 2008, p. 76). É nesse cenário que se desenvolve a perspectiva do consumo como forma de diferenciação social.

Este panorama está intimamente relacionado com a consolidação do modelo de um consumo baseado em signos. O que se consome tem o poder não apenas de delinear a identidade, mas também de revelar a classe de cada um, e é justamente esse fato que acarreta a diferenciação social, uma vez que nem todos têm acesso aos mesmos bens.

Com base nessa perspectiva, consome-se não pelo objeto em si, mas sim pela aptidão que estes, em sentido amplo, possuem de se manifestarem como signos que distinguem o indivíduo e, conseqüentemente, o inserem em determinada camada social (BAUDRILLARD, 2008, p. 66).

Nesse contexto, cada *status* apresenta um conjunto mínimo de bens considerados necessários para que uma pessoa seja enxergada como pertencente ao respectivo grupo. Possuir esse conjunto de bens deixa de ser apenas uma questão de satisfação, mas também de autoafirmação social. Inicia-se, então, uma incessante busca pelo prestígio que esses bens oferecem, que, por sua vez, é reforçada pela indústria cultural:

A relação deve estabelecer-se, portanto, entre a diferenciação crescente dos produtos e a diferenciação crescente da procura social de prestígio. Ora, a primeira é limitada, mas não a segunda. Não existem limites para o homem enquanto ser social (...). É precisamente aí que residem o valor estratégico e a astúcia da publicidade: atingir cada qual em função dos outros, nas suas veleidades de prestígio social reificado. Nunca se dirige apenas ao homem isolado (...). (BAUDRILLARD, 2008, p. 72).

Assim é que o processo de aquisição de um bem é tomado por uma complexidade insólita, uma vez que passa a importar na adesão a valores aptos a identificar a qual grupo o indivíduo pertence. O consumidor, ciente de que caso não atenda aos padrões impostos poderá vir a ser excluído ou estigmatizado, torna-se refém do medo da inadequação. De outro lado, os mercados de consumo, ávidos por tirar vantagem desse medo, produzem os bens de consumo necessários para se alcançar o *status* desejado, que, por sua vez, é definido a partir das técnicas de manipulação da indústria cultural de massa. Trata-se, pois, de um ciclo sem fim, movido pela ânsia da aprovação social prometida pelos bens.

Consequentemente, devido à hegemonia dos padrões sociais estabelecidos, bem como da ligação profunda que então se estabelece entre os bens de consumo e o processo de estratificação social, certas pessoas veem o consumo como uma forma de realização na escala social vertical (LIPOVESTKY, 2004, p. 71).

Não se pode olvidar, porém, que esse processo ocorre muitas vezes de maneira inconsciente, uma vez que o consumidor tende a vislumbrar suas escolhas como fruto de sua liberdade, e não como algo voltado para se alcançar determinado *status*.

De todo modo, o que se percebe é que o consumismo se tornou onipresente e onipotente, produtor da maior força propulsora da sociedade contemporânea. Buscar justificar esse fenômeno com base em uma única causa seria o equivalente a menosprezar o seu poder, que provém exatamente das múltiplas razões que levam a ele.

E é, exatamente, essa justificativa plural para o consumo que enseja uma reflexão mais profunda acerca do comprometimento da capacidade decisória do consumidor e a necessidade de revisão da estrutura normativa atualmente disponível para o controle do assédio de consumo e de muitas técnicas empresarias coercitivas, que vulneram, ainda mais, a já combalida liberdade de escolha do consumidor.

Vive-se naquilo que Debord chamou de “Mundo Invertido”, em que o verdadeiro é apenas um momento do falso (DEBORD, 2007, p.40), pois numa sociedade confessional como a atual, não basta apenas adquirir os mutantes símbolos de consumo da Indústria Cultural, mas revelar a “feliz” aquisição aos demais, preferencialmente nas redes sociais e condicionar o bem-estar à quantidade de “amigos” virtuais que aprovaram aquele momento.

O consumo, portanto, para ter um valor intrínseco para o sujeito, seja por seu caráter hedonista de autossatisfação pessoal, seja como “remédio” para as doenças da alma pós-moderna, fonte de reconhecimento social, ou mesmo quando a justificativa para o consumo seja puramente utilitarista (adquirir algo de que se precisa) dever ser “espetacularizado”, naquilo que Debord chama

de afirmação da aparência em negação da própria vida. (DEBORD, 2007, p.40).

Para Debord:

“Cuando la necesidad es soñada socialmente, el sueño se hace necesario. El espectáculo es el mal sueño de la sociedade moderna encadenada, que no expresa en última instancia más que su deseo de dormir. El espectáculo vela ese sueño” (DEBORD, 2007,p.44)

Em outras palavras, vive-se numa realidade em que o assédio de consumo “hipnotiza” os homens, deixando-os adormecidos para as relações pessoais autênticas, forjando momentos artificiais de uma felicidade ilusória, pautada na premissa de que o consumo é o termômetro do poder social. Quanto mais se consome, maior o *status* alcançado na sociedade pós-moderna.

Todavia, apesar do prestígio social, este consumidor está só e infeliz, mas sua alienação é tão grande, que muito dificilmente alcança a percepção de que vive num mundo sombrio, impessoal e que resume a relevância do sujeito à sua capacidade econômica, apenas.

É inegável a total pertinência da definição de Vargas Lhosa para a banalização da cultura pós-moderna:

“A raiz do fenômeno está na cultura. Ou melhor, na banalização da cultura imperante, em que o valor supremo é agora divertir-se e divertir, acima de qualquer outra forma de conhecimento ou ideal. As pessoas abrem um jornal, vão ao cinema,

ligam a tevê ou compram um livro para se entreter, no sentido mais ligeiro das palavras, não para materializar o cérebro com preocupações, problemas, dúvidas. Só para distrair-se, esquecer-se das coisas sérias, profundas e inquietantes e difíceis, e entregar-se a um devaneio ligeiro, ameno, superficial, alegre e sinceramente estúpido” (VARGAS LLHOSA, 2013,p.123-124)

O consumo, portanto, se tornou esse grande refúgio em homenagem ao ócio, ao prazer e à realização social, pois quanto mais distraído de suas responsabilidades diárias e pesados compromissos familiares e profissionais, maior será a propensão ao consumo e maior será a vulnerabilidade do consumidor assediado, pois verá no ato de consumir a expressão legítima de uma fuga à dura realidade dos papéis sociais que se vê obrigado a seguir.

A busca frenética pelos bens de consumo é a busca, na verdade, por uma pseudoliberalidade, que mascara uma real infelicidade do indivíduo e seu crescente mal-estar pessoal e social.

Nesse sentido:

“O caráter sistêmico da crise que atravessamos é, portanto, formado por essa dupla excesso/mal-estar. As estratégias positivas de transformação devem então resolver a questão da articulação entre a “simplicidade”, como aceitação dos limites, e o “melhor-estar”, dando forte ênfase

à palavra “estar” em “melhor-estar”. Visto que, muitas vezes, aqueles chamados estados de “bem-estar” eram na realidade estados de “muito ter”. (MORIN; VIVERET, 2013, p.40)

Sugere-se, portanto, uma revolução social em busca de uma “sobriedade feliz”, que permita alcançar um ponto de equilíbrio entre o “ter”, aqui admitido apenas em sua vocação utilitarista (satisfação das necessidades básicas) com o “ser”, permitindo que o sujeito escape de um subdesenvolvimento ético, afetivo e espiritual, preservando os bens comuns à humanidade. (MORIN; VIVERET, 2013, p.41-42).

É preciso romper com a dependência ao consumo como uma espécie de vício que desumaniza o sujeito, permitindo-o reencontrar sua estabilidade emocional e social, o que perpassa pela educação e conscientização em prol de uma maior responsabilidade decisória na hora de conter impulsos e escolher produtos e serviços racionalmente.

Comprar em razão de uma necessidade utilitarista significa vincular a real funcionalidade do bem a uma expectativa legítima do consumidor, ou seja, a aquisição dos bens de consumo atenderá a requisitos mínimos de prestabilidade e servibilidade.

Não se pode confundir essa necessidade utilitarista autêntica com outras necessidades forjadas pelo mercado, a saber: necessidade de afiliação (estar na companhia de outras pessoas), necessidade de poder (controlar o próprio ambiente) e necessidade de singularidade (afirmar a identidade individual) (SOLOMON, 2016, p.20-21)

É preciso difundir a ideia de que a autoestima do indivíduo não está no seu poder de compra, ou na

submissão aos apelos publicitários do mercado e que uma decisão estritamente utilitarista quanto às suas necessidades de consumo não o excluirá da vida social, ou será motivo de constrangimento e depreciação financeira.

Ao contrário, revelará que ainda há espaço para uma vontade livre e espontânea do consumidor, a despeito da coação econômica do mercado e do comprometimento da subjetividade individual pelo assédio de consumo.

E será justamente essa vontade livre, consciente e responsável que terá o condão de reposicionar a autoestima cívica do consumidor, agora compreendido como cidadão, num patamar político mais elevado, permitindo-lhe influir (e acreditar no poder transformador de sua influência) no processo deliberativo para o aperfeiçoamento das normas consumo, objetivando a revisão dos parâmetros éticos de atuação dos agentes econômicos, melhor corrigindo as distorções apelativas de um modelo predatório pautado no consumo compulsivo.

CONCLUSÃO

Os imensuráveis avanços trazidos pela globalização vieram acompanhados de uma profunda transformação na sociedade. No panorama pós-moderno, houve a edificação de uma sociedade de consumidores, em que o consumismo passou a representar uma inafastável premissa para a aceitação e reconhecimento sociais.

Entre a era moderna e a pós-moderna houve uma verdadeira ruptura paradigmática, caracterizada pelo abandono de todos os freios institucionais que impediam a emancipação individual. O consumo, que até então se limitava à classe burguesa, tornou-se acessível às massas, resultando na edificação de uma “comunidade de consumidores” e na conseqüente transformação do *homo*

faber – famosa expressão concebida por Hannah Arendt para designar o homem típico da era moderna, que se dedicava exclusivamente à produção – para o *homo economicus*, que se volta não só para a produção, como também para o consumo.

Não obstante, o ritmo frenético da era contemporânea situou a pós-modernidade no passado, não devido à ocorrência de uma nova ruptura, mas sim no sentido de indicar que as transformações até então vivenciadas foram elevadas a um nível hiperbólico, ensejando o surgimento de uma terceira fase da modernidade: a hipermodernidade.

Na sociedade hipermoderna, todas as mudanças trazidas pela pós-modernidade foram potencializadas, o que fez com que tudo adquirisse um novo sentido. Assim, todas aquelas transformações pós-modernas passam a conviver com outras perspectivas e valores, numa ótica paradoxal de valores invertidos, antagônicos, e essencialmente fluidos.

Essa modernidade líquida e paradoxal tem um ritmo próprio e intenso, e, ao mesmo tempo, impossível de ser acompanhado. Esse descompasso instaurou um verdadeiro vazio no homem, criando um ambiente propício para que o consumo se estabelecesse como uma forma supostamente eficaz de suprir as frustrações e angústias.

Trata-se, na realidade, de uma satisfação que jamais será atingida e é justamente esse o objetivo. A indústria cultural de massa, por intermédio de suas técnicas de manipulação, cria e forja necessidades a cada instante e os consumidores, ávidos por preencher o vazio constante, sucumbem às promessas de uma felicidade descartável.

O que torna esse cenário mais preocupante é que mesmo aqueles indivíduos que não cedem às promessas ilusórias do “consumo emocional”, também são reféns do

fenômeno, uma vez que, nos dias atuais, exercer o papel de consumidor não é mais uma simples opção, mas sim uma obrigação imposta, ainda que de forma implícita, pelos ditames desse estilo de vida que desaprova toda e qualquer opção cultural alternativa.

O hiperconsumo tornou os indivíduos reféns de sua lógica predatória, na medida em que desconhece diferenças de idade, gênero ou classe social: todos estão sujeitos às mesmas exigências para fazerem parte dessa sociedade. O acesso aos bens e mercadorias já não são mais sinônimo apenas de riqueza, mas também da felicidade esperada na cultura ocidental.

O fenômeno hiperconsumista é multifacetado e onipresente. Já não se sabe mais distinguir com clareza as esferas do consumível e do não consumível, uma vez que até mesmo o imaterial é permeado por essa mentalidade. De outro lado, as causas que levam os indivíduos a consumir são as mais variadas possíveis: busca por autoafirmação social, busca pelo prazer, busca pela sua própria identidade e por um sentimento de pertencimento. É essa múltipla acepção que fez do consumo um fenômeno complexo como nunca, capaz de dominar todas as esferas da vida do homem.

Cada bem consumido corresponde não mais apenas a uma dada utilidade, mas sim à adesão de determinados valores, de sorte que todas as escolhas passam a ser condicionadas socialmente, e, o consumidor, cada vez mais vulnerável.

Há, pois, uma “mercantilização da vida”, sendo que o mais alarmante não é a expansão da lógica consumista em si, mas sim a volatilização dos indivíduos, a fragilização de suas personalidades e a desestabilização emocional.

Não obstante todas as críticas feitas ao consumo, a verdade é que não há um contra modelo crível, e nem se

pretende defender o contrário. Deve-se, porém, atentar para o fato de que o principal *player* desse cenário é o que mais está sendo prejudicado e absorvido pela lógica das frivolidades.

Nesse panorama essencialmente paradoxal, exurgem os desafios contemporâneos à tutela consumerista, que precisa, mais do que nunca, se adaptar a essa nova realidade, conscientizando o consumidor do seu papel e possibilitando a recuperação da sua autoestima cívica, não apenas na esfera nacional, mas, sobretudo, no panorama internacional, uma vez que o consumo não conhece fronteiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CARVALHO, Diógenes Faria de. *Sociedade de consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor (Volume 2)* – Diógenes Faria de Carvalho, Vitor Hugo do Amaral

Ferreira, Nivaldo dos Santos (org). – Goiânia: Espaço Acadêmico, 2016.

DEBORD, Guy. *La sociedade del espetáculo*. Valencia: Editions Gallimard, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: Studium Generale sobre o consumidor como Homo Novus*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, ano 22, vol. 85, jan.-fev/2013.

MORIN, Edgar; VIVERET, Patrick. *Como viver em tempo de crise?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

SOLOMON, Michael. *O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo*. Porto Alegre: Bookman, 2016.

VARGAS LLHOSA, Mário. *A civilização do espetáculo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

PONDERAÇÕES SOBRE A CONSIDERAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS HUMANOS: APONTAMENTOS SOBRE SUA FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

*Flávia de Ávila**

Resumo: Os direitos trabalhistas, cujos titulares pertencem à classe econômica dos trabalhadores, estão correlacionados no âmbito dos direitos sociais, mesmo que individualmente exercidos. Contudo, apesar de o trabalho ser fundamental para a perpetuação da vida humana, para muitos doutrinadores, sua correlação com os Direitos Humanos não possui um viés explícito. Esta dificuldade em se entender o trabalho como parte dos Direitos Humanos torna complexo seu entendimento ou mesmo sua invocação perante sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, como o europeu e o interamericano. De outro modo, a necessidade de individualização das vítimas frente a tais sistemas faz com que os direitos econômicos, culturais e sociais sejam especialmente deficientes no âmbito de sua efetividade. Levando em consideração estas ponderações, este pequeno ensaio procura discorrer, em traços rápidos, sobre as principais refutações em se considerar os direitos trabalhistas como direitos humanos, bem como ilustra esta ligação por meio algumas vertentes que a defendem.

* Professora do Departamento de Relações Internacionais (DRI) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PRODIR) da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Membro da diretoria da International Law Association (ILA), ramo brasileiro.

Palavras-chave: Direitos trabalhistas; Direitos Humanos; Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

Introdução

Em uma reflexão para identificar certas constantes da condição humana, Hannah Arendt (2007, p. 15), entende a obra (*work*) como o emprego da força humana no mundo, que produz a artificialidade de coisas. Portanto, a obra, fruto do trabalho, sendo mediadora do homem e do mundo, só pode ter ocorrência no âmbito da sociedade, este espaço fruto da invenção da modernidade onde habilidades e competências são geridas, mas o exercício da autonomia é mitigado. Ao seguir o entendimento de *work* de Hannah Arendt como condição humana, Bartolomé Ruiz (2012) entende que a atividade humana fica à mercê da normalização dos comportamentos em uma era da sociedade de massas. Neste processo de alienação do mundo descrito por Hannah Arendt, a intersubjetividade se degenera ao ponto de que as preocupações se voltem para que se saciem meros anseios da vida biológica, sem que haja exercício da vida política. O espaço de liberdade política e engajamento neste sentido é limitado, pois as decisões são arbitrárias e remotas, e não há expectativa de durabilidade do esforço empregado. O fruto do trabalho não é, portanto, uma obra perene no tempo, capaz de interceder no âmbito das relações humanas, pois apenas serve para o mero consumo.

Para Bartolomé Ruiz (2012), na sociedade gerida pelo consumo, não há emancipação dos trabalhadores, mas do trabalho. Este é cooptado na proporção da exploração econômica da vida, em que se reproduzem incessantemente as necessidades criadas. Os trabalhadores, portanto, estão sucumbidos perante este processo tanto

pela obra quanto pelo consumo e a interferência neste ciclo vicioso de mera manutenção da vida por meio da exploração do trabalho se traduz em, primeiramente, se reconhecer a importância do trabalho para a autodeterminação do ser humano.

Estas relações ligadas ao trabalho, percebidas no âmbito da sociedade de massa, têm sido estudadas de modos diferentes por ramos distintos da ciência. No caso do Direito, os direitos trabalhistas, cujos titulares pertencem à classe econômica dos trabalhadores, estão correlacionados no âmbito dos direitos sociais, mesmo que individualmente exercidos. Contudo, apesar de o trabalho ser fundamental para a perpetuação da vida humana, para muitos doutrinadores, sua correlação com os Direitos Humanos não possui um viés explícito. Neste sentido, na sociedade, que seria o palco da pluralidade, em que os humanos estariam ao mesmo tempo expostos e vulneráveis, mas também aptos a transformarem suas potencialidades em ação, os trabalhadores ficam à margem da tomada das decisões sobre sua própria vida.

Esta dificuldade em se entender o trabalho como parte dos Direitos Humanos tem raízes complexas. No entender de Swepston (2014), tal consideração advém de três razões fundamentais: a) de concepções jurídico-filosóficas que entendem direitos coletivos como não integrantes de direitos humanos, que só abarcaria direitos individuais, que possibilitam o desenvolvimento pessoal do ser humano; b) de derivações jurídico-políticas advindas da Guerra Fria que determinam, sob o prisma ocidental, que direitos econômicos, sociais e culturais são menos eficazes do que direitos políticos e civis, principalmente por supostamente colocarem em cheque ideais democráticos; e c) e que os órgãos das Nações Unidas, em sua maioria, não estão comprometidos com tais direitos, visto que existe uma gama de organizações a tratar do tema, como a Organização Internacional do

Trabalho (OIT). Estas preocupações manifestadas por Swepston (2014), apesarem de terem diminuído após o final da Guerra Fria, ainda determinam diferenças importantes em relação a direitos individuais e coletivos, o que torna complexo seu entendimento ou mesmo sua invocação perante sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, como o europeu e o interamericano. De outro modo, a necessidade de individualização das vítimas frente a tais sistemas faz com que os direitos econômicos, culturais e sociais sejam especialmente deficientes no âmbito de sua efetividade.

Levando em consideração essas ponderações, este pequeno ensaio procura discorrer, com base principalmente nas análises de Swepston (2014), Davies (2009), Mantouvalou (2012) e Gilabert (2016), em traços rápidos, sobre as principais refutações em se considerar os direitos trabalhistas como direitos humanos, bem como ilustra esta ligação por meio algumas vertentes que a defendem. Deste modo, este artigo se divide em tópicos que apresentam o tema e o aprofundam, concluindo pela consideração dos direitos trabalhistas e do direito ao trabalho como integrante dos direitos humanos.

1. As dificuldades em se relacionar os direitos trabalhistas e os direitos humanos

Os direitos trabalhistas se relacionam especificamente com o fato de existir um fato social dependente do trabalho. O trabalhador, sujeito destes direitos, pode exercê-los individual ou coletivamente, a depender de quais são estes direitos. Podem incluir o direito de trabalhar em um emprego livremente escolhido, de condições de trabalho justas, de ser protegido contra a dispensa arbitrária e injustificada, de pertencer e ser representado por um sindicato, de greve, dentre outros

tantos. São direitos que, para Mantouvalou (2012) possuem diferentes bases teóricas dependendo dos fundamentos a eles relacionados, sejam eles liberdade, dignidade ou capacidade.

No âmbito dos direitos humanos, pergunta-se onde se estariam inseridos os direitos trabalhistas. Sobre este contexto, é importante salientar que a própria construção dos direitos humanos se viu eivada de polêmica sobre este e outros aspectos. A divisão dos direitos humanos em duas categorias, sendo elas civis e políticos, e econômicos, sociais e culturais, já se deu nos primeiros estágios do processo de discussão para adoção de um rol de direitos humanos no âmbito das Nações Unidas. Os soviéticos, principalmente, entendiam que a visão ocidental de direitos humanos, que havia prevalecido na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, se consubstanciava na reivindicação individual de direitos. Por sua vez, os soviéticos procuravam privilegiar a ação estatal como máxima salvaguarda de direitos, para que a dimensão coletiva e organizacional de funcionamento das sociedades socialistas pudesse prevalecer (ÁVILA, 2014).

As significativas diferenças de concepções sobre direitos humanos no âmbito da Assembleia Geral da ONU, portanto, divergiam fundamentalmente entre os direitos civis e políticos (ditos *negativos*, que limitavam a intervenção estatal em relação à autonomia individual) e os direitos econômicos, sociais e culturais (chamados *positivos*, pois precisavam da intervenção estatal para serem implementados). Em 1966, para dirimir a disputa, a Resolução nº 2200 (XXI) aprovou dois tratados: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Essa diferença teria sido amenizada, conforme atesta Swepston (2014), após o fim da Guerra Fria, quando grandes conferências sobre Direitos Humanos se seguiram nos anos 90 do século passado, como a

Conferência de Viena de 1993. O texto dela resultante afirma que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, e que devem ser tratados sem distinção pela comunidade internacional.

Davies (2009, p. 41) enfatiza que, embora o caráter de igualdade de status, universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos tenham sido amplamente ressaltados pelos tratados e documentos internacionais que se seguiram desde a Declaração Universal de 1948 e os Pactos de 1966, o debate a respeito de suas diferenças ainda persiste. Uma das mais significantes diz respeito ao tipo de ação estatal positiva ou negativa que deve ser tomada para que haja a garantia de sua efetividade, conforme acima referido. Esta distinção é usualmente reconhecida pelos instrumentos internacionais de direitos humanos, a exemplo dos Pactos Internacionais. Ao passo que o PIDCP requer que os Estados implementem de maneira efetiva os direitos políticos e civis, o PIDESC impõe uma obrigação mais fraca, que prevê adoção de medidas escalonadas para que sua realização se dê de maneira progressiva. A realização plena de direitos e obrigações econômicas, sociais e culturais dependerá, portanto, do nível de desenvolvimento econômico de um Estado, diferentemente de direitos civis e políticos, que poderiam ser plenos mesmo em países mais pobres. Neste sentido, Swepston (2014) afirma que organismos tanto nacionais quanto internacionais tendem a menosprezar os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como considerá-los menos urgentes e noticiáveis.

Outra distinção trazida por Davies (2009, p. 42) diz respeito à judicialibilidade, ou seja, como tais direitos são arguidos e trabalhados perante e pelos tribunais. Enquanto direitos civis e políticos costumam levantar questões relativamente simples, de mera conformidade legal, os direitos econômicos, sociais e culturais, em razão da

variabilidade de seu conteúdo, costumam ser mais problemáticos.

Estas diferenças têm relacionado grande número de céticos. Davies (2009, p. 42) aponta que a forma mais radical de ceticismo determina que deveria se limitar o termo “direito” para apenas direitos civis e políticos, negando este status em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, devido à sua imprecisão, falta de universalidade e justiciabilidade. Costuma-se argumentar que, se os indivíduos têm direitos civis e políticos, eles serão capazes de garantir a proteção dos seus interesses econômicos e sociais através do processo democrático. Hepple (2005, p. 22) enfatiza que, para estes céticos, não é possível considerar demandas sociais direitos caso não possam ser conseguidos com recursos em um país economicamente menos desenvolvido. Esta ideia, baseada no positivismo legal, caracteriza a ciência do Direito como um complexo fórmulas analíticas que categorizam os direitos entre ativos ou passivos. Assim, em uma conduta prescrita pelo Direito que regulamentasse determinado comportamento, a pretensão de um necessita corresponder ao dever de outro (ÁVILA, 2014; HOHFELD, 1920).

Uma forma mais moderada de ceticismo permitiria aos direitos econômicos e sociais a classificação de direitos genuínos, porém menos fundamentais do que os direitos civis e políticos. Se constituiriam, assim, em uma aspiração a ser alcançada no futuro, diferentemente dos direitos civis e políticos deveriam ser respeitados. Sen (2013) rebate estas críticas, ao argumentar que não há antítese entre a fundamentação jurídica dos direitos sociais e o fato de demandas sociais serem pensadas em termos programáticos. Para Sen (2013), direitos podem ser integrados em um quadro geral de metas, como no caso do conceito de trabalho decente descrito pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) no âmbito de seus direitos fundamentais. O conteúdo material de trabalho decente se

conecta com melhoria das condições de trabalho ou ainda com diminuição de taxas de desemprego ou subemprego, dentre outras possibilidades. Direitos considerados individuais, como propriedade, dependem igualmente do trabalho.

A terceira escola de pensamento descrita por Davies (2009, p. 43) adotada pela própria ONU, como dantes comentado, defende a "indivisibilidade" dos direitos humanos: os direitos de ambas as categorias são direitos humanos e têm o mesmo estatuto. Todavia, apesar de a teoria da indivisibilidade dos direitos ser a prevalecente na grande maioria dos diplomas internacionais, há significativas diferenças para os trabalhadores, pois, para eles, os direitos políticos e civis, apesar de garantirem a liberdade de associação e de reunião, bem como de não discriminação, não têm a mesma relevância que os direitos econômicos, sociais e culturais.

2. Vertentes teóricas de consideração dos direitos trabalhistas como direitos humanos

Apesar do ceticismo, hodiernamente, cada vez mais relevante se torna a discussão sobre serem os direitos trabalhistas ou não integrantes dos direitos humanos. Mantouvalou (2012) relacionou três diferentes vertentes da literatura: uma positivista, uma instrumental e outra teórico-normativa.

Pela vertente positivista, serão direitos humanos os direitos trabalhistas que estiverem positivados em tratados que os reconheça como tal. Entretanto, apesar da segurança jurídica trazida pelos instrumentos internacionais, que costumam trazer um rol de direitos, ainda assim, criam-se grandes incertezas sobre quais seriam os direitos trabalhistas direitos humanos. A resposta dependeria sobremaneira do tratado ou do documento estudado.

Como exemplo, Montouvalou (2012) traz como forma de comparação alguns instrumentos como a Declaração Universal, de 1948, e a Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, de 1998. A Declaração Universal de 1948 relaciona, em alguns dos seus artigos, vários direitos que se pautam pela temática trabalhista. No seu art. 4º, a proibição da escravidão e da servidão. No art. 23, o direito de trabalhar em um trabalho de livre escolha, de pagamento justo, de trabalho decente, de proteção contra o desemprego, de não discriminação remuneratória e de se organizar em sindicatos. No art. 24, de repouso e lazer, o que inclusive limita o trabalho a horas razoáveis e determina férias periódicas. Já a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, de 1998, lista quatro abrangentes direitos: a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; a abolição efetiva do trabalho infantil; e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

A visão positivista tem a tendência, conforme descreve Montouvalou (2012), de dividir os direitos humanos em categorias, reconhecendo-os em diferentes graus de proteção, assim como ocorre quanto aos céticos em determinar diferenças substanciais entre os Pactos Internacionais. Do mesmo modo, é possível observar que tais diferenças também ocorrem regionalmente em relação a direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. No âmbito do Conselho da Europa e da Organização dos Estados Americanos, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos e sociais foram separados em dois documentos: na Europa, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH, 1950) e a Carta Social Europeia (CES, 1961), e nas Américas, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH,

1969), que contém algumas garantias socioeconômicas mais amplas do que o seu homólogo europeu, e o Protocolo Adicional de San Salvador em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC, 1988).

Direitos que são determinados em tratados específicos de direitos econômicos, sociais e culturais, como lembrado por Montouvalou (2012), costumam ser formulados de maneira pouco efetiva, além de serem fracamente monitorados. Em relação ao PIDCP, por exemplo, foi reconhecido o direito individual de petição perante o antigo Comitê de Direitos Humanos da ONU, conforme disposição do seu protocolo adicional, diferentemente dos direitos do PIDESC, monitorado apenas por intermédio de relatórios regulares. Esta diferenciação se repete em nível regional, pois os sistemas europeus e americanos atuam de maneira similar. A CEDH prevê direito de petição individual perante a Corte Europeia de Direitos Humanos. O CES, por sua vez, tem um procedimento para a comunicação ao Comitê Europeu dos Direitos Sociais, e, desde 1998, um protocolo que reconhece o direito de reclamações coletivas por certas organizações não governamentais, sindicatos e outros grupos. A CADH dispõe que indivíduos possam apresentar pedido para averiguação de uma suposta violação de direitos consagrados na Convenção perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que pode, por sua vez, encaminhar o processo à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A necessidade de individualização dos autores do pedido, na maioria dos casos, faz com que seja mais difícil a aplicação do DESC, pois, de maneira geral, precisa haver identificação com algum direito determinado na CADH, como o direito de propriedade.

A vertente instrumental, influenciada pela tradição marxista, descrita por Montouvalou (2012), foi concebida em razão do desejo de se valer de todas as potencialidades dos métodos legais como ferramentas para assegurar as

vantagens possíveis para o implemento de direitos trabalhistas como direitos humanos. Para esta finalidade, são utilizadas diferentes estratégias, como a advocacia militante, a representação sindical, ações da sociedade civil, a atuação de cortes internacionais, etc. Estudiosos que adotam essa abordagem examinam quais os direitos do trabalho estão de acordo com os documentos jurídicos pertinentes, como a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, de 1998, e recomendam ações diferenciadas para promovê-los como direitos humanos.

Montouvalou (2012) analisa com mais pormenores a atuação de cortes internacionais e organizações não governamentais na promoção dos direitos trabalhistas como direitos humanos, que acompanharam a nova retórica sobre os direitos fundamentais do trabalho com base em instrumentos internacionais importantes, como as Convenções da OIT, a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, de 1998 e os documentos regionais de promoção de direitos econômicos, sociais e culturais. A pergunta que procurou ser respondida pela atuação de tais instituições era se estes direitos positivados no âmbito destes tratados e declarações internacionais corresponderiam às novas realidades de regulação do mercado e à crescente desigualdade global? As respostas a esta pergunta são diferentes, a depender do agente que atua nesta vertente instrumental.

Para esta vertente, tais enfrentamentos seriam necessários para que se ampliasse o escopo dos direitos humanos mesmo diante de mercados autorregulados, em que os limites de intervenção política na economia seriam muito estreitos. Neste caso, a grande limitação existiria em razão da perspectiva utilitarista dos modelos econômicos com enfoque em direitos individuais (SARKIN, 2011, p. 31-32). Davies (2009, p. 38) determina que o início da

atuação institucional no âmbito instrumental teria ocorrido nos anos 60 e 70 do século passado, quando questionamentos passaram a ser feitos sobre a existência de justiça em relação às relações de trabalho em sistemas nos quais a barganha coletiva feita por intermédio de sindicatos era a única maneira de proteger trabalhadores. Eram deixados de fora das negociações muitos trabalhadores de estabelecimentos e locais de trabalho que não eram ligados a nenhum sindicato, bem como muitas vezes não eram discutidos no âmbito sindical direitos de alguns mais vulneráveis entre os trabalhadores, como mulheres e menores.

Como exemplo, Compa (2008) demonstra que, na realidade estadunidense até o final dos anos 90 do século passado, tanto sindicatos não discutiam direitos humanos em suas pautas de negociação, quanto advogados de direitos humanos não incluíam direitos dos trabalhadores nas suas agendas. Ações coletivas, contudo, começaram a substituir as ações individuais quando sindicatos e defensores de direitos humanos se uniram, o que tornou seu poder de ação mais evidente. Um projeto foi desenvolvido para que os direitos trabalhistas nos Estados Unidos fossem repensados por meio dos princípios internacionais dos direitos humanos e do direito internacional do trabalho. Esta estratégia, que teve o patrocínio da Fundação Ford, resultou na publicação em 2000 do documento da Human Rights Watch intitulado *Unfair Advantage: worker's freedom of association in the United States under International Human Rights Standards*, com grande projeção nacional e internacional.

Em cortes internacionais, principalmente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a jurisprudência tem consolidado abordagem integrada para interpretação da CEDH, pela qual há a identificação de certos direitos sociais, mormente trabalhistas, de acordo com o entendimento de determinados direitos individuais, como

os de personalidade ou propriedade. Também são analisados os direitos de associação e reunião, bem como casos envolvendo formas de trabalho análogo ao escravo ou servidão moderna. No caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda são abordadas questões referentes ao trabalho de comunidades quilombolas e dos povos originários.

Mantouvalou (2012) chama a atenção para as críticas apresentadas a esta vertente, que acabaria por não se amparar em fundamentos filosóficos que sustentassem as alegações feitas no âmbito das diferentes estratégias adotadas. Deste modo, os direitos seriam promovidos de acordo com os interesses das instituições, não necessariamente dos trabalhadores. Este fator empírico ligado a esta vertente enfraqueceria seu sucesso, vez que se uma estratégia fosse bem-sucedida, o direito trabalhista seria reconhecido como integrante dos direitos humanos, mas se não, tal endosso não lhe seria conferido. O discurso para aliar direitos trabalhistas a direitos humanos estaria, neste último caso, a mercê das habilidades argumentativas, sem que houvesse uma escola de pensamento que lhe escorasse. Para Mantouvalou (2012) também acrescenta que a ampliação desmedida de direitos laborais no rol de direitos humanos ainda atenuaria o aspecto moral ligado às questões trabalhistas, o que poderia ser contra produtivo a longo prazo.

A última vertente descrita por Mantouvalou (2012), de matriz teórico-normativa, não se coaduna necessariamente com o direito positivo ou com estratégias ativistas, apesar de interagir com elas, mas examina o assunto do ponto de vista da justificação das normas trabalhistas serem ou não de direitos humanos. Muitos são os críticos desta vertente, como Collins (2011, p. 137), que não vê paralelo entre direitos trabalhistas e direitos humanos pela ausência da universalidade, pela ausência do

rigor e pela ausência da atemporalidade, além da não irrefutabilidade das teses.

Collins (2011, p. 142) entende que os direitos trabalhistas não se aplicam universalmente nem a todos os seres humanos pois só se justapõem a atividades laborativas remuneradas ou aquelas que lhes são equivalentes. Ainda não se podem configurar em referência moral imperativa para todas as pessoas, em todos os países, pois, apesar de sua importância, direitos trabalhistas não estão elevados da relevância de outros como liberdade, segurança e subsistência. Collins acredita também que direitos como pagamento justo e férias gozadas em um prazo razoável, por exemplo, sejam usufruídos pelos trabalhadores apenas na medida em que a sociedade em que se encontram possa assim prover, observando o mínimo padrão de dignidade e liberdade sem o qual nenhum governo deveria permitir o trabalho. Collins (2011, p. 142-143), considera que os direitos humanos são usualmente concebidos por meio de atemporais necessidades fundamentais, enquanto os direitos trabalhistas parecem ter evoluído em razão do meio de produção, das formas de trabalho e da divisão do labor, o que os torna diferentes em essência.

Montouvalou (2012) se posiciona contra os argumentos de Collins, pois, para ela, uma das características fundamentais dos direitos humanos é que eles são reivindicações que proíbem erros morais graves, derivados da dignidade da pessoa humana (o que ocorre em várias situações como as envolvendo discriminação e abusos, livre expressão, etc.). Gilabert (2016) compartilha desta visão e apresenta uma teoria moral pela qual os direitos trabalhistas protegem interesses humanos de grande valor, que proporcionam suporte factível e razoável para a dignidade dos trabalhadores, apesar da tensão entre solidariedade e individualidade que tais direitos articulam.

No entender de Montouvalou (2012), os direitos trabalhistas são qualificados como proclamações que proibem comportamentos morais reprováveis. Assim como a proibição à tortura é inequivocamente um direito humano, também o é o direito de não sofrer tratamento humilhante como empregado ou de ser vítima de abusos no ambiente de trabalho. Estas situações de trabalho degradante se juntam a outras que se referem à exploração do trabalhador, que se conjugam com direitos tanto sociais quanto individuais. Neste diapasão, se encontram a liberdade de expressão, a não discriminação, a privacidade, dentre outros. Do mesmo modo, o direito a ser pago de maneira justa pelo serviço realizado, além de dignificar o trabalhador, lhe permite a subsistência, assim como o descanso remunerado lhe mantém a saúde.

Montouvalou (2012) também os considera universais na medida em que qualquer um que se encontre na condição de trabalhador é titular de direitos trabalhistas. O fato de haver variação entre alguns direitos ligados aos trabalhadores também não os desclassificaria da condição de serem direitos humanos, porque é da essência dos próprios direitos humanos a subjetividade de sua interpretação. Tal variação também ocorrerá em virtude das diferenças econômicas e sociais entre os países, assim como também se sucede com direitos civis e políticos. Sobre sua atemporalidade, Montouvalou (2012) acredita que, apesar de terem sido desenvolvidos em função da relação de trabalho, os direitos trabalhistas se moldam em determinações que abstratamente produzem padrões apropriados a todas as situações envolvendo trabalho. Sua conquista histórica não é de desprezada, mas o fato de se revestirem de uma condição de ser humano os torna aplicáveis independentemente das circunstâncias históricas no que concerne às relações de trabalho.

Gilabert (2016, p. 176) define um direito humano moral como um direito que, realizado por todos os seres

humanos, pelo menos no mundo contemporâneo, tem força normativa independentemente de já ter sido reconhecido em instituições e práticas jurídicas e políticas existentes, podendo, contudo, ser (e geralmente o é), pelo menos em parte, implementado por meio de instituições e práticas jurídicas e políticas, dispondo de alta prioridade, pois dá origem ao global além de preocupação meramente local.

Portanto, para Gilabert (2016, p. 176-177) os direitos trabalhistas se enquadram nesta definição por serem definidores de comportamentos de caráter mandatário, juridicamente válidos, e com escopo universal no sentido de que todos possuem capacidade para o trabalho independentemente de status social ou outras circunstâncias como a nacionalidade. Às regulamentações trabalhistas são reconhecidos graus de abstração que, muitas vezes carecem de interpretação, mas esta variação é decorrente de diferentes discursos em que se engajam as instituições políticas ou jurídicas, não da ausência de normatividade. A própria noção de trabalho pode ser construída em torno de termos mais ou menos abstratos, que podem partir tanto da especificidade de um trabalho remunerado até da generalidade da prestação de qualquer tipo de serviço, mesmo que voluntário ou que independente de subordinação. Contudo, esta suposta indefinição do que seja trabalho traz a possibilidade de que o conceito seja, mesmo que protegido no âmbito jurídico, continuamente debatido e construído mediante interações sociais.

Neste sentido, o fato de os direitos humanos se constituírem em padrões normativamente hierarquizados para avaliar o comportamento de instituições jurídicas e políticas faz com que os mesmos tenham nestas instituições um palco apropriado para discussões, mas sua existência não depende mormente do pronunciamento de tais instituições. Os direitos trabalhistas, no âmbito dos direitos humanos, devem ser implementados em práticas

econômicas, sociais ou culturais que não lhes são favoráveis, pois tais práticas muito provavelmente deverão ser reformadas ou diretamente, por intermédio da ação dos indivíduos e das comunidades, ou indiretamente, através de ação de instituições. A luta de trabalhadores por sua implementação pode ocorrer tanto em relação a indivíduos ou no âmbito de comunidades, como também nas próprias instituições (GILABERT, 2016, p. 176-177).

Os direitos humanos se constituem em demandas extremamente graves e frequentemente decisivas, que podem constringer soberanias e a legitimidade de autoridades governamentais. Tais violações aos direitos humanos são difíceis de ser justificadas, por terem apelo e visibilidade internacional. Neste diapasão, os direitos trabalhistas muitas vezes sofrem pela falta de efetividade em razão da condição de desenvolvimento econômico de determinados países, sendo considerados aspirações meramente, não direitos. A ausência de prioridade em sua aplicação dá margem a críticas, no sentido de não poderem ser considerados dentre o rol dos direitos humanos. Gilabert (2016, p. 177-178) contesta estas críticas, pois tais considerações não se consubstanciam em um aprofundamento do próprio conceito de trabalho. Para o autor, o trabalho é o fato social que, em si, consubstancia a existência de normas jurídicas diferenciadas e hierarquicamente cogentes, pois permite o acesso aos meios necessários para sobrevivência e vida decente, desenvolve e exercita habilidades produtivas, socializa as pessoas em atividades comuns e contribui para o bem-estar da sociedade. No mais, o ato de trabalhar contribui para o senso de autoestima e respeito próprio. Reduzir a importância do trabalho a ações meramente repetitivas é arrancar do trabalhador uma condição que lhe é essencial.

Neste sentido, Gilabert (2016, p. 180-183) entende que os direitos trabalhistas possuem papel relevante em relação à dignidade humana, tanto no sentido do status

valorativo que se atribui à dignidade quanto às condições que permitem seu exercício. Assim, são concernentes à dignidade humana capacidades humanas tais como as relativas à senciência, à escolha autônoma, ao raciocínio sensato e moral, à cooperação solidária e ao engajamento em atividades produtivas. A habilidade que todas as pessoas têm de agir solidariamente para ter acesso e defender condições dignas de trabalho, conforme os valores acima descritos, explica o porquê de se considerar direitos trabalhistas como direitos humanos. Do ponto de vista de uma concepção de dignidade humana ligada à capacitação humana, os direitos trabalhistas se constituem em condições sociais em que as pessoas não estão diretamente forçadas por outros a trabalhar, o que poderia ter como excepcionalidade situações emergenciais. Quando isto não ocorre, políticas públicas devem ser exercidas. A existência de efetivas oportunidades de trabalho decente capacita as pessoas a garantir a sua subsistência e contribuir para a sociedade sem degradações ou humilhações.

Conclusão

Este breve ensaio se propôs ao entendimento do campo de disputas jurídico-político-filosóficas quanto aos direitos trabalhistas como direitos humanos. Os seres humanos são agentes ativos que se engajam em atividades físicas e intelectuais individuais ou coletivas como fontes para seu bem-estar, moldando e sendo moldados por seu ambiente no exercício de suas potencialidades. Como seres sociais, têm fortes razões para desenvolver relações interpessoais significativas e para se envolver em atividades cooperativas. Mas na sociedade massificada, que reduz o trabalhador a um elemento sem grandes relevâncias e enaltece o trabalho dirigido para o consumo,

a autonomia dos sujeitos é mitigada pelo exercício do poder. A condição humana da obra, em si durável, é substituída pelo controle dos corpos por meio do trabalho. Os trabalhadores assim produzem apenas para se manterem vivos, sem qualquer dignidade associada a esta produção.

Deste modo, nas condições sociais contemporâneas, uma vez que as pessoas têm de gastar muito do seu tempo e energias no trabalho, os autoritarismos em relação aos direitos trabalhistas prevalecem no âmbito de ações biopolíticas. Neste escopo, os direitos trabalhistas devem ser concebidos como parte dos direitos humanos. Sua consolidação em âmbito internacional depende do engajamento de vários setores e instituições da sociedade, bem como do respeito aos tratados e documentos internacionais, mas principalmente em razão da relevância moral que tais normas trazem, visto que o esforço humano ao trabalho é edificador do homem como processo de recomposição da condição humana.

Bibliografia

ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007

ÁVILA, F. *Direito e Direitos Humanos: abordagem histórico-filosófica e conceitual*. Curitiba: Appris, 2014.

BARTOLOMÉ RUIZ, C. O Trabalho e a Biopolítica na Perspectiva de Hannah Arendt. *Revista IHU On-Line*. Ed. 393, ano XII, de 21.05.2012. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4457&secao=393. Acesso em 15.09.2016.

COMPA, L. A. Labor's New Opening to International Human Rights Standards. *Cornell University ILR School*, n. 3, 2008.

DAVIES, A. C. L. *Perspectives on Labour Law*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

GILABERT, P. Labor Human Rights and Human Dignity. *Philosophy & Social Criticism*. Vol. 42(2), 2016, p. 171-199.

HEPPLE, B. *Labour Laws and Global Trade*. Oxford, Portland: Hart, 2005.

HOHFELD, W. N. *Fundamental legal conceptions, as applied in judicial reasoning and other legal essays*. New Haven: Yale University Press, 1920.

MANTOUVALOU, V. *Are Labour Rights Human Rights?* Labour Rights Institute On-Line Working Papers – LRI WP X/2012 (UCL), 2012. Disponível em: http://www.ucl.ac.uk/laws/lri/papers/VMantouvalou_Are_labour_rights_human_rights.pdf. Acesso em 26.09.2016.

SARKIN, J. Developing the Right to Work: intersecting and dialoguing human rights and economic policy. *Human Rights Quarterly*. v. 33, 2011, p. 1-42.

SEN, A. Work and Rights. *International Labour Review*, vol. 152, n. 1 (suplemento especial), 2013, p. 82-92.

SWEPSTON, L. *The Development in International Law of Articles 23 and 24 of the Universal Declaration of Human Rights: The Labor Rights Articles*. Leiden: Brill, 2016.

A INFLUÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA NO DIREITO INTERNACIONAL: REFLEXÕES RECENTES

Lucas Carlos Lima*

O objetivo deste ensaio é suscitar e contextualizar três questões recentes em relação à influência da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça – um argumento perene no debate acadêmico⁷⁹ e não desprovido de implicações práticas, como bem se colhe dos recentes debates no interior da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas. A primeira questão sobre a qual direcionarei o foco é a existência de um verdadeiro risco em relação à potencial obsolescência da jurisprudência da Corte no que concerne as temáticas trazidas perante este órgão jurisdicional. A segunda provocação que eu gostaria de levantar cuida da sempre e cada vez mais difícil relação entre a Corte da Haia e as cortes nacionais, sobretudo as cortes de maior posição hierárquica nos ordenamentos, quais sejam as cortes constitucionais. Especial exemplo pode ser extraído da experiência italiana no *caso das Imunidades* julgado pela Corte em 2012. Por fim, meu terceiro e último argumento

* Professor de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Internacional pela Università degli Studi di Macerata. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina.

⁷⁹ Apesar de clássicos textos sobre o tema, como a monografia de LAUTERPACHT, Sir Hersch. *The Development of International Law by the International Court*. London: Stevens & Sons Ltda, 1958 e o belíssimo texto do professor CONDORELLI, Luigi. *L'autorité des décisions des juridictions internationales permanentes*. In: SFDI (Org) *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon. Paris, 1987. pp.277ss.; veja-se também TAMS, Christian J.; SLOAN, James. (org) *The development of international law by the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2013; GAJA, Giorgio; STOUTENBURG, Jenny Grote (orgs). *Enhancing the rule of law through the International Court of Justice*. Leiden: Nijhoff, 2014, COUVREUR, Philippe. *The International Court of Justice and the effectiveness of international law*. Leiden: Brill, 2017.

é a recente tendência de tentar-se reabrir ou rediscutir alguns casos já decididos perante a Corte.

Os preliminares questionamentos que foram realizados ao longo deste debate suscitaram a indagação sobre a expressão “a velha dama” do Direito Internacional impondo-se portanto a necessidade de prestar o tributo a seu artífice. Tudo parece indicar que esta expressão foi cunhada pelo professor Antônio Cassese, uma das mais proeminentes vozes do direito internacional no século XX, que intitulou seu célebre artigo como “*The International Court of Justice: it is High Time to restyle the Respected Old Lady*”⁸⁰. O estimulante ensaio do professor Cassese, bastante crítico à alguns estruturantes delineamentos e posicionamentos da CIJ, joga com a autoridade advinda da antiguidade do órgão jurisdicional e o papel a ela almejado no interior da comunidade internacional. O ensaio impactou e recebeu natural reação da comunidade acadêmica⁸¹. Algumas das análises do professor Cassese permanecem atuais e somam-se à recém proferida palestra do professor Palchetti, assim como permanecem atuais no contexto de aniversário de 70 anos da velha e respeitada dama. Não parece equivocado afirmar que, ao se invocar a expressão, presta-se também tributo a seu criador e à desmistificadora lente de análise que ele empregou para observar o principal órgão judiciário da ONU.

Como de costume, o professor Palchetti nos ofereceu um preciso panorama de uma Corte que desenvolve o direito internacional de uma maneira

⁸⁰ CASSESE, Antonio. *The International Court of Justice: it is High Time to restyle the Respected Old Lady*. In CASSESE, Antonio. *Realizing Utopia: the future of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp.239-249.

⁸¹ Cita-se, a título de exemplo, SCOBBIÉ, Ian. "All right, Mr. DeMille, I'm ready for my close-up" : Some Critical Reflections on Professor Cassese's "The International Court of Justice : It Is High Time to Restyle the Respected Old Lady". *European Journal of International Law*, vol. 23, 2012, pp.1071-1088.

cautelosa, por vezes restritiva e até mesmo, para alguns, hesitante. Apesar desta abordagem, é uma Corte que desenvolve o direito internacional e que, nas palavras do professor Condorelli, desenvolve essa jurisprudência de pronunciada autoridade⁸² no seio do ordenamento internacional.

As duas funções que lhe são atribuídas pela Carta da ONU e por seu orgânico Estatuto parecem delinear duas naturezas jurisdicionais diversas: uma pública e uma privada. Se a função privada é a de resolver controvérsias entre Estados⁸³, a pública – eminentemente consagrada, mas não restrita, aos pareceres consultivos – é a de catalisar os interesses da comunidade dos mesmos Estados⁸⁴. Trata-se, portanto, de uma corte que age numa dupla veste e que vive, por vezes, duas vidas. E no desequilíbrio entre essas duas funções poder-se-ia verificar um potencial problema a própria Corte. O professor Palchetti encerrou sua conferência examinando o risco da Corte permanecer à margem de si mesma ao, num exercício demasiado intenso de sua função privada de solucionadora de conflitos, acabar por atrair casos de menor impacto ou relevância em matérias de direito internacional. O argumento é contundente. Ao se limitar demasiadamente em resolver tão somente as questões a si trazidas, evitando pronunciar-se sobre matérias de maior divergência na prática Estatal, a Corte poderia acabar gerando a presunção de que certas matérias não poderiam ou deveriam ser trazidas à sua barra por seus clientes soberanos. Estaria a Corte, portanto, constringida a decidir

⁸² CONDORELLI, Luigi. *Fonti del Diritto Internazionale*. In: CASSESE, A. *Dizionario di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 2554-2574.

⁸³ Art. 94, Carta da Organização das Nações Unidas.

⁸⁴ VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. *Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*. *German Law Journal*. Vol. 12. No. 5. 2011. pp.979-1004. Veja-se, igualmente, VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. *In whose name?: a public law theory of international adjudication*. Oxford: OUP, 2014.

questões ligadas ao quotidiano diplomático, delimitações marítimas e controvérsias de pouca monta para a comunidade internacional como um todo.

A provocação que se segue a este argumento é: trata-se verdadeiramente de um risco de que tal fato ocorra? Se por um lado é verdade que a literatura jurídica internacionalista parece tender a enfatizar e vindicar uma função mais ativa da Corte nesse sentido, quase que reivindicando uma espécie de *ativismo judicial internacional*, por outro lado a Corte Internacional de Justiça é historicamente construída como um tribunal de contornos arbitrais⁸⁵ para, permanentemente, resolver litígios entre Estados. Pode-se questionar, a título argumentativo, se não são exatamente esses contornos e contingências da Corte desejado e ansiado pelos Estados. Não se poderia atribuir a “respeitabilidade” da velha dama exatamente à sua cautelosa configuração das normas internacionais? Ao mesmo tempo que poder-se-ia reclamar uma Corte que se pronunciasse mais frequente e profundamente sobre matérias outras que não exclusivamente os contornos da controvérsia, poder-se-ia também conjecturar uma Corte que, lentamente, minasse a própria autoridade perante seus soberanos clientes.

Trata-se de uma questão em aberto, como bem evidenciado na literatura. Contudo, parece um dado significativo que, apesar de decidir questões que talvez possam não ser consideradas nucleares à comunidade internacional, o número de casos trazidos à Corte em tempos recentes não sofreu significativa redução. Tal fato permitirá que a Corte tenha oportunidades de responder com maior precisão qual das funções – qual das duas vidas – tende prevalentemente a desempenhar.

* * *

⁸⁵ FORLATI, Serena. *The International Court of Justice: an Arbitral Tribunal or a Judicial Body?*. New York: Springer, 2014.

O segundo ponto que trago ao debate ilustrado pelo professor Palchetti não se refere à Corte enquanto um agente de desenvolvimento do direito internacional, mas sim enquanto uma Corte que, de maneira frequente, dialoga com outras cortes e tribunais.

Nos últimos anos, muito foi escrito sobre os possíveis diálogos entre a Corte Internacional de Justiça e outras cortes internacionais como óbvia consequência da multiplicação destas na comunidade internacional⁸⁶. Obviamente trata-se de um diálogo ainda em vigor e que não permite conclusões definitivas. Contudo, de maneira geral, ao mesmo tempo em que se percebe grande deferência em relação à Corte para determinadas matérias de direito internacional (como identificação do direito internacional geral, responsabilidade Estatal, delimitação territorial e marítima, *inter alia*) foi possível também identificar pontos de inflexão e até mesmo tensão entre a Corte e outros tribunais internacionais.

Dada a crescente conexão entre o ordenamento internacional e os ordenamentos nacionais, não se pode excluir a hipótese de maior conexão entre a autoridade das decisões da Corte e as decisões nacionais. Se foram alegados pontos de força e pontos de tensão no diálogo entre a Corte e outros tribunais internacionais, não se pode excluir riscos similares no que se refere às cortes nacionais. Um bom exemplo nesse sentido parece ser o não fácil diálogo entre a CIJ e a *Corte Costituzionale*

⁸⁶ GAJA, Giorgio. Relationship with Other International Courts and Tribunals. In: ZIMMERMANN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian (eds). The Statute of the International Court of Justice: A Commentary. Oxford: OUP, 2012. MAROTTI, Loris. The International Court of Justice Role in Influencing the Approach of other Courts on Fundamental Procedural Matters. In: ARCARI, Maurizio; BALMOND, Louis. Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international : entre pluralisme et sécurité juridique. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014.

*Italiana em relação ao caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado (Alemanha v. Itália)*⁸⁷ decidido em 2012.

Trata-se de um dos casos mais instigantes e complexos dos últimos anos. Em um resumo extremamente reducionista, o que ocorria era que as Cortes italianas foram compelidas a processar e julgar o Estado Alemão por crimes ocorridos contra cidadãos italianos durante a Segunda Guerra Mundial. Contudo, uma das mais anciãs regras do direito das gentes é a regra que estabelece a imunidade de jurisdição a outro Estado. Em resumo, por conta da igualdade soberana entre Estados, um Estado não está autorizado a julgar o outro em suas cortes. Goza ele de imunidade. A lógica dos argumentos dos direitos humanos que motivou as Cortes italianas a suspender essa regra era a seguinte: sendo os direitos humanos irrenunciáveis, prevaleceriam eles sobre qualquer outra finalidade dos Estados. Assim, a norma cuja finalidade mantém imune um Estado deveria flexibilizar-se perante a necessidade de oferecer acesso à justiça às vítimas do regime nazista. Esta é uma lógica claramente ancorada na jurisprudência de alguns tribunais de direitos humanos.

A Alemanha então levou a Itália perante a Corte da Haia alegando que a Itália estava violando uma das mais caras e necessárias normas ao bom funcionamento das relações internacionais: a imunidade jurisdicional. Qual foi a decisão da Corte? Por treze votos a dois, a Corte entendeu que a regra costumeira da imunidade não possuía exceções e, portanto, a Itália violava o direito internacional. A *ratio* empregada pela Corte era que, no atual estágio das regras de direitos humanos, elas não serviriam para afastar a aplicação da regra da imunidade. Ao assim decidir, a Corte enviou um sinal às Cortes domésticas dos Estados. Diversas Cortes nacionais,

⁸⁷*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99

enfrentando casos similares, espelharam-se na decisão da Corte Internacional de Justiça. Não por acaso a Grécia se valeu do artigo 62 do Estatuto para intervir nos procedimentos, vez que caso similares aguardavam decisões por suas cortes nacionais.

Ao mesmo tempo que indicava uma certa direção a ser adotada, talvez a Corte da Haia não esperasse uma reação por parte da *Corte Costituzionale Italiana* através de sua ora célebre sentença 238/2014⁸⁸. Nesta decisão, a corte constitucional italiana entendeu que o direito consuetudinário identificado pela CIJ e a implementação do julgamento eram contrários à ordem constitucional italiana. Eles estariam em contraste com princípios fundamentais da Constituição como, por exemplo, o direito de acesso a um juiz (Art. 24 da Constituição Italiana) e os direitos individuais (Art. 2) os quais em nenhuma hipótese podem ser abdicados. Esta é mais uma situação que se encontra em aberto e que eventualmente poderá ser resolvida seja através de negociações diplomáticas, seja através da Alemanha mais uma vez trazendo a Itália perante a CIJ por conta do não cumprimento do julgamento.

Este particular julgamento descortina uma possibilidade recente dentro do contexto jurídico que é o diálogo – nem sempre bem-sucedido – entre a CIJ e cortes nacionais. A extensão de sua influência poderá ser medida, inclusive, na maneira como outras cortes, enfrentando

⁸⁸ Um dos mais precisos debates sobre a questão pode ser encontrado naquele que foi promovido pela Revista *Questions of International Law* ‘COLLIDING LEGAL SYSTEMS OR BALANCING OF VALUES? INTERNATIONAL CUSTOMARY LAW ON STATE IMMUNITY VS FUNDAMENTAL CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT DECISION NO 238/2014’ (<http://www.qil-qdi.org/category/zoom-out/colliding-legal-systems-balancing-values-international-customary-law-state-immunity-vs-fundamental-constitutional-principles-italian-constitutional-court-decision-no-2382014/>). Em especial, ver a contribuição de PALCHETTI, Paolo. ‘Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out’ nesta edição.

situações similares, resolvam seguir ou não o entendimento jurídico da Corte da Haia. O exemplo do caso das *Imunidades do Estado* é particularmente relevante porque envolve diretamente questões de direitos humanos e direitos individuais, uma tendência que permeia uma série de casos perante a Corte mas igualmente o direito internacional contemporâneo em sua totalidade⁸⁹.

A questão que naturalmente esta situação faz emergir é a receptibilidade das decisões da Corte Internacional de Justiça perante as ordens jurídicas nacionais quando questões sensitivas a direitos humanos estão em evidência. Situações como esta fazem emergir e reforçar a assim chamada teoria dos *contralimites*⁹⁰ como reação à decisão, mas também à influência da Corte da Haia.

* * *

A terceira e última questão que gostaria de levantar e que pode oferecer um melhor delineamento da influência que Corte da Haia possui diz respeito a um desafio apresentado por algumas demandas recentes trazidas perante a Corte. Estas demandas parecem demonstrar certa tendência dos clientes da Corte em tentar revisitar casos anteriormente decididos pela CIJ. Ainda que suas normas procedimentais não prevejam claramente um procedimento para apelação, parece que, dependendo da natureza destes casos, está-se diante de verdadeiros exercícios de duplo grau de jurisdição – com a peculiaridade de que existe tão somente um órgão pleno naquela organização judiciária.

⁸⁹ Nesse sentido ver MERON, Theodor. *The Humanization of International Law*. Leiden: Nijhoff, 2006 e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. Leiden: Nijhoff, 2010.

⁹⁰ Veja-se, nesse sentido, CONFORTI, Benedetto. *La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti*. In: *Rivista di diritto internazionale*. Vol. 96, 2013, pp.527-530.

Três exemplos parecem ser interessantes para permitir maiores especulações.

O primeiro exemplo é a recente declaração da Nicarágua indicando estar interessada em rediscutir e revisar pagamentos das compensações a si devidas pelos Estados Unidos em decorrência do célebre caso ocorrido nos anos 80 sobre as *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos da América)*⁹¹. Segundo a Nicarágua, os Estados Unidos jamais realizaram as reparações devidas pelos danos causados à Nicarágua pela violação do direito internacional consuetudinário. A jurisprudência recente da Corte reforça a possibilidade de se reabrir casos em que tais reparações não foram definitivamente acordadas ou realizadas⁹². A Nicarágua ainda não depositou sua demanda perante a Corte, mas pode-se esperar uma série de questões processuais ligadas à reabertura de um procedimento cuja sentença de mérito remonta os anos 80.

O segundo exemplo foi a tentativa, não sucedida, de reabertura do caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*⁹³, decidido em 2007. O pedido formal de revisão, nos termos do artigo 61 do Estatuto, ocorre quando da descoberta de novos fatos – desconhecidos à época do julgamento – que poderiam ser um fator determinante para a resolução da disputa. Contudo, em virtude do sistema de governo rotatório que hoje vigora na Bósnia, a Corte Internacional

⁹¹*Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14. Sobre a declaração da Nicaragua ver: <https://www.ejiltalk.org/reopening-proceedings-for-reparations-and-abuse-of-process-at-the-international-court-of-justice/>.

⁹²*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Order of 1 July 2015, I.C.J. Reports 2015, p. 580.

⁹³*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43.

de Justiça, através de uma declaração de seu presidente, entendeu que “nenhuma decisão foi tomada pelas autoridades competentes pela Bósnia e Herzegovina enquanto Estado”,⁹⁴. Existem naturais questionamentos sobre o procedimento pelo qual o caso não foi acolhido pela Corte, bem como a relevância do critério de dez anos imposto pelo Artigo 61 do Estatuto para revisitar casos desta importância. Contudo, depreende-se deste fato a tentativa de um Estado de rediscutir determinadas questões resolvidas pela Corte num período de dez anos posteriores ao julgamento. Tal tentativa pode servir igualmente para colocar em xeque o período de dez anos imposto pelo Estatuto. Some-se a este fato a natureza do próprio caso. Trata-se do caso em que a Corte Internacional de Justiça entendeu que a Sérvia não cometera genocídio, mas que havia negligenciado suas obrigações de evitar um genocídio. A depender das provas alegadas pela Bósnia, tal resultado poderia substancialmente alterar o entendimento destas e outras conclusões contidas no julgamento.

O terceiro e último exemplo é o pedido de revisão instituído pela Malásia contra Singapura em relação ao julgamento do caso *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore) (Malaysia v. Singapore)*.⁹⁵ Segundo a Malásia, o raciocínio jurídico utilizado pela Corte consistia em inferências dada a ausência de determinados documentos comprovando sua soberania sobre a ilha Pedra Branca. Aparentemente, Malásia obteve acesso a estes documentos e, portanto, a depender das circunstâncias, pode se tornar o primeiro caso em que a Corte verdadeiramente se pronuncie sobre uma revisão de um julgamento. Note-se que também nestes casos as

⁹⁴ Statement by H.E. Judge Ronny Abraham, President of the International Court of Justice No. 2017/12, 9 March 2017, Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20170309-PRE-01-00-EN.pdf>.

⁹⁵ *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 12.

consequências são bastante significativas. Não somente a titularidade de uma ilha é transferida de uma entidade soberana à outra como todas as zonas marítimas adjacentes, seguidas dos respectivos direitos econômicos exclusivos.

Poder-se-ia considerar estes fatos como três iniciativas isoladas. Contudo, elas podem também ser percebidas como o reflexo de uma tendência que reflete a ideia que alguns Estados estão inclinados em reabrir e rediscutir decisões anteriormente resolvidas por decisões judiciais. São três casos isolados, casos recentes estes ainda pouco substanciais e que não permitem maiores conjecturas e conclusões. Todavia, em sendo esta tendência verdadeira, parece aqui se descortinar uma função nova para a Corte: uma Corte que deve lidar de maneira hábil com suas assentadas decisões.

De maneira reflexa, alguns problemas em relação à autoridade da jurisprudência poderiam aqui ser antevistos. Contudo, o questionamento ora levantado é ligeiramente mais simples. Poder-se-ia questionar, por exemplo, se a Corte, em sua atual estrutura e métodos de trabalho, poderia ocupar e desempenhar adequadamente uma função de revisão de seus julgados. A atual estrutura da Corte estaria à altura do desafio de uma Corte que deve lidar com o seu passado? Quais poderiam ser os impactos, processuais e materiais, e até mesmo para a reputação da Corte, da revisão de um julgamento? Espera-se que, de maneira direta ou indireta, estas questões possam ser resolvidas pela própria Corte nas eventuais decisões que estão por serem decididas.

* * *

As três questões levantadas parecem servir de bons indicadores para medir, atual e futuramente, a influência da Corte Internacional de Justiça. Respondê-las e refletir sobre elas não se limita a tão somente tentar estabelecer

um diálogo com as reflexões do professor Palchetti. Enfrentá-las também poderá oferecer uma contribuição, ainda que singela, à pergunta do professor Cassese.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro**

INTRODUÇÃO

Lisonjeado pelo convite que me foi feito para palestrar no VI Seminário Internacional da Universidade de Itaúna e, principalmente, pela oportunidade dada para discorrer acerca do tema “desenvolvimento sustentável e direitos fundamentais”, o texto expõe, sob a égide de uma pesquisa teórica, os principais aspectos considerados na palestra matutina do dia 25 de maio de 2018, iniciando pela exposição histórica e aproximativa entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Num segundo tópico, discorreu-se sobre o desenvolvimento sustentável, em abordagem que considerou a roupagem histórica, diretrizes, princípios e o próprio desenvolvimento do princípio até a sua compreensão moderna. Ao final, a título de considerações finais, os temas foram relacionados, de forma a proporcionar verdadeira axialidade entre eles, o que foi o intuito da mensagem transmitida aos participantes do Seminário.

1- DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

* Pós-doutor pela Università Degli Studi di Messina-IT. Doutor e Mestre pela UFMG. Professor dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Dom Helder Escola de Direito. Promotor de Justiça em Belo Horizonte-MG

O primeiro ponto abordado versou sobre os direitos fundamentais e suas relações com os direitos humanos, principalmente em razão da intercessão do assunto com a questão do desenvolvimento sustentável, hoje muito em evidência e tão reclamado como importante vetor de consideração para o crescimento econômico e social dos países, respeitada, no entanto, a dignidade do meio ambiente como direito fundamental para a vida dos seres.

Conicionados ao tempo histórico em que contemplados tais ou quais valores que despertam o interesse de proteção jurídica, os direitos fundamentais são aqueles hoje catalogados em textos constitucionais e que dizem respeito aos direitos básicos dos seres. Adotado o conceito formal sob a ótica de Ferrajoli, direitos fundamentais são aqueles

direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *statuts* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício. (FERRAJOLI, 2011, p. 8)

Todavia, a forma como acima foi exposto o conceito de direitos fundamentais não faz com que o tema esteja livre de grandes discussões e controvérsias, a começar pela terminologia, já que empregados termos como “direitos naturais”, direitos inalienáveis”, “direitos civis”, “direitos individuais”, “direitos pessoais”, dentre outros. (SAMPAIO, 2010)

Já sustentava Alexy, em sua teoria dos direitos fundamentais, que, sobre eles,

é possível formular teorias das mais variadas espécies. Teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos, e teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social, são apenas três exemplos. Difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais (ALEXY, 2014, p. 31)

Vê-se, portanto, que o espaço de discussão dos direitos fundamentais comporta uma série de estudos que demandariam páginas e páginas de exposição. Por isso, a abordagem, segundo a proposta da exposição, recairá na compreensão de que os direitos fundamentais decorrem da afirmação das liberdades individuais e da dignidade dos seres, para além da filosofia, e que hoje se encontram positivados nas constituições.

Embora sejam os direitos fundamentais assim intitulados por dizerem respeito, em regra, aos direitos básicos do homem como pessoa, é importante distingui-los, enquanto manifestação positiva do direito, com a idoneidade para produzir efeitos no plano jurídico, dos direitos humanos, estes situados “[...] em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno” (GUERRA FILHO, 1997, p. 12). Nesse sentido, embora possa haver, para muitos, identidade semântica e de conteúdo,

direitos fundamentais devem ser considerados como os reconhecidos pelo Estado, na ordem interna, como necessários à dignidade da pessoa humana. Não obstante, então, direitos humanos e direitos fundamentais tenham definições baseadas na necessidade de seu reconhecimento como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, eles diferem no sentido de que nem sempre haverá coincidência entre ambos, pois, além de ser comum que, no plano interno dos Estados, nem todos os Direitos humanos consagrados no plano internacional sejam reconhecidos, é comum também que alguns direitos só sejam reconhecidos como fundamentais em algum ou alguns Estados. (BRITO FILHO, 2008, p. 38)

Tal entendimento é comum a Borges, Mello e Oliveira (2010), segundo os quais a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais reside na dimensão transnacional daqueles e nacional destes. Segundo os autores, os direitos fundamentais apresentam feições não adstritas a realidades locais, enquanto os “direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país, fruto da ideologia característica de cada Estado Soberano” (BORGES; MELLO; OLIVEIRA, 2010, p. 194).

Todavia, embora seja majoritária a referência aos direitos dos homens para a compreensão dos direitos fundamentais, parece-nos incompleta tal afirmação. Isso porque, em vista dos paradigmas modernos de sustentabilidade que serão abordados mais adiante, a referência dos direitos desloca-se da figura do homem para a figura dos seres, contemplando, pois, o meio ambiente.

Importante frisar, no entanto, que foi com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, documento

este aprovado por 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, que os direitos da pessoa humana ganharam dimensão transfronteiriça, porquanto não mais dedicados aos cidadãos de tal ou qual Estado, mas sim a todos os seres humanos. E, ainda, foi com ela que se principiou o processo de efetiva positividade dos direitos humanos, porquanto, nos dizeres de Bobbio, ela

põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo. (BOBBIO, 2004, p 19).

A partir dela, passaram as Constituições Modernas, no chamado constitucionalismo contemporâneo, a dedicar capítulos específicos para a efetiva afirmação dos direitos, não mais buscados a partir de Cartas e documentos específicos a determinados cidadãos, tais como a Magna Charta de 1215, como exemplo do constitucionalismo medieval, ou mesmo, já em termos de constitucionalismo moderno, o Bill of Rights (1688), o Pacto de Mayflower (New Plymouth, 1620), a Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia e Independência das 13 Colônias (1776), a Constituição Federal dos Estados Unidos da América (assinada pela última Colônia em 1787) e documentos que eclodiram após a Revolução Francesa (1789), como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1791.

Em se tratando de instrumento de sistematização regional de direitos humanos, foi assinada, na Europa, em 4 de novembro de 1950, por Ministros de quinze países, reunidos em Roma, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que representou um marco no Direito Internacional, além de importante precedente na afirmação quanto à proteção e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Tal Convenção, de início, limitou-se a tutelar direitos e liberdades individuais clássicas e foi seguida de protocolos que fizeram enunciar outros direitos, sociais, econômicos e culturais, decorrentes, principalmente, da Carta Social celebrada em Turim, em 18 de outubro de 1961.

Em termos nacionais, são diversos os documentos constitucionais enunciadores de direitos fundamentais e que revelam as características do constitucionalismo contemporâneo no sentido da maior afirmação de tais direitos, inclusive contra a própria autoridade do Estado.

Na França, o histórico constitucional é de positivação de direitos fundamentais que influenciaram outras constituições modernas, dentre os quais os que dizem respeito à vida, liberdade, igualdade e solidariedade, devendo ser destacado que, no preâmbulo da Constituição de 1958, o

povo francês renova o compromisso com os direitos humanos e os princípios da soberania nacional proclamados na Declaração de 1789 e confirmados e complementados pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 e os direitos e os deveres estabelecidos na Carta do Meio Ambiente 2004. Há, ainda, a consagração dos princípios da autodeterminação dos povos e o compromisso no plano internacional com a liberdade, igualdade, fraternidade e com

Em Portugal e na Espanha, nas Constituições de 1976 e 1978 respectivamente, o quadro de liberdades nelas previsto é extenso e abrange, além das liberdades tradicionalmente previstas nas constituições de países europeus, a proteção de dados pessoais, o direito à intimidade pessoal e familiar e aos idosos e deficientes. Outrossim, ambas trazem em seu bojo o rol extenso de compromissos sociais e estatais em prol da dignidade ambiental.

Neste paradigma internacional, o Brasil, que possui uma das Constituições mais avançadas do mundo quanto à matéria, elegeu, na Constituição Federal de 1988, a dignidade humana como princípio e parâmetro primordial de todo o ordenamento jurídico. Outrossim, outorgou ao Estado e aos indivíduos uma série de responsabilidades quanto à tutela do ambiente, consagrando, inclusive, no corpo do artigo 225, até mesmo a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Portanto, o campo de alcance dos direitos dos seres na ordem constitucional dos Estados tem crescido bastante, de forma a se poder dizer, inclusive, em referência específica ao homem, que, inclusive, em qualquer das gerações ou dimensões dos direitos humanos⁹⁶, eles ganharam status de direitos fundamentais pelas constituições.

⁹⁶ É corriqueira a acepção doutrinária da terminologia dimensão ou geração de direitos humanos, o que poderia soar, em viés crítico, que a evolução das gerações de direitos humanos viria a substituir, no processo evolutivo, as gerações anteriores, como se, em verdade, não houvesse qualquer perspectiva de cumulação ou fortalecimento dos direitos humanos, e sim uma sua ideia fragmentada ou atomizada, como se particularmente caducassem os direitos pertencentes a gerações anteriores. Nesse sentido, faz-se mister trazer à baila as palavras de Cançado Trindade: “*O fenômeno de hoje testemunhamos não é*

Como arremate da exposição sobre os direitos fundamentais, embora o acento doutrinário tenha a figura do homem como referencial, vê-se, como já dito alhures, como mais moderna a acepção de que os direitos fundamentais devem hoje ser concebidos como aqueles que conferem a promoção de dignidade à existência dos seres, e não apenas do homem, assim como o desenvolvimento de suas potencialidades, o que serve de lastro para a exposição seguinte acerca do desenvolvimento sustentável.

2- DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O tema sustentabilidade tem causado grande interesse entre pesquisadores e acadêmicos em razão das modificações climáticas de grande vulto proporcionadas pela ação depredatória humana e do desequilíbrio ambiental que dela é fruto.

Desde as chuvas ácidas que assolaram o território sueco e que proporcionaram a mobilização para a Conferência de Estocolmo em 1972, ano em que Ignacy Sachs (tido como o precursor do desenvolvimento sustentável) apresentou o conceito de eco-desenvolvimento, diversos têm sido os eventos internacionais em que a questão da sustentabilidade tem sido discutida.

o de sucessão, mas antes, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos. As razões histórico-ideológicas da compartimentalização já há muito desapareceram. Hoje podemos ver com clareza que os avanços nas liberdades públicas em tantos países nos últimos anos devem necessariamente fazer-se acompanhar não de retrocesso – como vem ocorrendo em numerosos países – mas de avanços paralelos no domínio econômico-social. (TRINDADE, 1997, p. 390).

Todavia, antes de qualquer abordagem sobre a origem histórica do termo sustentabilidade, é preciso dizer que, em geral, os autores atribuem ao termo o mesmo significado de desenvolvimento sustentável, mesmo porque ele fomenta um desenvolvimento que suplanta o reducionismo, ou seja, um desenvolvimento que represente para o homem e para a natureza uma garantia de sobrevivência em prol da perenidade do planeta.

No entanto, a dificuldade que se esconde atrás da definição é existencial, pois a realidade hodierna revela um desenvolvimento econômico e tecnológico ainda sem precedentes no mundo moderno e, de outro lado, uma miséria social e devastação ambiental que coloca em xeque a própria existência de boa parte dos seres. Razão assiste, portanto, a Vecchiatti (2004), no sentido de que

na prática, a equação que relaciona crescimento e desenvolvimento ainda não está com suas variáveis equilibradas; ela ainda desafia os economistas questionando se o desenvolvimento socialmente justo e ambientalmente sustentável estaria realmente na contramão do crescimento econômico.
(VECCHIATTI, 2004, *online*)

E a grande questão que se coloca é que a economia, no afã do crescimento rápido e utilitarista trabalha com o imediato, ou seja, períodos curtos de tempo, com a visão míope de que tempo urge e que as respostas das ações humanas necessitam de uma maior imediatidade. De outro, a escala de tempo da ecologia abrange séculos e, ao contrário dos economistas, não trabalha apenas com a ideia de ano ou anos.

Menos mal é que, com o ascender das crises ambientais que assolam o mundo, a exemplo das já ditas chuvas ácidas que assolaram o território sueco no final da década de 60, os países em geral, embora ainda se encontrem embevecidos com a ideia de poder e dinheiro, já hoje vivenciam exemplos de empresas que vêm na sustentabilidade um conceito superlativo, capaz de envolver a associação de conceitos que dizem respeito não apenas à economia, mas também às demais questões relacionadas à existência dos seres, e que questionam padrões mínimos de dignidade social e ambiental, e que devem ser pensadas no contexto da realidade cultural e geográfica dos diversos países.

Prova disso é o que revelam Bacha, Santos e Shaun (2010) no sentido de que:

Segundo Lacy (Diretor executivo da Accenture Sustainability Services para Europa, África, Oriente Médio e América Latina, 2010), foi lançado em Nova York, o maior estudo de sustentabilidade corporativa, publicado pela United Nations Global Compact e pela Accenture Sustainability Services. Neste estudo foram entrevistados cerca de 1.000 executivos, líderes empresariais e da sociedade civil. O levantamento indica que o compromisso com as questões ambientais, sociais e de governança tornou-se significativo: 93% dos CEOs vêem a sustentabilidade como fundamental para o sucesso da sua empresa, mostrando que houve mudança na mentalidade desde a última pesquisa, em 2007, quando a sustentabilidade estava começando a reformular as regras dos negócios globais, atualmente, é

prioridade estratégica para os executivos de todo o mundo. (BACHA; SANTOS; SHAUN, 2010, *online*)

A evolução desse pensamento empresarial não é apenas fruto, todavia, das repercussões das ações humanas nas questões ambientais, mas também no fato de que, em um mundo globalizado, o respeito aos direitos fundamentais dos homens e dos seres em geral dizem respeito à possibilidade de uma convivência harmônica entre os povos e os diversos países, mesmo porque os efeitos ditos reflexos ou colaterais de ações açodadas e ruinosas são sentidos por todos, como se o mundo tivesse, do ponto de vista geográfico, encolhido o seu tamanho.

Daí a razão pela qual diversas foram as mobilizações no sentido de realização de vários encontros e elaboração de Cartas mundo afora nas últimas décadas, cômnicos, todos, países e seres humanos, da importância da acepção moderna de desenvolvimento sustentável.

A origem da expressão desenvolvimento sustentável advém do Relatório da Comissão Brundtland, assim denominado em razão do nome familiar de sua Presidente, a então primeira ministra norueguesa, Gro Harlem Brundtland, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1987, era em que já vigia a chamada terceira revolução industrial com a evolução da tecnologia.

Contudo, embora já de acepção moderna, o relatório trazia apenas uma tríade de elementos básicos no conceito dele originado de desenvolvimento sustentável, quais sejam, desenvolvimento, atendimento às necessidades básicas das presentes gerações e não comprometimento das futuras gerações, o que, com o passar dos anos, revelou-se insuficiente, pois diversas diretrizes passaram a ser impostas para o chamado

desenvolvimento planetário benigno: a) limitação do crescimento populacional, em prol do bem estar dos povos; b) aumento da produção industrial em países não industrializados, em prol do desenvolvimento econômico e de uma maior prosperidade dos países mais pobres; c) proteção dos ecossistemas em âmbito internacional e, d), aproveitamento e uso de fontes alternativas de energia, como a energia solar, eólica e geotérmica, como reconhecimento da finitude dos recursos naturais tradicionais.

Nesse contexto, a acepção desenvolvimentista concebida no Relatório da Comissão passou a não mais atender as demandas e carências planetárias. O mundo passou a reclamar e a compreender uma sociedade sustentável como aquela na qual o progresso é medido pela qualidade de vida ao invés de mero consumo material, que não prescinde de um equilíbrio entre o pensamento econômico e ecológico e que compreende o desenvolvimento adequado como muito além daquela selvagem, de cunho eminentemente econômico.

A demanda por qualidade de vida e justiça social passou a ser referência para o equilíbrio entre crescimento econômico e ecologia e a sequência evolutiva do termo desenvolvimento sustentável culminou com a concepção moderna de harmonia entre desenvolvimento, compreendido como progresso econômico, social e educacional com a preservação dos recursos naturais e culturais para a sobrevivência das gerações. Daí o motivo pelo qual emergiram princípios até então ignorados e que passaram a conviver com a moderna acepção de sustentabilidade, dentre os quais se destacam: a) o princípio da precaução (que tem origem na ECO 92) como garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados; b) o princípio da não corrupção, pois esta

acaba por minar as riquezas dos países e minar a esperança das pessoas em uma maior e melhor qualidade de vida e, c), o princípio do direito dos seres, em razão da evolução dos direitos mera e eminentemente humanos para a condição de fundamentais, nos quais inseridos estão os seres em geral, como os animais, plantas, etc.

Como arremate do tópico, importante trazer à baila que o Supremo Tribunal Federal no Brasil, embora seja hoje alvo de diversas críticas quanto à postura pessoal e profissional de alguns de seus ministros e decisões, consagrou a acepção moderna de desenvolvimento sustentável, o que pode ser visto à luz de parte do voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello, nos autos da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3540-1/DF:

atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável, tal como formulado nas conferências

internacionais (a “Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992”, p. ex.) e reconhecido em valiosos estudos doutrinários que lhe destacam o caráter ADI 3.540-MC / DF 35 eminentemente constitucional (CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, p. 27/30, item n. 2, 6ª ed., 2005, Saraiva; LUÍS PAULO SIRVINSKAS, “Manual de Direito Ambiental”, p. 34, item n. 6.2, 2ª ed., 2003, Saraiva; MARCELO ABELHA RODRIGUES, “Elementos de Direito Ambiental – Parte Geral”, p. 170/172, item n. 4.3, 2ª ed., 2005, RT; NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO, “Proteção Jurídica do Meio Ambiente”, p. 57/64, item n. 6, 2003, Del Rey, v.g.). (BRASIL, 2005, *online*). (grifos nossos)

Há, portanto, o reconhecimento pela Corte Constitucional brasileira de que hoje é reclamada e consagrada a compreensão moderna de desenvolvimento sustentável.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da exposição concernente aos caros temas que envolvem direitos fundamentais e desenvolvimento sustentável foi trazer à baila que hoje a hermenêutica voltada para a compreensão do que venha a ser direitos fundamentais e o seu alcance deve ser buscado

na moderna acepção de desenvolvimento sustentável. Isso porque, no conceito proposto de sustentabilidade e, portanto, de desenvolvimento sustentável, este deve ser compreendido no âmbito da consagração e efetividade dos próprios direitos fundamentais dos seres, nos moldes expostos por Juarez Freitas (2012), no sentido da responsabilidade estatal e da sociedade pela concretização formal e material de um desenvolvimento econômico, social e ecológico, de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, de molde a proporcionar o bem-estar dos seres.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACHA, Maria de Lourdes; SANTOS, Jorgina; SCHAUN, Ângela. **Considerações teóricas sobre o conceito de sustentabilidade**. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos10/31_cons%20teor%20bacha.pdf> Acesso em: 30 abr. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, A. W.; MELLO, G. C.; OLIVEIRA, M.A. Mecanismos garantidores do direito fundamental ao ambiente na política nacional de resíduos sólidos: análise dos princípios do poluidor pagador e do protetor recebedor. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 191-212, jan./dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em ADI 3540-1/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. 2005. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540-MC.pdf> >.
Acesso em: 15 maio 2018.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direitos Humanos: algumas questões recorrentes: em busca de uma classificação jurídica. *In*: ROCHA, João de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). **Direitos Humanos: desafios humanitários contemporâneos**. Del Rey. Belo Horizonte, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanati Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. *In*: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PEIXINHO, Manoel Messias. **Les droits fondamentaux dans constitutions françaises**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1bc40d056bad6ec>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, v. 1.

VECCHIATTI, Karin. **Três fases rumo ao desenvolvimento sustentável**: do reducionismo à valorização da cultura. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000300010.>Acesso em: 30 abr. 2018.

FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE E O CONFLITO COM O DIREITO SUBJETIVO À MORADIA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

SOCIAL FUNCTION OF THE CITY AND CONFLICT WITH SUBJECT RIGHT OF HOUSING: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

*Marcelo Sampaio Siqueira**

Resumo: Constitui uma realidade das cidades brasileiras a edificação de moradias sem o atendimento das normas urbanísticas, o que denota uma infração urbanística passível de ação demolitória por parte do poder público. O princípio da função social da cidade dirigido aos governantes é aplicável indiretamente aos administrados, não como um direito subjetivo, mas como um dever a ser atendido. O objetivo deste artigo é analisar o sopesamento entre o direito de moradia e o dever de polícia da Administração Pública Municipal de fiscalizar e promover a demolição da habitação. Para o atingimento de tal finalidade, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial e o método hipotético-dedutivo. Ao final, constatou-se que a pena de demolição está sujeita à análise subjetiva do autor da edificação e da destinação do bem imóvel.

* Professor Titular da UNI7. Procurador do Município de Fortaleza. Procurador-chefe da Procuradoria de Desenvolvimento e Pesquisa da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Fortaleza (Unifor). E-mail: msiqueira@siqueiraibiapina.com.br

Palavras-chave: Função social da cidade. Moradia. Poder de polícia. Propriedade.

***Abstract:** Constitutes a reality of Brazilian cities building houses without the attendance of the urbanistic standards, which denotes an infringement subject to demolition action by the public authorities. The principle of the social function of city directed to the rulers is applicable indirectly to administered, not as a subjective right, but as a duty to be serviced. The purpose of this article is to analyze the balancing between the housing right and the police duty of Municipal Public Administration to monitor and promote the demolition of housing. For the achievement of such a purpose, it was used as a methodology the bibliographical, doctrine and case law research and the hypothetical-deductive method. In the end, it was found that the penalty of demolition is subject to subjective analysis of the author of the building and of the allocation of immovable property.*

***Keywords:** Social function of the city. Home. Police power. Property.*

Introdução

A função social da cidade constitui um princípio jurídico de grande importância para a preservação de um importante meio ambiente artificial, a cidade, sendo dirigida *prima facie* aos governantes que são responsáveis pela orientação das diretrizes urbanísticas a serem obedecidas por todos aqueles moradores da *urbi*.

O Direito Urbanístico tem como função regular o uso do espaço urbano, tornando-o sadio, solidário,

funcional e econômico, e mesmo não sendo constituído de normas propriamente de Direito Civil, estabelece deveres aos particulares, restringindo o uso da propriedade imobiliária urbana.

No presente capítulo, cujo subtema foi desenvolvido para apresentação em painel na Universidade de Itaúna, por ocasião do VI Seminário Internacional “Proteção dos Direitos Humanos, Governança e novas formas de Integração”, trabalhar-se-á o princípio da função social da cidade, sua natureza jurídica e o conflito com o dever da Administração de demolir, considerando-se o direito fundamental (moradia) tratado no artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O uso da propriedade imobiliária, que abrange o direito de edificar, está sujeito às restrições de ordem civil, contratual, urbanística e administrativa, inclusive no tocante a possível prevalência do direito subjetivo à moradia, que garantiria ao proprietário a manutenção da edificação de pé até em detrimento da ordenação urbanística do território. No entanto, a consideração do princípio da função social da cidade se faz necessária ao esmorecimento equacionamento do possível conflito entre o direito de construir e o direito de moradia, caso a obra residencial seja irregular, tudo à luz dos direitos fundamentais, como também a observância das regras de Direito Civil e Administrativo (Urbanístico), que são de ordem pública.

O problema a ser respondido é de natureza objetiva, levando em consideração a corrente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), isto é, o que deve prevalecer em caso de uso irregular de imóvel urbano entre o direito de moradia e o poder da Administração de demolir.

O trabalho foi dividido em quatro tópicos, iniciados por esta seção introdutória, sendo os restantes assim

denominados: 2 Função social da cidade: aspectos gerais; 3 Conflito: permanência da habitação irregular ou o dever de demolir em face do princípio da função social da cidade; 4 Considerações finais. Para o atingimento do citado objetivo realizou-se pesquisa bibliográfica, com fulcro na doutrina e na jurisprudência, e utilizou-se o método hipotético-dedutivo.

2 Função social da cidade: aspectos gerais⁹⁷

O princípio da função social da cidade aparece positivado na Constituição brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), especificamente no artigo 182, que encabeça o capítulo da política urbana, constituindo uma inovação, já que não se encontrava presente nos textos de 1967 e 1969. Fazendo-se uma análise comparada com a Constituição portuguesa (PORTUGAL, 1976), observa-se que no texto também não se encontra qualquer positivação do citado princípio, nem no artigo 65, que trata da habitação e urbanismo.

Na América Latina, destaca-se o artigo 31⁹⁸ da Constituição equatoriana de 2008 (REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008), que dispôs sobre a função social e ambiental do espaço urbano na seção sexta, denominada “Hábitat y vivienda”.

Conforme defendido na obra “Direito de Construir: Perfil constitucional e Restrições” (SIQUEIRA, 2018), a função social da cidade expressa um preceito

⁹⁷ Texto extraído em parte do item 2.2 da obra de Siqueira (2018).

⁹⁸ “Art. 31.- Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía.” (REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008).

constitucional dotado de positividade e eficácia, que condiciona diretamente o desenvolvimento urbano da cidade. O condicionamento ocorre no sentido de que toda intervenção urbanística, entre elas a edificação promovida pelos particulares, deve atender ao princípio do bem-estar social. A diferença entre função social da propriedade imobiliária urbana e função social da cidade é sutil, já que o fim perseguido por ambas é semelhante, mas a segunda possui um raio de ação mais difuso, amplo e direcionado à Administração Pública, enquanto a primeira tem como objeto a restrição constitucional direta do direito de propriedade, direcionada ao proprietário.

Na mesma linha de raciocínio, o uso da propriedade imobiliária urbana deve estar interligado à questão do urbanismo, representado pela função social da cidade, e ao meio ambiente sustentável. Não é necessário muito esforço, nem apresentação de exemplos prolixos, para se concluir que o uso da propriedade para edificar, por exemplo, quando esse ato não atende aos princípios referidos, desrespeita a finalidade econômica e social da propriedade, também regulada pelo artigo 1.228 do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) (BRASIL, 2002).

O urbanismo não é uma simples arte para tornar as cidades mais agradáveis, mas uma ciência interdisciplinar, conforme leciona José Afonso da Silva (2010), cujo objeto de estudo, por essa razão, recebe contribuições de outras ciências, como o Direito, a Economia, a Sociologia e a Economia (só para mencionar as mais próximas), que, sem se descuidar de seu foco específico, dedicam-se à constituição de um todo, consistente na correção das distorções nas concentrações habitacionais humanas. Para se chegar a esse fim, expõe-se, em face do interesse público, que o controle e planejamento urbano (atividade urbanística) é exercido pelo Estado, que passa a tomar as medidas necessárias por meio de atos de ordenação do

solo, do sistema viário e da manutenção sustentável do meio ambiente, entre outros.

Defende-se a ideia de que só se pode controlar o uso do solo e estabelecer, por exemplo, os instrumentos de intervenção urbanística, se antes existir um planejamento definindo o desenvolvimento urbano almejado para aquela localidade, mediante estudos técnicos prévios. Esse ato preliminar, que forma a base das outras atividades urbanísticas, qualifica o planejamento urbano como o princípio primordial do urbanismo.

Já o Direito Urbanístico, que difere do conceito de Urbanismo, por ser um ramo da Ciência Jurídica, que estuda as normas reguladoras do ordenamento urbano, pode ser tratado como divisão do Direito Administrativo ou capítulo especial do Direito Ecológico. No Brasil, a legislação geral urbanística é o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001) (BRASIL, 2001), estando, portanto, o controle das construções e uso da propriedade imobiliária urbana essencialmente ligado às diretrizes traçadas nessa legislação, que, por outro lado, não pode divergir dos princípios constitucionais dos artigos 5º, 170 e 182, todos da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que tratam da função social e econômica da propriedade.

O Direito Urbanístico é essencial para o uso da propriedade imobiliária urbana e suas restrições, considerando-se o bem-estar coletivo e a preservação do meio ambiente (artificial). A questão é mais densa, pois se observa que os estudos urbanísticos serão matrizes para os legisladores na formação de normas e para o agente administrativo que tem o poder de polícia, mesmo que o seu ato seja vinculado, de, por exemplo, interditar a edificação e promover ou requerer a demolição de unidade habitacional edificada em desrespeito à aplicação esperada do princípio da função social para aquela propriedade.

O Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), ao traçar diretrizes para a política urbana, complementa a Constituição Federal de 1988 (artigos 182 e 183) no capítulo II (Da Política Urbana) do título VII (Da Ordem Econômica e Financeira) (BRASIL, 1988) e diretamente obriga os agentes políticos, detentores do poder de legislar (planos diretores e leis de uso e ocupação do solo) e do poder de polícia, ao escorreito ordenamento das cidades, que constituem um meio ambiente artificial. Por outro lado, pode-se concluir que as referidas diretrizes positivadas no Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) também obrigam, mesmo que indiretamente, os particulares ao restringir o uso da propriedade imobiliária urbana, adequando-a àquilo que o Estado regulamenta como saudável para as cidades.

A fiscalização da adequação do uso do espaço urbano às normas traçadas, considerando-se o nível de ignorância e pobreza da população, leva a um fato comum, por exemplo, de edificações executadas em desconformidade com as normas urbanísticas, gerando um questionamento sobre a viabilidade de sua permanência em face da existência de um outro princípio constitucional representado pelo direito à moradia.

3 Conflito: permanência da habitação irregular ou o dever de demolir em face do princípio da função social da cidade

O direito de moradia foi positivado por intermédio da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000 (BRASIL, 2000), que alterou a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) ao incluir no artigo 6º⁹⁹ o direito de

⁹⁹ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção

moradia. Não resta dúvida de que a norma tratada pode ser classificada como um direito fundamental e que a matéria se encontra inserida dentro do título Direitos Sociais. Além disso, conforme o constitucionalismo moderno, consiste em norma de aplicação imediata, embora algumas que se enquadrem nessa classificação tenham natureza programática e necessitem de regulamentação para sua operacionalidade plena.

O ponto nodal desta pesquisa encontra-se na identificação, pela Administração Pública, de edificação irregular utilizada por pessoa de baixa renda e sem qualquer outro bem imobiliário e no requerimento judicial de demolição. A defesa possível e muito utilizada pela Defensoria Pública, nessas situações, caso não se comprove a regularidade da obra, é suscitar o direito de moradia com o objetivo de manutenção da habitação ou da concessão de aluguel social, nas cidades que possuem regulamentação para tal programa.

Aceitar essa defesa é acolher o entendimento de que o direito de moradia constitui um direito subjetivo, teoria não muito difundida nos países europeus¹⁰⁰, que adotam a tradição romanística, semelhante à brasileira. No Brasil, ao se analisar a jurisprudência e a doutrina, observa-se que o direito social à moradia constitui um direito subjetivo, considerando-se a carência de grande parte da população. Ressalta-se que como esse fato jurídico em análise não apresenta grande relevância para os países europeus, que

à paternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

¹⁰⁰Na verdade, há grande discussão acerca do alcance dessa norma, porquanto se evidencia na doutrina estrangeira, como a portuguesa, citando-se Vieira de Andrade (2009, p. 381), o entendimento de que: “Na Constituição Portuguesa as normas que preveem os direitos (sociais) a prestações, contem directivas para o legislador (normas impositivas de legislação), não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, por que visam, em primeira linha indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos.”.

constituem em sua maioria Estados ricos, há uma tendência de não se conferir ao direito de moradia o caráter subjetivo. Em síntese, nos países ricos, o direito fundamental à Habitação é tido como uma espécie de norma programática de eficácia plena, mas dirigida ao executivo e ao legislador.

Antes de se citar o entendimento jurisprudencial sobre a matéria é interessante sempre ressaltar que a Administração Pública, ao requerer a demolição de uma obra irregular, não estará infringindo o princípio da dignidade do proprietário/possuidor da área ou seu direito à moradia, mas tão somente cumprindo com o princípio da função social da cidade, segundo o qual não pode existir edificação em desconformidade com as normas urbanísticas (desrespeito do proprietário ao princípio da função social da propriedade). Na grande maioria das construções irregulares, não só o edificador, mas toda a comunidade, principalmente os vizinhos, podem correr riscos, considerando-se a edificação clandestina.

Deve-se enfrentar, independentemente de aspectos ideológicos, o questionamento sobre se ao Estado é obrigatória a concessão de moradia a todo cidadão que mostre necessidade. Em face da aplicação imediata, responde-se que em tese sim. Mas o direito social em estudo determina uma diretriz, devendo ser analisado à luz de outros princípios constitucionais, como por exemplo o da função social da cidade e do respeito às normas orçamentárias e o da reserva do possível¹⁰¹.

A situação é complexa. Não resta dúvida, ao se debruçar sobre alguns julgados recentes, de que os magistrados superiores, ao analisarem o princípio da proporcionalidade no tocante ao seu contexto, adequação e necessidade, estão privilegiando o direito social de moradia em detrimento do poder de polícia conferido aos

¹⁰¹ Sobre essa questão ver Sarlet (2012).

municípios de solicitar a demolição de obras irregulares. Partindo-se do pressuposto de que os tribunais superiores brasileiros conferem a natureza de direito subjetivo ao direito de moradia¹⁰², destaca-se a decisão da ministra Assusete Magalhães no Recurso Especial nº 1.240.915-SC (2011/0049727-1), julgado em 04/2018, na qual faz a seguinte consideração:

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de considerar na determinação do conteúdo de um direito fundamental o influxo de outra norma de direito fundamental, ao analisar hipótese onde se discutia o conteúdo do direito de propriedade e sua função social em face do direito difuso ao ambiente (MS 22164, Relator Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995). Neste contexto, tenho que a demolição só pode ocorrer, do ponto de vista jurídico fundamental, desde que haja indicação e disponibilização, pelo Poder Público, de

¹⁰² “EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE CUMULADA COM DEMOLITÓRIA. CONSTRUÇÃO ÀS MARGENS DE FERROVIA. ÁREA NÃO EDIFICÁVEL. TRÂNSITO DE TRENS DESATIVADO E AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE REATIVAÇÃO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À MORADIA E AO PRINCÍPIO VETOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO A JUSTIFICAR A LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA IMPOSTA. PONDERAÇÃO DE DIREITOS E INTERESSES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 5º, XXXV, 183, § 3º, E 191 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. Obstada a análise da suposta afronta aos preceitos constitucionais invocados, porquanto dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, procedimento que refoge à competência jurisdicional extraordinária desta Corte Suprema, a teor do art. 102 da Magna Carta. 2. As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. 3. Agravo interno conhecido e não provido.” (BRASIL, 2018).

área onde a apelante possa construir moradia adequada, observados, ademais, os programas habitacionais disponíveis.

Nessa linha citam-se o REsp nº 1.649.011/PE e o RE nº 1.198.197 (BRASIL, 2019)¹⁰³. No entanto, atualmente,

¹⁰³ “Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (eDOC 26, p. 12): ‘APELAÇÃO CÍVEL. Ação Civil Pública. O Ministério Público imputa omissão específica do Município do Rio de Janeiro na fiscalização ambiental acerca de ocupação de encosta, área de preservação permanente, na comunidade da Rocinha, para requerer a demolição de edificações e a recuperação ambiental no local. Laudo pericial aponta a ocorrência da degradação ambiental na localidade, mas também a consolidação da área como habitacional, ainda que sujeita a riscos. Sentença de improcedência com base na existência de Decreto Municipal que regularizou a ocupação da área como moradia e a consolidação do local pelo tempo pelo uso habitacional já que a ação fora proposta em 1991. Juízo de ponderação entre o direito fundamental ao meio ambiente e o direito fundamental à moradia. Existência de políticas públicas habitacionais nacional (Lei 11.977/09) e municipal (Dec. Mun. 28.341/07) com vistas à regularização fundiária de ocupações irregulares, ainda que em áreas de preservação permanente, assim definidas no Código Florestal, e em áreas de especial interesse social, como a Rocinha. Modificação do pedido inicial (demolição apenas das edificações em área de risco) na apelação interposta pelo Ministério Público, a qual, se aceita, levaria a julgamento extra petita. Questão ambiental e social sensível que, entretanto, deve ser julgada em favor da consolidação da comunidade, preservando-se o direito à moradia, sem prejuízo de que o órgão ministerial possa, no exercício de sua função constitucional, fiscalizar a implementação de políticas habitacionais que excluam o risco a ser ainda apontado em estudos técnicos e que possam recuperar o meio ambiente degradado na medida do possível. Sentença mantida. DESPROVIMENTO DO RECURSO.’ Os embargos de declaração foram rejeitados (eDOC 27, p. 19-22). No recurso extraordinário, aponta-se ofensa aos arts. 1º, III; 6º; 23, VI e IX; 30, I e VIII; 37, § 6º; 182, caput; e 225, §§ 1º, III, e 3º, da Constituição Federal. Nas razões recursais, sustenta-se, em suma (eDOC 28, p. 8/9): ‘Tomando-se por base o texto constitucional, conclui-se que é competência do Município ordenar a ocupação do solo urbano – abrangido, portanto, o dever de fiscalização das encostas e de regularização das ocupações irregulares em áreas de risco. Assim, não se pode perder de vista que a situação das moradias na Rocinha somente se consolidou em razão da ausência de fiscalização do Município que, ao longo dos anos, se omite na proteção e preservação do meio ambiente e das famílias que lá se encontram em situação de risco, conforme reconhecido no laudo pericial constante do documento 000398. (...) É cediço que em se tratando de questão intrínseca à manutenção condigna da vida humana, bem

como à proteção do meio ambiente, sob uma ótica de que este deve servir à vida (em todas as suas acepções, inclusive a humana), aplica-se o princípio da prevenção/precaução. Em outras palavras, sendo patente a possibilidade de deslizamento, em decorrência do risco geológico detectado, deve o Poder Público tomar todas as medidas aptas a preservar a vida das famílias postas em perigo. Ou pelo menos tentar, antes da consumação dos riscos previstos pelos geólogos. Portanto, o não implemento das medidas necessárias para reduzir o risco geológico, que visam tutelar a vida humana (mínimo existencial), contraria o princípio jurídico da vedação ao retrocesso social.' A Primeira Vice-Presidência do TJ/RS admitiu o extraordinário (eDOC 4, p. 33-39). É o relatório. Decido. A irrisignação não merece prosperar. Verifica-se que o Tribunal de origem, quando do julgamento da apelação, asseverou (eDOC 26, p. 21-22): '... é evidente que o Ministério Público, em sua apelação, considerando o tempo decorrido entre a propositura da ação e seu julgamento e a consolidação da moradia na área indicada, modificou o pedido inicial, pois requer a demolição somente das áreas que apresentam risco ao meio ambiente e à população na região da Vila Verde. Contudo, ante o princípio processual da congruência, há verdadeira modificação do pedido inicial sem que haja um estudo real da situação dos imóveis ou novo inquérito civil que apure quais, especificamente, são as edificações que imputam risco à população e quem são os moradores dessas localidades que se encontram nessa situação. O laudo pericial juntado aos autos, embora indique a existência de riscos geológicos, de enchentes e de deslizamentos, apenas menciona, genericamente, as áreas em que esses riscos possam ocorrer na região, sem citar, expressamente, quais moradores ocupam esses locais, ou classificá-los. Por outro lado, cabe ao Município o estudo técnico de viabilidade para eventual remoção de pessoas, garantindo-lhes inclusive, com a remoção, novas moradias em substituição. Frise-se ainda a edição de novas leis de 1991 para o período atual que instituíram políticas públicas de uso do solo urbano e de regularização fundiária urbana, como a Lei 11.977/09, já mencionada, e o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, com destaque ao Plano Diretor da cidade, à elaboração de estudos técnicos de viabilidade e de manutenção e preservação ambiental que precisariam ser feitos para assegurar o pedido formulado na apelação. A apreciação dos pedidos da forma como foram expressados no recurso representa verdadeira reformulação da ação e acarretaria, portanto, inapropriado julgamento extra petita, uma vez que tais requerimentos não foram formulados na exordial. Acrescente-se o fato de causar surpresa à defesa e ferir o contraditório. Além disso, é mister a realização de investigações acerca da implementação ou não das políticas públicas acima mencionadas e a observância das leis pertinentes à regularização fundiária e ao uso do solo urbano por parte do ente municipal, o que é encargo constitucional do Ministério Público e que, no entanto, ainda não foram elaboradas. Por fim, convém salientar que o acolhimento dos pedidos iniciais implicaria afetação do direito de moradia de milhares de pessoas da comunidade da Rocinha, pois, como já afirmado, incontroverso o fato de que se trata de área urbana consolidada de moradia, cabendo à Administração Pública a contenção de eventuais riscos.' De plano, constata-se que as razões recursais estão dissociadas dos fundamentos do

são raros os casos decididos pelos tribunais superiores, já que vem sendo aplicada, sem maiores cuidados pelo STJ, a Súmula nº 7 (BRASIL, 1990), levando o tribunal a deixar de conhecer casos de elevado alcance social sob o fundamento da impossibilidade de discussão fática acerca da lide posta. Na maioria das vezes, o que os Tribunais Superiores deveriam tratar, nessas situações, é a análise do sopesamento entre princípios constitucionais, porventura, envolvidos para resolução da lide e não mera revisão de questões fáticas, representadas pela existência de edificações irregulares, muitas vezes confessadas pelo próprio infrator.

Defende-se que tais decisões devem ser analisadas com muita prudência, evitando-se um enfraquecimento do poder de polícia e a proliferação de moradias em desconformidade com a ordem urbanística. Acrescenta-se que dificilmente essas lides poderão ser consideradas

acórdão recorrido, o que torna aplicável ao caso a Súmula 284 desta Corte. Isso porque o Tribunal de origem concluiu que os requerimentos apresentados no recurso não foram formulados na exordial, de modo que sua apreciação revelaria julgamento ultra petita, ao passo que o presente apelo extremo limita-se a discorrer sobre a omissão do Município na proteção e preservação do meio ambiente, bem como das famílias que residem no local e que se encontram em situação de risco. Além disso, a análise do recurso extraordinário desenvolve-se a partir da moldura fática delineada pelo acórdão recorrido, sendo vedado a esta Corte incursionar-se no conjunto fático-probatório dos autos a fim de reelaborá-la, ante o óbice da Súmula 279 do STF. Confira-se, a propósito, o seguinte acórdão: ‘Agravamento regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. Políticas públicas. Controle jurisdicional. 3. Omissão do Poder Executivo. Necessidade do revolvimento do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 279. Precedentes. 4. Pedido de vinculação a tema com repercussão geral reconhecida. Impossibilidade. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.’ (ARE 1035328 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 8.11.2017) Ante o exposto, nego provimento ao recurso, nos termos do art. 932, IV, a e b, do CPC. Sem honorários, por se tratar de ação civil pública (art. 18 da Lei 7.347/1985). Publique-se. Brasília, 10 de abril de 2019. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente.” (BRASIL, 2019).

como demandas de natureza repetitiva, ensejando essa assertiva o incidente criado pelo Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015), em seus artigos 976 a 987.

Para ilustrar o entendimento de que a questão deve ser sopesada caso a caso destacam-se os [Embargos Infringentes Cíveis \(EIC\) nº 20130111299934 \(TJ-DF\) \(BRASIL, 2016\), em cuja decisão publicada em 17/02/2016](#) restou consignado que o “direito à moradia não pode ser exercido de forma absoluta e irrestrita, alheia às normas estabelecidas e regulamentadas pelo Poder Público para seu efetivo exercício”.

É interessante destacar, nos julgados dos tribunais superiores citados, que a decisão de condicionar a demolição à concessão de moradia ou que o ato destrutivo da habitação seria a medida mais gravosa, em face da ordem social, está limitada a certas situações. Primeiro, em todos os casos citados depara-se com edificações populares e com fins residenciais, muitas vezes em áreas de risco. Não resta dúvida de que quando se trata de edificações comerciais, geralmente as determinações dos julgados são de natureza demolitória (vide REsp nº 1.363.943/SC¹⁰⁴ [BRASIL, 2017] e REsp nº 1.730.402/RJ).

¹⁰⁴ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL. EDIFICAÇÃO ÀS MARGENS DE RIO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEMOLIÇÃO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICAÇÃO. NOVA LEGISLAÇÃO. TEMPUS REGIT ACTUM. 1. O Plenário do STJ decidiu que ‘aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça’ (Enunciado Administrativo n. 2).2. O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que, em matéria ambiental, não há lugar para a incidência da teoria do fato consumado. Precedentes. 3. Caso em que, em ação civil pública movida pelo Ministério Público Catarinense contra proprietário de imóvel de dois pavimentos, erguido para fins comerciais a uma distância de 5

O que se está a defender neste trabalho é que o pedido demolitório, ao se confrontar com o direito social à moradia, mesmo que devidamente comprovada a hipossuficiência do particular infrator não seja obstado ou indeferido prevalecendo o princípio da função social da cidade, em face de seu alcance para a saúde do meio ambiente artificial, representado pelas urbes. No máximo, pode-se condicionar a demolição, se a habitação não estiver localizada em área de risco, à concessão de aluguel social, caso haja previsão legal, ou concessão de direito real em moradia a ser providenciada pela edilidade, respeitando-se o princípio da reserva do possível e a lei orçamentária pertinente à Administração Pública envolvida.

(cinco) metros das margens do Rio do Peixe, localizado no Município de Videira/SC, sem licença ou autorização prévia da municipalidade, a Corte a quo mitigou a proteção ao meio ambiente para impedir a demolição ordenada na sentença, reputando ser inaplicável ao caso o Código Florestal revogado (Lei n. 4.771/1965), então vigente, que estabelecia como não edificável a faixa de 30 (trinta) metros, e privilegiou a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n.6.766/1979), em que se estatua restrição de 15 (quinze) metros. 4. Considerou o Tribunal de origem, no acórdão recorrido, que: a medida contrariava o princípio da proporcionalidade, já que o imóvel não era o único erguido em situação irregular, e sua remoção ‘em nada contribuiria ou muito pouco ajudaria no restabelecimento da flora nativa’; o dano ambiental não era recente ‘e não surgiu com a construção do imóvel do apelante’ e havia no ‘município inúmeras construções na mesma situação, inclusive uma agroindústria, de modo que ‘determinar a demolição de todas em iguais condições, por respeito ao princípio da isonomia, em prol da recuperação da mata ciliar do Rio do Peixe, beira à insanidade’ . 5. Esta Corte Superior, em casos idênticos, rejeita a tese de situações consolidadas pelo decurso de tempo e repele a aplicação retroativa das disposições do Novo Código Florestal, por entender que, em matéria ambiental, adota-se o princípio *tempus regit actum* que impõe obediência à lei em vigor quando da ocorrência do fato (AgInt no REsp 1404904/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 03/03/2017, e REsp 1090968/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 03/08/2010). 6. Subsiste a determinação demolitória sentencial, mesmo aplicando-se a novel legislação ambiental invocada no presente recurso, pois as novas disposições também estabelecem como non edificandi a faixa mínima de 15 (quinze) metros das margens dos rios, distância ultrapassada pelo imóvel impugnado na ação. 7. Agravo interno desprovido. (BRASIL, 2017).

4 Considerações finais

Neste trabalho, desenvolveu-se um estudo sistemático acerca do direito de moradia como um elemento de defesa em ações que visam à adequação da propriedade à sua função social e da cidade. Como notas conclusivas ofertadas no desenvolvimento do texto, destacam-se:

- 01) O contexto do Direito Urbanístico é essencial para o uso da propriedade imobiliária urbana e suas restrições, considerando-se o bem-estar coletivo e a preservação do meio ambiente (artificial). A questão é mais densa, pois se observa que os estudos urbanísticos serão matrizes para os legisladores na formação de normas e para o agente administrativo que tem o poder de polícia, mesmo que o seu ato seja vinculado, de, por exemplo, interditar a edificação e promover ou requerer a demolição de unidade habitacional edificada em desrespeito à aplicação esperada do princípio da função social para aquela propriedade.
- 02) Em síntese, não resta dúvida, observando-se a doutrina e a jurisprudência brasileiras, de que o direito social à moradia constitui um direito subjetivo, considerando-se a carência de grande parte da população. Observa-se que como esse problema (fato jurídico em análise) não apresenta grande relevância para os países europeus, que constituem em sua maioria Estados ricos, há uma tendência de não se conferir ao direito de moradia o caráter subjetivo.

03) Deve prevalecer, na maioria dos casos, o princípio da função social da cidade em detrimento do direito social de moradia. No máximo, pode-se condicionar a demolição, se a habitação não estiver localizada em área de risco, à concessão de aluguel social, caso haja previsão legal, ou concessão de direito real em moradia a ser providenciada pela edilidade, respeitando-se o princípio da reserva do possível e a lei orçamentária pertinente à Administração Pública envolvida.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, p. 6478, 3 jul. 1990.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 15 fev. 2000. PEC 601/1998.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jul. 2001. PL 5788/1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. PL 8046/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Agravo Interno no Recurso Especial. Processual civil e administrativo. Ação civil pública por dano ambiental. Edificação às margens de rio. Área de preservação permanente. Demolição. Teoria do fato consumado. Inaplicação. Nova legislação. Tempus regit actum. [...] 7. Agravo interno desprovido. Relator: Min. Gurgel de Faria, 7 de novembro de 2017. **Dje** 15/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1127358/PE. Ementa Direito Administrativo. Reintegração de posse cumulada com demolitória. Construção às margens de ferrovia. Área não edificável. [...] 3. Agravo interno conhecido e não provido. Agravante: Transnordestina Logística S.A. Agravado: Ana Pereira de Sousa e outro(a/s). Relatora: Min. Rosa Weber, 31 de agosto de 2018. Processo Eletrônico **Dje**-194 Divulg 14-09-2018 Public 17-09-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). Recurso Extraordinário 1198197/RJ. Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão

da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro [...]. Ante o exposto, nego provimento ao recurso, nos termos do art. 932, IV, a e b, do CPC. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Município do Rio de Janeiro. Relator: Min. Edson Fachin, 10 de abril de 2019. Processo Eletrônico **Dje-076** Divulg 11-04-2019 Public 12/04/2019.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 2016.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Parlamento, [2019].

Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX>.

Acesso em: 10 mar. 2019.

REPÚBLICA DEL ECUADOR. [Constitución, (2008)]. **Constitución de la República del Ecuador**.

Ciudad Alfaro: Cancilleria, [2019]. Disponível em:

https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_2008.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Direito de construir**: perfil constitucional e restrições. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

BREXIT AND THE FUTURE OF THE EU: MOVE-BACK OR MOVE-FORWARD?

*Nuno Cunha Rodrigues**

ABSTRACT

The purpose of this article is to undertake a legal-political analysis of the most relevant issues raised by Brexit and the impact they may have on the future of both the United Kingdom and the rest of the European Union.

Being at a tipping point, and regardless of the consequences that Brexit will have on relations between the European Union and the United Kingdom, this momentum proves to be crucial for the European Union to reflect on the past and, indeed, on the future it seeks for itself.

Brexit can sound like the ring of an alarm that will allow us to relaunch the European Union project and it can represent an opportunity to make reborn, re-legitimize and deepen the process of construction of the European Union.

The article briefly analysis issues such as the constitutional meaning of Brexit; European citizenship; Economic integration; mobility of workers; financial markets; the European social model; the problem of Euratom and international trade in the Brexit context.

KEY-WORDS

Brexit / European Citizenship / Internal market / Euratom / International trad

Introduction

* Professor at the Law School of the University of Lisbon. Holder of a Jean Monnet Chair. Vice-President of the European Institute of the Law School of Lisbon. nfrodrigues@fd.ulisboa.pt

The issues raised by *Brexit* have been on the agenda since the first disintegration movements emerged in the UK.

In the Member States, particularly in the southern countries, tension points had multiplied and intensified with austerity and the euro crisis.

At the epicentre of the reactions was the incompleteness of the European model, where the asymmetries caused by the absence of a minimum federalization of fiscal rules, the shallowness of the political status of the Union and the reduced transparency of *governance* and *accountability* were looming. Southern countries seemed to be subject to strict scrutiny, while other Member States were spared with justifications for arbitrary times (“*La France c'est toujours la France!* ...”), or devaluing the legal consequences of maintaining trade balance *surpluses* (as in the case of Germany).¹⁰⁵

The announcement of the referendum in the UK began as a political move by David Cameron to discipline his party concerning what appeared to be the advantages of being part of the EU.

But then the fractures in the political community and in civil society became evident. Moreover, the

¹⁰⁵ See Regulation (EU) no. 1176/2011 which details the procedure to detect and correct macroeconomic imbalances and Regulation (EU) no. 1174/2011 which lays down an enforcement mechanism. This mechanism culminates with financial sanctions for euro area countries which do not comply with the Macroeconomic Imbalance Procedure (MIP) recommendations made at EU level to remedy their excessive imbalance.

Concerning the Economic and Monetary Union, see NUNO CUNHA RODRIGUES and JOSÉ RENATO GONÇALVES, *The European Union and the banking Economic and Monetary Union: the puzzle is yet to be completed*, in NAZARÉ DA COSTA CABRAL; JOSÉ RENATO GONÇALVES and NUNO CUNHA RODRIGUES, *The Euro and the crisis - perspectives for the Eurozone as a monetary and budgetary union*, Springer, 2017, pp. 271-288.

historical reservations that the United Kingdom had traditionally had to many aspects of the EU were known.

Indeed, several *opting out* clauses enabled this Member State to remain on the sidelines of major developments of the Union, some of a technical nature and therefore less known - like the UK rebate, also known as the UK correction - others, more accessible to the public, such as the *opting out* clauses of the Eurozone or the *Schengen* agreement. In any case, the United Kingdom has been traditionally seen as being close to Euro-scepticism, hostile to certain aspects of the structure and functioning of the Communities and the Union, including those resulting from the loss of national sovereignty, the necessary financial contribution and the complex European bureaucracy.

It can, in a sense, be said that relations between this Member State and the European Union are continuously characterized by a level that, rather than *circumstantial*, was *existential*.

Nevertheless, the outcome of the referendum was surprising.

This is also why the news value of *Brexit* (which joined separatist reactions within the United Kingdom) exploded. It has become the recurring theme of political commentary and individual opinions.

The outcome of the last general elections held in the United Kingdom on 8 June 2017, by surprise, added drama to the debate and introduced a significant number of variables that are triggering the number and multiplicity of forecasts.

This has increased the volume of available information but also has increased the noise and the difficulty of carrying out an integrated analysis of the issues.

On the other hand, the acceleration of the process of the separation of the United Kingdom from the European Union has been dominated by empirical perspectives which have political, sociological or statistical value but lack theorization.

The state of the art and the vertigo of the events are, therefore, responsible for facts being predominantly treated as news, with no systemic concerns.

For all these reasons, this article aims to carry out a more legal and political analysis of relevant issues raised by *Brexit* and the impact they may have, in the future, on both sides of the English Channel referring, where appropriate, to the network to which they are connected.

The aim is not to undertake a deep study of the issue, but rather to establish causal relationships and observe the political and legal implications of *Brexit* more closely.

This method does not intend to ignore the influence that individual or collective agents may have at any given moment or context, with ideas, aspirations, memories and creativity, and even their capacity to change causal relationships that seemed, until then, to be operative.¹⁰⁶ We must therefore take into account the fluctuations in thought and political action in the UK and within the European Union that gained ground up to the elections held in June 2017 in the UK.

In fact, with the outcome of the general elections held in June 2017, while the European Union made its discourse more flexible and some Member States proclaimed “that the door was still open”, public opinion in the United Kingdom was divided between a *hard Brexit*

¹⁰⁶See PEDRO MAGALHÃES, “The ‘Science’ in Political Science” in AP Ribeiro (ed.), *The Urgency of Theory*, Carcanet Press, Manchester, 2007, p. 214.

and a *soft Brexit*. This trend worsened with the political solution adopted by the conservatives to obtain a parliamentary majority.

The impact that post-*Brexit* will have on the future of the European Union should also be considered. In fact, the European Union has always been going through a process of enlargement. For the first time, with *Brexit*, the European Union will see its number of member states reduced.

We may find ourselves at a tipping point.

Regardless of the consequences that *Brexit* will have on relations between the European Union and the United Kingdom, this momentum seems to be crucial for the European Union to reflect on the past and, indeed, on the future it seeks for itself.

Brexit may sound like the ringing of an alarm that will allow us to relaunch the European Union project, allowing for the conclusion that *Brexit* can represent an opportunity to revive, re-legitimize and deepen the process of the construction of the European Union.

2. The constitutional significance of *Brexit*

Brexit implies, first of all, a constitutional transformation in the shape and balance of the European Union.¹⁰⁷

For this reason, the consequent legal and political operations will involve difficulties which the Treaties themselves do not provide a means to dissipate them. They are predominantly of an economic and geostrategic nature

¹⁰⁷Analyzing Brexit from a global perspective, see MASSIMO LA TORRE, *El Brexit and her misery del global constitutionalism*, in *El Cronista del Social Democratic State y Derecho*, n. 64, 2016, pp. 4-11.

and are explained, first and foremost, by the genesis of the European Communities.

As it is known, the watermark of the Communities was the aspirations of the European peoples and constituted a reply to the Council of Europe. This involved the provisioning and sharing of production assets such as coal, steel and atomic energy and, above all, peace, social cohesion and development.

The (late and reserved) accession of the UK to the EU imported the acceptance of the “*acquis communautaire*” which was already significant at that time.

Over time, and particularly following recent events in sensitive areas of the world, notably Ukraine, Turkey and Syria, and the multiple tensions in Africa, Asia and South America, the situation of the UK, as a Member State, was moving towards paroxysm.

The economy has been in crisis in most Member States and the Union's policies have begun to address factors of instability arising in other areas, especially peace, security, refugee status and migration.

For example, the importance of the UK as a nuclear power and the involvement of NATO in Eastern Europe and Turkey may, with *Brexit*, require the review of defence mechanisms and the security of the European Union itself.

This means that *Brexit* is, to a certain extent, the culmination of a breaking process produced by changing geostrategic conditions, through the accumulation of disintegration factors, by the weakening of the *governance* capacity and *accountability* of policy makers and by the fractures which have occurred in the cohesion of the EU and the majority of Member States.

The changes require a review of the EU's own internal decision-making processes, not only as a result of

the referendum, but also as a window of opportunity for Member States who are unhappy with the outcome of the Lisbon Treaty.

What *Brexit* thus means is the need to find a new political and legal framework which defines future models of cooperation and, in some areas, of integration with the UK.

And yet, the negotiations rest on a delicate historical background.

The history of relations between the UK and the Communities or the European Union is full of episodes in which Member States agreed to what could be called “*à la carte*” options for the United Kingdom.

This condescension reflected Europe's interest in the UK's accession.

Now, this interest may work in the opposite direction.

The EU is not expected to be prepared to accept the segmentation of the negotiations in the unilateral interest of the United Kingdom.¹⁰⁸

On the other hand, the European Union has acquired an important role as an actor on the international scene, taking value from its bilateral relations. A substantial change in the balance resulting from this role would have constitutional consequences, first and foremost as a consequence of the creation of a polarity (the United Kingdom) influencing world geostrategy.

¹⁰⁸In a certain way, it could be said that the project of European integration was not sustainable with the inclusion of the UK. In this sense, see ANNETTE BONGARDT and FRANCISCO TORRES, *Brexit: a European perspective*, Brotéria, Lisbon, number 182, 2016, pp. 451-470, available at <http://broteria.pt/revista-broteria/artigos/139-maiojunho-2016-brexit-uma-perspectiva-europeia> (last accessed on 20 June 2017).

Therefore, it is expected for the geostrategic and security and defence spheres will be autonomous.

It is no longer likely that there will be a negotiation which will mean the segmentation of economic freedom, particularly the freedom of movement of goods and people.

If this is the negotiating position of the United Kingdom, especially in relation to the free movement of people, the issues that have been at the centre of the concerns leading to the referendum could become the Gordian knot.

The negotiation process will understandably develop in two phases:

In the first, the parties will exacerbate their differences and the points of conflict.

In the second, they will embark on a path of commitment and rapprochement that will avoid rupture. The reticence which the United Kingdom continues to express the formula “it is better not to have an agreement than to have a bad agreement” is only a way of announcing those negotiating phases, for, unless there are factors that revolutionize pre-existing geo-strategic conditions, an exit without prior agreement would represent a Europe dominated by the Franco-German axis. This would necessarily produce centralizing effects and would turn the United Kingdom into a country in search of new partners.

Trump's inconstancy and the idiosyncrasy of Russia's and China's foreign policies do not augur an easy task in this area.

Though the importance of identity, the constitutional dimension of *Brexit* also includes European citizenship and the European social model that will be mentioned below.

3. **European citizenship**

4.

The institution, by the Treaty of Maastricht, of European citizenship was an important milestone in the evolution of the Union's constitutional dimension representing a mitigating element of the preponderance the Economic and Monetary Union had represented in the approval of that Treaty.

This importance was due not only to its holistic and symbolic significance but, above all, to establish rights and open channels for expanding the status of nationals of other Member States and their families.

Euro-scepticism was translated, in this matter, by reactions that mixed diverse feelings. Citizenship was seen by some as an “empty shell”, an “ambivalence in favour of the market citizen”, a “confusion”, a “cynical exercise”, or “an unidentified political object”.¹⁰⁹

It was generally said that the legitimacy of Union decisions would continue to be based on nationality and not on citizenship.

It should be noted that, from the outset, the divisions involved, on the one hand, legal issues and, on the other, issues of identity and belonging.

Both raised reservations in the British legal community, reflecting the proverbial dialectic between Anglo-Saxon and continental cultures.¹¹⁰

¹⁰⁹See J.N. CUNHA RODRIGUES, *A propos European Citizenship: the Right to move and reside freely*, in *Constitutionalizing the US judicial system*, Hart Publishing, 2012, pp. 201-213.

¹¹⁰ See PHILIP LARKIN, *The Limits to European Social Citizenship in the United Kingdom*, in *Modern Law Review*, vol. 68, 2005, pp. 435-447.

As a result of the case law of the Court of Justice, citizenship has become, in large measure, a decisive instrument for resolving issues of non-discrimination and, in general, protection of fundamental rights.

Very little has been mentioned about this aspect but it may represent an important *item* in the negotiations, especially with regard to citizens of Member States resident in the United Kingdom. It is also an important issue regarding the intentions of young UK nationals who, as seen in the recent general elections, do not seem to want to give up the *Erasmus* spirit and their sense of belonging to the European Union.

4. **Economic integration**

Access to a market of more than 500 million consumers will certainly be at the heart of UK business affairs.

We have already seen, however, that this claim can hardly be separated from the freedom of movement of persons.

Moreover, there is a clear connection between the various economic freedoms which includes the right of establishment and the inherent issue of the transfer of workers.

A negotiation based on the atomisation of choices which could set aside, for example, the right of establishment, could push back the marketing models used by both parties.

Statistics show that trade between the United Kingdom and the European Union accounts for about half of the former's total trade. The failure of negotiations would mean a return to the rules of the World Trade

Organization. In a 'pessimistic' scenario with larger increases in trade costs, *Brexit* will lower income in the UK by 2.6% (£1,700 per household).¹¹¹

But other Member States would also suffer with the United Kingdom's exit, particularly those maintaining a high level of trade with this Member State.

Looking for alternatives, some are increasingly taking refuge in a similar scenario to the European Economic Area, with particular reference to Norway.

However, it should be noted that the contexts are different. The political and social fractures and the opinion trends in the United Kingdom are not comparable to those which characterize the situation in Norway.

On the other hand, accession to the European Economic Area would not significantly alter the nature of things. It is sufficient to note that, on a *per capita* basis, Norway's financial contribution to the European Union reaches 83% of the UK's¹¹² contribution and that the obligations that the country entered into with the European Union give an artificial character to the perception of the advantages and disadvantages.

Norway is subject to most of the obligations of the Member States of the European Union, but does not have the same powers.

¹¹¹ See SWATI DHINGRA, GIANMARCO OTTAVIANO, THOMAS SAMPSON and JOHN VAN REENEN, *The consequences of Brexit for UK trade and living standards*, CEP BREXIT ANALYSIS number 2, London School of Economics, p. 2, available at <http://cep.lse.ac.uk/pubs/download/brexit02.pdf> (last accessed on 20 June 2017).

¹¹² See SWATI DHINGRA, GIANMARCO OTTAVIANO, THOMAS SAMPSON and JOHN VAN REENEN, *The consequences of Brexit for UK trade and living standards*, CEP BREXIT ANALYSIS number 2, London School of Economics, p. 4, available at <http://cep.lse.ac.uk/pubs/download/brexit02.pdf> (last accessed on 20 June 2017).

In the United Kingdom, the referendum registered a majority representing only 52% of voters.

In these circumstances, if the United Kingdom does not reverse the outcome of the referendum (which seems unlikely) it will be very difficult for political actors and public opinion to accept a new model, such as Norway, where the losses would become apparent.

The campaign that supported the exit was based on *slogans* that made voters think that the EU is a failed project and that integration, even with reservations that the country has always demanded, was causing, at the end, a considerable deficit for the country.

The instability provoked by the referendum and the debates it has induced have brought a more detailed, though not always objective, knowledge to the general public concerning the situation that would produce more informed choices.

Voters would be more aware of the areas in which the country would be left out but they would be confronted with the implications of a new statute in which obligations had no counterparts, especially with regard to *governance* and powers involving institutional or legal conformation, particularly in matters of legislative and judicial competence.

5. **Mobility of workers**

The free movement of persons was not raised as a first priority negotiating objective for the UK Government, in *Brexit*, as if it were a side issue.

However, this has a historical background with almost civilizational dimensions.

This was not born with the European Treaties since it was, and is, already present in various other treaties approved at the international level.¹¹³

The Treaties and secondary law have given this freedom a unique importance. With the progressive advancement of protection, the freedom of movement of persons has acquired a content that its initial vocation did not allow it to foresee: the right to move and reside is unconditional for nationals of Member States who carry out an economic activity in another Member State; the residence of nationals seeking employment in another Member State may be limited to time limits which the Member States, however, have to determine on reasonable terms; those who are “inactive” must only demonstrate that they have sufficient income and sickness insurance; students benefit from a scheme similar to the latter.¹¹⁴

The extension and deepening of protection regimes have often been motivated or inspired by the case-law of the Court of Justice.

This is an important fact, as it is well known that, on the question of sovereignty, the Union's jurisdictional powers form an important element of the reluctance of the British.

¹¹³ The Universal Declaration of Human Rights of 1948 proclaims this in Article 13, paragraphs 1 and 2. The International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 makes reference to this in detail. The Council of Europe attached particular importance to it in the European Convention on Human Rights of 13 December 1955 and on Protocol no. 4 of 16 September 1963 and in the European Agreement on Regulations governing the Movement of Persons between Member States of the Council of Europe of 13 December 1957.

¹¹⁴ See Articles 6 and 7 of the Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

In the freedom of movement of persons, the problem of the movement of workers is of particular importance. But freedom is valid not only for its economic value but also for the social effects of mobility in terms of European identity and cohesion. A side view which, in a very specific sector, shows the virtues of mobility is the *Erasmus* programme. In cultural and scientific circles and in the world of work today, the crucial role of the programme regarding interculturalism, vocational training and technical and scientific innovation has been unanimously acknowledged.¹¹⁵

The UK's exit from the EU would result in an erosion of these values and the impact it would have on a sector of the population which is decisive for the future is unpredictable.

Furthermore, migration was one of the most sensitive aspects of the debates that preceded the referendum.

These generally showed an unjustified assimilation of causes and effects, with reference to the Commonwealth countries and the European Union.

It turns out that they are different realities.

Net annual immigration to the UK from the rest of the European Union has more than doubled between 2012 and 2015, reaching 183,000 people this past year.¹¹⁶

A change in this trend will have consequences for the identity and social cohesion of the residents, without

¹¹⁵ Reflections of *Brexit* in social representations are absorbed faster by young people and have a considerable symbolic and contagious coefficient. Several media reported that between June 2016 and March 2017, British universities registered a fall of 9% in student enrollment from other member countries of the European Union.

¹¹⁶ See the report made by Capital Economics for Woodford Investment Management, *The Economic Impact Of 'Brexit'*, February 2016, available at <https://woodfordfunds.com/economic-impact-brexit-report/> (last accessed on 20 June 2017).

possibly favouring integration mechanisms. Furthermore, the fall in emigration from the United Kingdom to other Member States will have considerable effects in the European Union, in areas ranging from culture to European trade models and practices, where the uses (and use of the English language) had penetrated on a large scale.

6. **Financial markets**

7.

The repercussions of *Brexit* will also hit capital movements, with an emphasis on investment.

The situation of the *City* as a financial centre has been especially emphasized.

The opportunity to relocate and perhaps decentralize financial markets within the Union would change pre-existing balances and would be used to review the regulatory mechanisms within the Union, with likely and significant losses for the United Kingdom.

The movement of capital is an economic freedom which, over time, has largely escaped regulation.

With globalization and exposure to the outside world, risks (with the exponential rise in crime and market distortion activities, such as money laundering, fraud, tax evasion and exchange rate turmoil) have increased in the same exact proportion in which control mechanisms have lost effectiveness.

The United Kingdom's position, the tradition of economic agents, the knowledge of the peculiarities of this market and the country's connections with the United States of North America and the countries of the Commonwealth gave it a centrality that will be tested with *Brexit*.

It is a landscape full of challenges, risks and opportunities.

The *City* exerts a seduction on third country markets which is based on an eco-system that combines talent, efficiency and resources. However, the perception of the financial centre as a gateway into the European Union contributes substantially to this attraction.¹¹⁷

Brexit will surely change the operating logic of the market.

The idea of *equivalence* suggested by some authors, in the sense that the European Commission could accept a financial control carried out by third countries, subject to the condition that the regulation and supervision of these countries were equivalent to those of the Union hopelessly contain risks of uncertainty and precariousness.

The *equivalency* criterion has been applied in various fields of European Union Law, with emphasis on the protection of fundamental rights. But even here, it calls for a harmonization of principles that is geared towards jurisdictional intervention. In the hands of the Community authorities, the application of the *equity* criterion would keep these characteristics, leading to slow procedures that are averse to the speed required by financial market operations.

The UK is known for its ability to assess risks.

But it cannot be excluded that certain financial centres in Member States want to seize the opportunity and put pressure on policy makers.

¹¹⁷ See GEORGES SITBON, *Brexit: quel impact pour l'union et son marché financier?*, 27 Novembre 2016, available at <https://fr.linkedin.com/pulse/brexit-quel-impact-pour-lunion-et-son-march%C3%A9-financier-georges-sitbon> (last accessed on 20 June 2017).

This point did not seem to belong to the hard core of the negotiations but will probably be a major factor in the balance of gains and losses.

7. The European social model

The European social model has not lost any relevance in the European reality. On the contrary, it was boosted by the Europe 2020 strategy, which is about delivering smart, sustainable and inclusive growth.

The economic crisis and the upheavals that occurred in the financial and budgetary systems reverberated heavily on essential aspects of the *model*, due to the abruptness of the transition from one phase of encouraging public investment to another of fiscal restraint, and due to the reversal of expectations driven by austerity.

The sustainability of the model emerged as an inescapable topic that was gaining practical consistency with the explosion of public debt, the persistence of banking system problems and the refugee crisis.

The idea of a *European social model* has, however, become a point of reference and has acquired identifying features. Europe has become an area of economic prosperity and social justice unparalleled in other latitudes.

The increase in the costs of social protection and the spread of objectives to other areas, such as the environment and consumption, have intensified the challenges. It became difficult to integrate variables in an environment of falling employability and the need to respond to new issues such as social security in the face of increased life expectancy.

The effects were felt in budget forecasts and in the establishment, in civil society, of feelings of instability, doubt and contingency.

For its part, the choice of public policies remained a prisoner of the measures adopted by the European Union, especially the European Central Bank. Whatever the commitment that each of the member states expressed regarding the *European social model*, overcoming that difficult internal crisis has given greater visibility to certain issues which, in the UK, were recurrent.

The losses of sovereignty and the inefficiency and lack of legitimacy of the Brussels bureaucracy have been used as justifications for the absence or failure of national policies.

Brexit was developed in this breeding ground and that has to be taken into account in the negotiations. Indeed, it will not be easy because there is a growing argument saying that it is paradoxical that the protests are made at the door of the Government of the United Kingdom and that the political decision makers are camped in Brussels.

Signs of recovery of economic growth in most Member States (and not so much in the UK) are likely to reverse certain factors but, in essence, the idea will persist that the crisis has exposed the need for paradigm shifts and that the structure and functioning of the European Union must be rethought.

The success of Macron's speech is explained by the feeling that has spread in French society regarding this point.

8. **The Euratom problem**

In the *White Paper* in which the UK government invoked Article 50 of the TFEU it is clearly said that *Brexit* will include the *Euratom*.¹¹⁸

This consequence has generally been ignored or undervalued.

However, in the context of the European reality, the nuclear industry has an undeniable strategic importance. In light of this, the United Kingdom has stated that it will seek alternative agreements with a view to pursuing cooperation for protection, security and trade with Europe.

The difficulties lie in the sensitivity of the issues but also in the eventual change of agents.

At stake are key instruments, such as the *Euratom* Agency which centralizes and controls the supply of nuclear materials, the European Commission which develops research programmes in the field of nuclear energy and the Security Directory which ensures that nuclear materials are not diverted from their statutory (non-proliferation) use.

Brexit will necessarily entail reciprocal losses and require the adoption of arrangements in a complex area where costs are high (for the period 2014-2020, the European Union budgeted €2.7 billion to finance only 45% of the construction of ITER (International Thermonuclear Experimental Reactor))¹¹⁹ and there is a

¹¹⁸See point 8.30. of the Policy paper “The United Kingdom’s exit from, and new partnership with, the European Union”, available at <https://www.gov.uk/government/publications/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-white-paper/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union--2> (last accessed on 20 June 2017).

¹¹⁹See ENRICO NANO and SIMONE TAGLIAPIETRA, *Brexit goes nuclear: The consequences of leaving Euratom*, available at <http://bruegel.org/2017/02/brexit-goes-nuclear-the-consequences-of-leaving-euratom/> (last accessed on 20 June 2017).

need to concentrate decision-making processes and clear control instruments.

9. **The *praxis* of international trade**

With the accession of the United Kingdom, the jurisdictional method increasingly has associated the continental (*civil law*) tradition to the Anglo-American (*common law*) tradition.

Not only because of the importance given to precedence which was already a rule in the decision-making process of the Court of Justice, but also by the strengthening of the capacity to integrate principles and practices of international trade.

It is not the English language which will be threatened by *Brexit*, as a communication and legal interpretation tool.

The United Kingdom's presence brought to the Union the bundle of international relations and business experience.

This aspect has not received much emphasis although it represents a potential loss factor for the European Union.

The preparation of treaties between the EU and third countries¹²⁰ will also suffer from the UK's exit, given the multilateral nature of the relations of this Member State as a result of its historical presence in the culture and

¹²⁰ Concerning the new EU Trade and Investment strategy, see NUNO CUNHA RODRIGUES, *The use of public procurement as a non-tariff barrier: relations between the EU and the BRICS in the context of the new EU trade and Investment Strategy*, in *Public Procurement Law Review*, 2017, number 3, pp. 135-149.

economy of different countries of different continents, such as the countries that make up the *Commonwealth*.

Finally, it should be noted that the approval of the *Brexit* agreement must necessarily involve all EU Member States and their parliaments which will be called upon to ratify the agreement.

This view has moreover been recently borne out by the Court of Justice in its Opinion 2/2015, in which it clearly acknowledged, in connection with the trade agreement between the European Union and Singapore, that the free trade agreement with Singapore cannot, in its current form, be concluded by the EU alone, because some of the provisions envisaged fall within competences shared between the EU and the Member States. It follows that the free trade agreement with Singapore can, as it stands, be concluded only by the EU and the Member States acting together.¹²¹

Keeping this understanding under the *Brexit* agreement means that a parliament in a Member State may block the approval of this agreement, similar to what happened in the past when the Wallonia parliament, in Belgium, passed a resolution against CETA, in October 2016.

10. Conclusions

Through its constitutional and identity repercussions, *Brexit* requires negotiations involving the

¹²¹ The ECJ added that it is in respect of only two aspects of the agreement that the EU is not endowed with exclusive competence, namely in the field of non-direct foreign investment ('portfolio' investments made without any intention to influence the management and control of an undertaking) and the regime governing dispute settlement between investors and States. See Opinion 2/15, of 16 May 2017.

examination of partial issues but primarily the overall analysis of the effects of the exit on the organization and functioning of the European Union and the effectiveness of the “*acquis communautaire*” relating to economic freedoms.

In particular, account should be taken of the rights of nationals of Member States resident in the United Kingdom and of the impact on the various markets, mainly financial markets.

Brexit poses, therefore, a challenge and an also opportunity for the European Union to review its structure and its decision-making and reassess, in particular, the issues raised by the single currency which have produced and continue to produce unsustainable asymmetric economic effects.

This is the background that emerged in the document issued by the European Commission entitled “White paper on the future of Europe: Avenues for unity for the EU at 27” which presents five different scenarios for the future of the EU.¹²²

The negotiation process requires a prospective method that considers the paradigm shift, in particular in the field of social protection. In this respect, it is crucial to consider the *European social model* as a constitutional prerequisite in order to guarantee the cohesion and sense of belonging in European society.

REFERENCES

BONGARDT, Annette and TORRES, Francisco, *Brexit: a European perspective*, Brotéria, Lisbon, number 182, 2016, pp. 451-470, available at <http://broteria.pt/revista->

¹²² See European Commission COM(2017) 2025 of 1 March 2017. Available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-385_en.htm (last accessed on 20 June 2017).

[broteria/artigos/139-maiojunho-2016-brexite-uma-perspectiva-europeia](#) (last accessed on 20 June 2017)

DHINGRA, Swati, OTTAVIANO, Gianmarco, SAMPSON, Thomas and VAN REENEN, John, *The consequences of Brexit for UK trade and living standards*, CEP BREXIT ANALYSIS number 2, London School of Economics, p. 2, available at <http://cep.lse.ac.uk/pubs/download/brexit02.pdf> (last accessed on 20 June 2017).

LA TORRE, Massimo, *El Brexit and her misery del global constitutionalism*, in *El Cronista del Social Democratic State y Derecho*, n. 64, 2016, pp. 4-11

LARKIN, Philip, *The Limits to European Social Citizenship in the United Kingdom*, in *Modern Law Review*, vol. 68, 2005, pp. 435-447

MAGALHÃES, Pedro, “*The 'Science' in Political Science*” in AP Ribeiro (ed.), *The Urgency of Theory*, Carcanet Press, Manchester, 2007, p. 214.

NANO, Enrico and TAGLIAPIETRA, Simone, *Brexit goes nuclear: The consequences of leaving Euratom*, available at <http://bruegel.org/2017/02/brexit-goes-nuclear-the-consequences-of-leaving-euratom/> (last accessed on 20 June 2017).

RODRIGUES, Nuno Cunha, *The use of public procurement as a non-tariff barrier: relations between the EU and the BRICS in the context of the new EU trade and Investment Strategy*, in

Public Procurement Law Review, 2017, number 3, pp. 135-149.

RODRIGUES, Nuno Cunha and GONÇALVES, José Renato, *The European Union and the banking Economic and Monetary Union: the puzzle is yet to be completed*, in NAZARÉ DA COSTA CABRAL; JOSÉ RENATO GONÇALVES and NUNO CUNHA RODRIGUES (Eds.), *The Euro and the crisis - perspectives for the Eurozone as a monetary and budgetary union*, Springer, 2017, pp. 271-288

RODRIGUES, J.N. Cunha, *A propos European Citizenship: the Right to move and reside freely*, in Constitutionalizing the US judicial system, Hart Publishing, 2012, pp. 201-213.

SITBON, Georges, *Brexit: quel impact pour l'union et son marché financier?*, 27 Novembre 2016, available at <https://fr.linkedin.com/pulse/brexit-quel-impact-pour-lunion-et-son-march%C3%A9-financier-georges-sitbon> (last accessed on 20 June 2017)

A AUTORIDADE DAS DECISÕES DE ÓRGÃOS JUDICIAIS OU QUASI-JUDICIAIS INTERNACIONAIS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: DIÁLOGO OU COMPETIÇÃO?*

Paolo Palchetti**

1. Introdução

É comum observar que a Corte Internacional de Justiça ocupa uma posição especial dentre as cortes e tribunais internacionais, devido à autoridade que é geralmente conferida às suas decisões. Essa postura é recorrente na opinião individual dos juízes da Corte, particularmente nos discursos proferidos ao longo do tempo pelos seus Presidentes.¹²³ Recentemente, essa visão foi explicitamente reconhecida nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional acerca da identificação do direito internacional costumeiro. A Conclusão nº 13, adotada em primeira leitura em 2016, prevê que “decisões de cortes e tribunais internacionais, especialmente da Corte Internacional de Justiça, sobre a existência e conteúdo das normas costumeiras de direito internacional são um meio subsidiário para a determinação de tais normas”. Como

** Professor catedrático de Direito Internacional da *Università degli Studi di Macerata* (Itália). Doutor em Direito Internacional pela *Università degli Studi di Milano*. Editor-chefe da Revista *Questions of International Law*.

¹²³ Em um discurso proferido em 2000, o Presidente Guillaume declarou: “a Corte Internacional de Justiça continua sendo o principal órgão judicial das Nações Unidas e, como resultado disso, ocupa uma posição privilegiada na hierarquia judicial internacional. Ademais, ela é a única corte com jurisdição universal e geral. Por fim, a sua idade a dota de uma autoridade especial”. Em discurso proferido em 2006, a Presidente Higgins retomou a questão da relação entre a Corte e outro tribunal, reforçando que “a natureza autoritativa dos julgamentos da CIJ é amplamente reconhecida”. Ambos os discursos estão disponíveis no site da Corte (www.icj-cij.org).

deixa claro o comentário às Conclusões, “faz-se menção expressa à Corte Internacional de Justiça, o principal órgão judicial das Nações Unidas [...], em reconhecimento à importância de sua jurisprudência e sua particular autoridade como a única corte internacional a possuir jurisdição geral”.¹²⁴

A consciência da Corte de seu papel ímpar na verificação do que é direito internacional não a impediu de conferir um peso especial a decisões de outras cortes e tribunais internacionais. A prova mais concreta dessa atitude da Corte é a sua dependência dessas decisões para fundamentar seus argumentos jurídicos. É um fato: a jurisprudência recente da Corte frequentemente contém referências e citações de decisões de outras cortes e tribunais.¹²⁵

O objeto deste breve ensaio é analisar o uso de precedentes externos pela Corte. O seu foco reside menos nas amplas implicações sistêmicas dessa prática comunicativa entre cortes e tribunais, e mais na abordagem específica da Corte.¹²⁶ Em particular, o trabalho mostra que um traço característico dessa abordagem reside no fato que a Corte não se limita a utilizar precedentes externos; ela também parece interessada no estabelecimento de critérios para estimar os diferentes pesos e a variada

¹²⁴Ver o Comentário às *Draft Conclusions on the identification of customary international law*, adotado pela CDI em 2016, UN Doc. A/71/10, p. 110.

¹²⁵Para um panorama geral, ver Pellet A., ‘Article 38’, in Zimmermann A., Tomuschat C., Oellers-Frahm K., Tams Ch (eds.), *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 858 et seq.; De Brabandere E., “The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, in *Law and Practice of International Law and Tribunals*, 15(2016), pp. 24-55; Sienho Y., “Article 38 of the ICJ Statute and Applicable Law: selected issues in recent cases”, in *Journal of international dispute settlement* 7(2016), pp. 472-498, at 490 et seq.

¹²⁶Para um exame recente e exaustivo das implicações sistêmicas dessa prática comunicativa, ver Boisson de Chazournes L., “Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach”, in *European Journal of International Law* 28 (2017), pp. 13–72.

importância a ser vinculada a esses precedentes. Em outras palavras, a Corte não apenas dialoga; ela também busca estabelecer as “regras do diálogo”. Essa postura pode ser entendida de diferentes formas: pode-se elogiá-la, como uma tentativa louvável de se estipular alguma ordem no diálogo entre as cortes internacionais; pode, todavia, ser vista como uma maneira velada pela qual a Corte busca reservar para si uma função especial na determinação da lei. Como será exposto, os critérios que emergem da jurisprudência da Corte não estão isentos de críticas.

Antes de se adentrar na análise da jurisprudência da Corte, duas observações devem ser feitas para melhor esclarecer e delimitar o escopo deste trabalho. Em primeiro lugar, é importante fazer uma distinção entre conclusões de outras cortes e tribunais sobre questões de fato e conclusões sobre questões de direito. Ainda que a Corte tenha feito referimento a conclusões de fato referenciados por outros tribunais como evidência relevante para se determinar fatos de um caso seu, este trabalho apenas abordará o uso de precedentes externos sobre questões de direito, considerando que critérios diferentes regem – e justificam – a possibilidade de se referir a decisões de outras cortes e tribunais nesses dois casos.¹²⁷ Em segundo lugar, a referência a outras cortes e tribunais internacionais deve também abarcar órgãos *quasi*-judiciais, especialmente órgãos de monitoramento estabelecidos por tratados de Direitos Humanos. Isso é justificado à luz da prática da Corte. Não apenas a Corte utilizou a prática judicial desses órgãos em vários casos, como sempre tratou esses precedentes substancialmente da

¹²⁷ Sobre as dificuldades de se separar questões de direito e questões de fato na utilização de precedentes externos pela Corte, ver Gattini A., Cortesi G., “Some New Evidence on the ICJ’s Treatment of Evidence: The Second *Genocide Case*”, in *Leiden Journal of International Law* 28(2015), pp. 899–913, à p. 911.

mesma maneira que precedentes de outras cortes e tribunais internacionais.¹²⁸

2. Estabelecendo o contexto: a evolução da postura da Corte

Sob o Artigo 38(1)(d), a Corte Internacional de Justiça, na decisão acerca de casos a ela submetidos, pode utilizar decisões judiciais como “meio subsidiário para a determinação do direito”. Até recentemente, contudo, a Corte raramente utilizou essa prerrogativa, constantemente citando seus próprios precedentes, mas mencionando apenas de maneira excepcional decisões de outras cortes.¹²⁹

A importância de se estabelecer uma prática comunicativa entre cortes internacionais se tornou um problema apenas como consequência da crescente consciência dos riscos associados à proliferação das cortes internacionais. Em discurso proferido ao Sexto Comitê da Assembleia Geral em 2000, o Presidente Guillaume notou que “a Corte Internacional de Justiça observa cuidadosamente os julgamentos proferidos por outras cortes e tende cada vez mais a lhes fazer referência”. Ele “apontou, ao todo, 15 julgamentos da Corte contendo tais referências”¹³⁰. No discurso do Presidente Guillaume, *cross-citation* foi claramente considerada como um possível antídoto contra preocupações sistêmicas acerca da coerência ao se determinar o direito. Mesmo assim,

¹²⁸ Contudo, para um entendimento de que “a política de precedentes da Corte essencialmente busca garantir um diálogo construtivo com tribunais arbitrais que julgam contenciosos interestatais, especialmente sobre questões de fronteira”, ver Guillaume G., “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2 (2011), pp. 5–23, à p. 20.

¹²⁹ Ver Guillaume, nota 5*supra*, p. 19.

¹³⁰ Ver nota 1*supra*.

considerando a jurisprudência da Corte à época do discurso, seria um exagero dizer que a Corte estava dando relevância a precedentes externos. Referências a esses precedentes eram apenas ocasionais e, na maioria dos casos, concerniam questões marginais ao raciocínio geral da Corte.

A mudança na prática da Corte ocorreu apenas nos anos imediatamente posteriores. O ponto de inflexão é simbolicamente considerado a Opinião Consultiva no caso do *Muro*, na qual a Corte, *inter alia*, deu ampla relevância à prática do Comitê de Direitos Humanos no julgamento da questão do escopo extraterritorial de aplicação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.¹³¹ Seja qual for a aferição do ponto de partida, a referência a precedentes externos se tornou desde então um atributo recorrente na jurisprudência da Corte.

Em muitos aspectos, essa nova prática parece refletir uma mudança interna à própria Corte em direção ao fenômeno da proliferação do direito internacional. Como se percebe das visões expressadas pelos juízes, houve, por muitos anos, um sentimento crescente de que a proliferação de tribunais internacionais implicaria em menos trabalho para a Corte e, ao mesmo tempo, em um prejuízo do seu papel de prestígio, favorecendo assim o risco de fragmentação do direito internacional. Essa preocupação, que também era aparente no discurso supracitado do Presidente Guillaume em 2000, pode ter sido o motivo que levou, em 1993, à decisão da Corte de estabelecer uma Câmara para Questões Ambientais. Como apontou o juiz Oda, “o estabelecimento de uma Corte Mundial para Questões Ambientais pode ter motivado o

¹³¹*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004, p. 69, para. 109. Ver Andenas M., Leiss J.R., “Article 38(1)(d) ICJ Statute and the Principle of Systemic Institutional Integration”, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2016-20, pp. 1-68, à p. 4, nota 6.

estabelecimento paralelo de uma Câmara Especial para questões ambientais na própria CIJ, de modo a prevenir a proliferação de jurisprudência acerca de questões ambientais e de atrair mais casos dessa natureza”.¹³² Após a virada do milênio, o cenário parece ter mudado substancialmente. O medo da “fragmentação” foi atenuado. Em discurso para a Assembleia Geral proferido em 2006, a então Presidente Higgins declarou que as preocupações ocasionadas pelo aumento no número de novas cortes sobre uma potencial falta de consistência na enunciação das normas internacionais e o conseqüente risco de fragmentação “não se mostraram significativos”. Ela então enfatizou a importância de se compor uma prática comunicativa como ferramenta sistêmica ao abordar o risco da incongruência na jurisprudência. Higgins, sobre esse ponto, notou que “novas cortes e tribunais regularmente se referiram, de maneira quase sempre essencial a seu raciocínio jurídico, a julgamentos da CIJ acerca de questões de direito internacional e de procedimento internacional”, e que “[a] Corte Internacional, da sua parte, vem seguindo atentamente o trabalho desses outros órgãos internacionais”.¹³³

3. As diferentes utilizações de decisões de órgãos judiciais ou *quasi*-judiciais internacionais pela Corte Internacional de Justiça

¹³² Oda Sh, “The International Court of Justice Viewed from the Bench”, *Recueil des cours* 244 (1993), p. 55.

¹³³ Vernota 1 *supra*. De acordo com Murphy S., “What a Difference a Year Makes: The International Court of Justice’s 2012 Jurisprudence”, in *Journal of International Dispute Settlement*, 4(2013), pp. 539–552, à p. 540, ‘the Court’s reliance on such a wide range of jurisprudence from other tribunals might be viewed as a counter-argument to concerns about the ‘fragmentation’ of international law’.

Um breve exame dos últimos 15 anos da jurisprudência da Corte revela que precedentes externos foram levados em consideração para uma variedade de objetivos. Em vários casos, a questão chave envolvia a interpretação de tratados. Assim, por exemplo, além do supracitado parecer do caso do *Muro*, o julgamento de mérito no caso *Diallo* fornece mais um exemplar da dependência da Corte na prática do Comitê de Direitos Humanos para interpretar o Pacto de 1966;¹³⁴ no mesmo caso, a CIJ fez menção ao corpo de decisões da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos para fundamentar sua interpretação do Art. 12 da Carta Africana.¹³⁵ Em outros casos, precedentes externos foram levados em conta para amparar a determinação do costume internacional pela Corte. Dessa forma, em seu julgamento em *Territorial and Maritime Dispute*, caso demandado pela Nicarágua em face da Colômbia, a Corte enfatizou que “o direito aplicável no presente caso é o costume internacional refletido na jurisprudência desta Corte, do Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS) e de cortes e tribunais arbitrais internacionais”.¹³⁶ Em *Jurisdictional Immunities of a State*, atribuiu-se especial importância ao fato que “[a] Corte Europeia de Direitos Humanos refutou a noção de que Estados não tem mais direito à imunidade em casos envolvendo graves violações do direito internacional humanitário ou do direito internacional dos Direitos Humanos”.¹³⁷ Precedentes externos também foram empregados para se mensurar o conteúdo de princípios gerais. Em seu julgamento de compensação no caso *Diallo*, a Corte amplamente se escorou na prática de outros tribunais, cortes e comissões

¹³⁴ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, I.C.J. Reports 2010, p. 66, para 66.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 67, para 67.

¹³⁶ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, I.C.J. Reports 2012, p. 666, para. 114.

¹³⁷ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, I.C.J. Reports 2012, p. 139, para. 90.

“que aplicaram princípios gerais envolvendo compensação”.¹³⁸ Na Opinião Consultiva do caso *IFAD*, em 2012, dois Comentários Gerais do Comitê de Direitos Humanos foram citados, de modo a demonstrar o desenvolvimento do conteúdo do princípio da igualdade de acesso a cortes e tribunais.¹³⁹

Na doutrina internacional, diferentes análises foram apresentadas sobre a possível base jurídica a explicar o diálogo jurídico na determinação do direito. Alguns autores citam as regras de interpretação e, em particular, o princípio de integração sistêmica consagrado no Art. 31(3)(c) da Convenção de Viena do Direito dos Tratados.¹⁴⁰ Sob um diferente viés, o Art. 38(1)(d) do Estatuto deve ser interpretado na direção de impor às cortes internacionais a obrigação de se levar em conta a jurisprudência de outras cortes na verificação das normas internacionais; nesse sentido, sugere-se que o Art. 38(1)(d) deva ser entendido como uma “codificação positiva” do uso de outras decisões judiciais.¹⁴¹ Outra perspectiva aponta que a importância das considerações judiciais de uma corte em procedimentos judiciais perante outro corpo judicial seria explicado pelo tratamento de decisões previamente proferidas por uma corte como normas de direito internacional aplicáveis às partes em um caso.¹⁴² Em contraste à riqueza do debate científico nesse ponto, é difícil encontrar na jurisprudência da Corte uma tentativa de explicar, em termos jurídicos, o uso de

¹³⁸ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Compensation*, I.C.J. Reports 2012, p. 331, para. 13.

¹³⁹ *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development*, I.C.J. Reports 2012, p. 27, para. 39.

¹⁴⁰ Brown Ch., *A Common Law of International Adjudication*, Oxford, OUP, 2007, pp. 52–55.

¹⁴¹ Andenas, Leiss, nota 9 *supra*.

¹⁴² Cannizzaro E., “Interconnecting International Jurisdictions: A Contribution from the Genocide Decision of the ICJ”, in *European Journal of Legal Studies*, 1(2007).

precedentes externos na determinação do direito. O máximo que a jurisprudência oferece, como elucidação explícita, encontra-se no julgamento dos méritos do caso *Diallo*. Aqui, a Corte justificou o peso atribuído à prática do Comitê de Direitos Humanos fazendo menção à necessidade de “obter a clareza necessária e a consistência essencial do direito internacional, bem como a segurança jurídica, às quais tanto os indivíduos com direitos garantidos quanto os Estados forçados a cumprir com as obrigações pactícias têm o direito”.¹⁴³ De resto, a Corte tem sido cautelosa em não passar a mensagem de que está submetida a qualquer tipo de dever de honrar precedentes externos. Ela também evitou lhes conferir um peso decisivo na justificação de alguma medida jurídica. Com a possível exceção do julgamento de compensação do caso *Diallo*, no qual decisões de outras cortes aparecem frequentemente como o único elemento a basear a decisão, a Corte, em geral, tem feito uso de precedentes externos apenas para confirmar suas próprias conclusões acerca da interpretação dada a um tratado ou do conteúdo de uma norma costumeira. Levando todos esses elementos em conta, a impressão geral é que a postura da Corte acerca do uso de precedentes externos tem sido ditada principalmente por considerações práticas, baseadas na necessidade de se aprimorar o poder de persuasão de suas decisões, por um lado, e na sua disposição de coordenar suas atividades com os outros órgãos judiciais, por outro, de modo a contra-atacar o risco de inconsistência.¹⁴⁴

¹⁴³*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, I.C.J. Reports 2010, p. 664, para. 66.

¹⁴⁴De acordo com de Brabandere, nota 3 *supra*, p. 44, ‘while external case law is used as material support

for the Court’s argumentation, the wording used hints towards a form of search for consistency with external case law’. Ver também Ulfstein G., “Awarding Compensation in a Fragmented Legal System: The *Diallo* Case”, in *Journal of International Dispute Settlement*, 4(2013), pp. 477–485, à p. 479. Boisson des Chazournes, nota 3 *supra*, p. 77, explica que ‘these trends are

4. Estabelecendo as “regras do diálogo”: a diferente autoridade conferida a decisões de outros órgãos judiciais

Como já foi apontado, em alguns casos, a Corte não se limitou a meramente citar as conclusões jurídicas tomadas por outras cortes e tribunais. A Corte também considerou apropriado definir a carga devida de cada precedente na delimitação do direito, bem como as razões para tratar alguns precedentes de maneira diferente de outros. Com base nessas premissas, é possível identificar um critério geral que potencialmente seria aplicável pela Corte em casos futuros.

No seu julgamento de mérito do caso *Diallo*, a Corte reconheceu a importância da prática do Comitê de Direitos Humanos nos seguintes termos: “Apesar da Corte não estar de forma alguma obrigada, no exercício de suas funções judiciais, a moldar sua interpretação do Pacto em torno da interpretação dada pelo Comitê, ela acredita que deve outorgar grande peso ao entendimento adotado por esse órgão independente, que foi estabelecido com o objetivo específico de supervisionar a aplicação daquele tratado”.¹⁴⁵ Em virtude dessa declaração, a Corte, primeiramente, reconhece que se deve atribuir “grande peso” à prática do Comitê de Direitos Humanos. Ademais, a Corte indica que se deve designar grande peso à “interpretação do Pacto” adotada pelo Comitê, e não acerca de qualquer questão de direito abordada pelo órgão. Por fim, a importância atribuída à dita prática é justificada com base no fato de que o órgão “foi estabelecido com o objetivo específico de supervisionar a aplicação daquele tratado”. Em suma, na visão da Corte, o peso a ser

scarcely grounded in principles of international law. Their development is mainly due to the attitude of international courts and tribunals’.

¹⁴⁵ Ver nota 12 *supra*.

conferido àquela prática está estritamente conectado às funções e competências atribuídas ao Comitê de Direitos Humanos pelos Estados-parte do Pacto.

Manifestação similar foi feita pela Corte com respeito à importância a se atrelar à prática da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, para o propósito de interpretar a Carta Africana: “De igual maneira, quando a Corte é instada, como nesse procedimento, a aplicar um instrumento regional para a proteção dos Direitos Humanos, deve levar em consideração a interpretação de tal instrumento adotada pelos órgãos independentes que foram especificamente criados, se for o caso, para monitorar a plena aplicação do tratado em questão”.¹⁴⁶ Importante notar que, nessa declaração, a Corte utilizou a expressão “deve levar em consideração”, ao invés de “deve outorgar grande peso”. Não é claro se, ao empregar tais termos, a intenção da Corte era de reduzir a importância a se relacionar à prática de órgãos regionais, em contraposição a órgãos estabelecidos por tratados universais. Isso não parece condizer com a prática. Para fins de se aferir a prática de um órgão judicial ou *quasi*-judicial, o que parece valer não é a natureza regional ou universal do órgão em questão; é o fato de que tal órgão foi propriamente concebido pelas partes para supervisionar a aplicação do tratado. De qualquer maneira, é significativo que, novamente, a Corte se apoie nas competências e funções atribuídas a um órgão *quasi*-judicial para explicar a importância vinculada à prática de tal entidade.

O liame entre o valor de um precedente externo e a competência do órgão que adotou tal entendimento também é fruto do julgamento da Corte no caso *Genocídio*. Dessa vez, contudo, a Corte contou com esse critério para

¹⁴⁶ Ver nota 13 *supra*.

justificar a não adoção do precedente.¹⁴⁷ Ao avaliar o parâmetro de controle requerido, pelo costume internacional, para se atribuir uma conduta de um órgão *de facto* a um Estado – se o “controle geral” estabelecido pela Corte Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia (ICTY) no caso *Tadic* ou o “controle efetivo” empregado pela Corte no caso *Nicaragua* -, a Corte notou, primeiramente, que “o ICTY não foi instado no caso *Tadic*, e nem o é de maneira geral, a julgar questões de responsabilidade de Estados, visto que sua jurisdição é penal; aplica-se apenas a pessoas”. A Corte ressalta que, ao passo que confere “a maior importância às conclusões de fato e de direito atingidas pelo ICTY no julgamento da responsabilidade criminal do acusado a ele submetido”, “[a] situação não é a mesma para as posições adotadas pelo ICTY acerca de questões gerais de direito internacional que não recaiam no âmbito específico de sua jurisdição e, acima de tudo, cuja resolução não é necessária para decidir os casos penais a ele submetidos”.¹⁴⁸

Parece que dois parâmetros distintos estão em aplicação. O primeiro parâmetro envolve a questão sobre se uma conclusão jurídica é fundamental para decidir o caso. Esse teste é bastante tradicional, baseado na ideia de que, a princípio, *obiter dicta* devem possuir menos peso do que conclusões jurídicas essenciais à decisão do caso. O segundo parâmetro é mais inovador: ele se centra na questão da posição do tribunal em questões de direito internacional que recaiam no âmbito específico de sua jurisdição. Esse teste é essencialmente o mesmo empregado pela Corte no caso *Diallo*. Entretanto, o uso desse teste para justificar a não adoção de um precedente externo, como fez a Corte no caso *Genocídio*, mostra o seu

¹⁴⁷ Para a abordagem da Corte sobre a possibilidade de se utilizar da jurisprudência do ICTY, ver De Brabandere, nota 3 *supra*, p. 47.

¹⁴⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, I.C.J. Reports 2007, p. 43, para. 403.

lado problemático. Em particular, levanta-se duas questões delicadas: como determinar se uma questão de direito internacional recai no âmbito específico da jurisdição de um tribunal? Mas, acima de tudo, quem deve decidir sobre tal questão?

5. Diálogo ou competição?

Como o diálogo interjudicial refletido no uso dos precedentes externos é conduzido prioritariamente em um modo informal e depende da discricão e sensibilidade de cada corte, a identificação de critérios gerais para se avaliar o peso a ser conferido a tais precedentes deve ser considerada como um desenvolvimento positivo. Isso introduz uma certa previsibilidade e transparência na jurisprudência de uma corte, reduzindo assim o risco dessa corte ser considerada seletiva, ou até mesmo arbitrária, na sua utilização de precedentes externos. Ao mesmo tempo, contudo, a determinação das “regras do diálogo” é um exercício delicado, que tem o potencial de afetar a própria possibilidade de um sério diálogo entre cortes. Nesse viés, uma situação é uma corte conferir grande peso a decisões proferidas por outra corte devido à competência sobre um assunto específico do Direito atribuída à esta. Essa forma de deferência, que equivale ao reconhecimento da autoridade de outras cortes, pode estimular a reciprocidade e facilitar um verdadeiro diálogo entre cortes.¹⁴⁹ É um contexto inteiramente diferente quando uma corte rebaixa a importância a se atrelar a uma conclusão jurídica tomada

¹⁴⁹ Por vezes, a deferência da Corte pode ser fruto de sua consciência de que “quando uma área do direito internacional possui mecanismos especializados, que regularmente se encarregam da interpretação e aplicação da lei, o impacto da CIJ será provavelmente menor”. Nesse ponto, ver Tams Ch., “The Development of International Law by the International Court of Justice”, nesse volume.

por outra corte com base no argumento de que a matéria em questão não recai no âmbito de jurisdição dessa outra corte. Ainda que uma corte seja livre para desconsiderar o precedente de outra corte, levar o confronto para o terreno das respectivas competências de diferentes cortes e tribunais é um caminho perigoso. Isso levanta a questão da autoridade de um tribunal para aferir os limites de competência de outro tribunal.¹⁵⁰Essa mudança de trajetória é ainda mais perigosa, dado que, na maioria dos casos, será difícil afirmar quais questões de direito recaem ou não no âmbito específico da jurisdição de uma corte. Resumindo, tal abordagem pode criar uma competição entre cortes acerca do escopo de suas competências, em contraposição a incitar a coordenação de suas atividades.

A apreciação da Corte do critério do “controle geral” no caso *Genocídio* ilustra bem os limites inerentes em tal abordagem. É verdade que, no seu entendimento, a Corte não confiou exclusivamente no parâmetro da “competência” para justificar sua não adoção da conclusão jurídica tomada pelo ICTY no caso *Tadic*. Ademais, a Corte não utilizou esse parâmetro para refutar a autoridade desse julgado; ela simplesmente não conferiu à essa conclusão a mesma autoridade conferida às conclusões jurídicas tomadas pelo ICTY no julgamento da responsabilidade criminal do acusado a ela submetido.¹⁵¹O que permanece, porém, é que a tentativa da Corte de diminuir a importância a se atribuir à conclusão do ICTY ao se apontar às competências do tribunal não é

¹⁵⁰Conforme Treves T., “Fragmentation of International Law: The Judicial Perspective”, in *Agenda Internacional* 16(2009), pp. 214-253, at 253, “the assessment of whether a statement of law is necessary for a certain decision and whether it is within a court or tribunal’s jurisdiction is undoubtedly delicate if made by another court or tribunal. It would seem that this is a ground on which prudence is of the utmost importance and that only the most evident cases of lack of necessity or lack of jurisdiction should be relevant.”

¹⁵¹*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, I.C.J. Reports 2007, p. 43, para. 403.

convincente. Ainda que seja verdade que a jurisdição do ICTY é penal e se aplica apenas a indivíduos, isso não significa que o ICTY, no exercício da sua jurisdição, não possa ser instado a aplicar normas de responsabilidade dos Estados ou a determinar a validade da resolução do Conselho de Segurança que as estabelecem, caso isso seja necessário como matéria preliminar para se abarcar questões de responsabilidade penal dentro de sua competência. Igualmente, mesmo que a competência de tribunais ou órgãos de monitoramento de Direitos Humanos se relacione com a interpretação e aplicação dos tratados que os estabelecem, eles são frequentemente solicitados a julgar sobre questões gerais de direito internacional, ligadas a matérias como validade de reservas a tratados ou exceções à imunidade estatal. Em seu julgamento, a Corte foi cuidadosa em demonstrar que não havia necessidade para o ICTY de abordar a questão da atribuição da conduta ao Estado para resolver a questão da natureza do conflito. Contudo, uma coisa é a Corte expressar seu desacordo com o raciocínio realizado pelo Tribunal; é bastante diferente dizer que o Tribunal, ao avaliar a questão preliminar acerca do conteúdo da norma de atribuição, agiu fora do escopo de sua jurisdição, uma conclusão que a própria Corte evitou atingir. A Corte ainda reforçou que o ICTY não é, de forma geral, instado a decidir sobre questões de responsabilidade dos Estados¹⁵². Não fica claro, porém, quais consequências podem ser obtidas disso. A *expertise* específica de um tribunal pode, claro, ser um elemento na avaliação do peso de um precedente. Ao mesmo tempo, porém, questões gerais de direito internacional, como responsabilidade internacional ou o direito dos tratados, parecem recair naturalmente na *expertise* de qualquer tribunal internacional na aplicação

¹⁵²*Ibid.*

do direito internacional, inclusive tribunais penais internacionais.¹⁵³

Há ainda outra razão pela qual a avaliação da Corte do precedente do ICTY parece longe do adequado. Mesmo que tenha persistido na questão da competência específica do ICTY, a Corte pouco falou sobre o argumento jurídico desenvolvido pelo ICTY para basear sua conclusão de que o “controle geral” seria o limiar de controle requerido, sob as normas costumeiras de direito internacional, para atribuir a um Estado a conduta de um grupo de indivíduos. Isso é surpreendente, visto que, no caso *Tadic*, o ICTY conduziu um amplo exame da prática relevante para alicerçar sua conclusão sobre o conteúdo da norma costumeira em questão. Independentemente de se concordar ou discordar da conclusão atingida pelo ICTY,¹⁵⁴ deve-se esperar maior atenção da Corte na aferição da prática. Pelo contrário, a Corte aqui meramente reafirmou a contínua validade do teste do “controle efetivo” introduzido no caso *Nicarágua*, sem a devida cautela de fundamentar sua conclusão no exame da prática destacada pelo Tribunal.

Aqui, faz-se necessária uma consideração final. Ao passo que as cortes internacionais, em suma, continuam livres para repelir um precedente externo, elas devem justificar tal decisão buscando demonstrar que a sua determinação da lei é baseada em um *approach* mais rigoroso e sistemático do que o assumido pela outra corte. O poder de persuasão do argumento, ao invés da

¹⁵³ Conforme apontado por Kohen M., “‘Considerations about what is common’: the ICJ and specialised bodies”, in *Les limites du droit international : essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 477, “questions of interpretation of treaties or matters of international responsibility are two largely codified matters that any judicial or quasi-judicial body is in a position to address”.

¹⁵⁴ Acerca dessa questão, ver Palchetti P., *L'organo di fatto nell'illecito internazionale*, Giuffé, Milano, 2007, pp. 163-171.

competência da corte, deve ser a chave para determinar a autoridade de uma conclusão sobre direito.¹⁵⁵

¹⁵⁵Nesse ponto, ver Abi-Saab G., “La métamorphose de la fonction juridictionnelle internationale”, in *Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Pierre-Marie Dupuy*, Brill, Leiden, 2014, p. 391.

A UNIVERSALIDADE DO JUÍZO CONCURSAL: QUESTÕES SOBRE A INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL NO CONTEXTO BRASILEIRO

THE UNIVERSALITY OF THE BANKRUPTCY COURT JURISDICTION: ISSUES ON TRANSNATIONAL INSOLVENCY IN THE BRAZILIAN CONTEXT

*Renata Mota Maciel Madeira Dezem**

Resumo: A universalidade do juízo concursal é analisada como elemento fundamental para resolução das questões envolvendo insolvência transnacional. A necessidade de regulamentação da insolvência transfronteiriça é abordada no plano internacional e brasileiro, a partir da apresentação de modelos de regras de insolvência estrangeiros e das perspectivas no cenário brasileiro.

Palavras-chave: insolvência transnacional – universalidade – competência – falência – recuperação judicial

Abstract: The universality of the bankruptcy court jurisdiction is analyzed as a fundamental element for solving the issues involving transnational insolvency. The need to regulate cross-border insolvency is addressed at the international and Brazilian levels, based on the

* Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professora do Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

presentation of models of foreign insolvency rules and perspectives in the Brazilian scenario.

Keywords: cross-border insolvency – universality – jurisdiction – bankruptcy – corporate reorganization

Introdução

A constante e progressiva internacionalização das relações empresariais gera a necessidade de regras claras sobre os procedimentos que envolvam a insolvência de empresas com bens ou credores em mais de um país, relativizando a noção de soberania e dos limites de jurisdição, que já não atendem ao contexto de crise de empresas transnacionais, discutindo-se, então, o estabelecimento de regras para as insolvências transfronteiriças.

O Brasil não possui, até o momento, regras específicas sobre a insolvência transnacional, em que pese a relevância e a necessidade de regulação da matéria, até mesmo como incentivo aos investimentos no país.

Nesse contexto, a importância de analisar a insolvência transfronteiriça, tanto no plano nacional como em outras legislações, a partir dos modelos existentes, como os sistemas do territorialismo cooperativo e do universalismo modificado, bem como de documentos internacionais sobre a matéria, como a Lei Modelo da UNCITRAL.

A experiência estrangeira na regulação do tema será ilustrada com o *Chapter 15* do *Bankruptcy Code* norte-americano e o Regulamento (UE) n. 848/2015, que trata da insolvência transfronteiriça no âmbito da União

Europeia, dada a relevância de tais diplomas no contexto mundial.

Finalmente, será analisada a insolvência transnacional no contexto brasileiro, remetendo-se às normas nacionais que trataram do tema, até a edição da Lei n. 11.101/05 e, desde então, a ausência de regulação, ainda que o Projeto do novo Código Comercial traga proposta de normatização da matéria.

1. A universalidade do juízo concursal como elemento fundamental às questões sobre insolvência transnacional

A universalidade do juízo concursal, ao lado dos critérios da unidade e da indivisibilidade, constitui o centro de todo o sistema de insolvência no direito brasileiro, na medida em que serão a partir deles que se aferirá a competência deste juízo para processar e julgar questões envolvendo o estado de crise da empresa.

Assim, é do critério da unidade que se extrai qual será o juízo competente para deferir o processamento da recuperação judicial ou decretar a falência, nos termos do artigo 3º da Lei n. 11.101/05, enquanto do critério da indivisibilidade, aplicável como regra apenas à falência, decorre a competência do juízo concursal para processar ações propostas contra a falida, conforme artigo 76 da mesma Lei.

A universalidade, por sua vez, embasa a competência do juízo concursal para decidir as relações jurídicas envolvendo a empresa em crise, sempre que esse estado de crise, reconhecido pela decisão que defere o processamento da recuperação judicial, integrar o campo lógico ou imperativo daquela relação jurídica,

condicionando, de algum modo, o conhecimento e a solução que se há de dar àquela.¹⁵⁶

Esses três critérios, por certo, resolvem as questões no plano interno, ou seja, quando há dúvidas ou mesmo conflito de competência envolvendo juízos nacionais. No entanto, quando essas mesmas dúvidas ou conflito envolvem juízos vinculados a jurisdições de países diferentes, o tema ganha ainda maior complexidade.

Como resolver de forma homogênea questões envolvendo o estado de crise de empresa com filiais, bens e credores espalhados por mais de um país, constitui problema fundamental, sobretudo em um contexto globalizado, no qual se observam os efeitos das crises econômicas em diversos países e, como não poderia deixar de ser, com empresas envolvidas em operações transnacionais.

Acredita-se que a solução, para além de regras legais específicas, impõe a utilização dos critérios da unidade e da indivisibilidade e, principalmente, o reconhecimento da universalidade como elemento fundamental na busca de respostas aos problemas a serem enfrentados.

2. A necessidade de regulamentação da insolvência transnacional no cenário global

Como refere Francesco Galgano, a humanidade, ainda que de passo em passo, mas de forma constante, vem tomando consciência de sua identidade universal, mesmo que por milênios tenha vivido em comunidades fechadas, sem comunicação umas com as outras, agora recupera a

¹⁵⁶ Cf. DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **A universalidade do juízo da recuperação judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 399.

noção de pertencer a uma “aldeia global”, tão ampla quanto o globo terrestre no qual inserida¹⁵⁷.

Nesse contexto, parece inevitável reconhecer que a atividade empresarial na era pós-industrial ou informacional já não tem mais os contornos nacionais de outrora, assumindo posição transnacional, propulsora da economia e que se afasta da política e da ideia de soberania, como ocorria ao tempo da sociedade industrial¹⁵⁸.

Em síntese, a integração em escala global dos mercados financeiros propiciada pelo avanço da tecnologia altera o tempo e o espaço em que são travadas as relações econômicas, ressaltando a ideia de desterritorialização, sobretudo na organização e desenvolvimento da atividade empresarial, o que gera o risco de crises financeiras globais e sistêmicas, as quais, a propósito, tem-se assistido nos últimos anos, com destaque para os países da União Europeia¹⁵⁹.

¹⁵⁷ GALGANO, Francesco. **Lex mercatória**. Quinta Edizione. Bologna: Il Mulino, 2010, p. 273, tradução livre do seguinte trecho: “Per piccoli passi, ma con moto costante, l’umanità acquista coscienza della propria universale identità. Per millenni è vissuta all’interno di ristrette comunità, chiusa entro villaggi non comunicanti fra loro; ora va recuperando il senso della propria appartenenza ad un <<villaggio globale>>, esteso quanto il globo terracqueo in cui vive”.

¹⁵⁸ Sobre as empresas transnacionais no Brasil, ver PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Um estudo sobre as empresas multinacionais no Brasil**. *Rev. adm. empres.* [online]. 1976, vol.16, n.1, pp. 42-45, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rae/v16n1/v16n1a06.pdf>, acessado em 01/10/2013.

¹⁵⁹ Embora não seja exatamente o foco do presente artigo, mas por guardar relação com a ideia de transnacionalidade das relações econômicas e empresariais, é interessante destacar que José Eduardo Faria apresenta algumas tendências que poderiam atenuar o risco sistêmico e mesmo as crises financeiras globais, dentre as quais a unificação legislativa, que parte da ideia de que o mercado financeiro é global, dinâmico comunicativamente, o que tornaria adequada a homogeneização da legislação financeira e da regulação dos valores mobiliários, inclusive com a criação de órgãos mundiais, como uma tentativa para solucionar esse complexo desafio normativo, evitando-se o seu vazamento para áreas com pouco ou débil regulação, avançando-se, pois,

Em matéria de insolvência, portanto, não poderia ser diferente. Como é sabido, a crise de uma empresa pode afetar todo o mercado, assim como os *stakeholders* envolvidos e, tratando-se de empresa com ativos ou credores em mais de um país, evidente a necessidade da melhor coordenação possível, em benefício dos bens da massa, dos credores e demais interessados.

Para solucionar essas questões é que algumas iniciativas têm buscado uniformizar o procedimento de insolvência transfronteiriça, com o escopo de tornar as legislações concursais mais eficientes e eficazes ao tratarem de situações envolvendo bens ou credores localizados em mais de um país.

Nesse aspecto, a Lei Modelo da UNCITRAL tem por finalidade ajudar os Estados a dotar suas legislações nacionais de insolvência de um marco legislativo moderno para resolver com maior eficácia os casos de insolvência transfronteiriça, nos quais a devedora se encontre em situação financeira precária ou de insolvência, a partir de mecanismos de coordenação e cooperação entre jurisdições diversas, sem que para isso seja necessária a unificação das leis propriamente, o que por certo seria praticamente impossível, dadas as peculiaridades dos sistemas jurídicos de cada país¹⁶⁰.

A própria exposição das finalidades da referida Lei Modelo destaca o aumento significativo do número de insolvências transfronteiriças e o risco que a ausência de regras pode causar, na medida em que os critérios adotados por cada um dos países envolvidos ficaria descoordenado,

para uma nova ordem política e normativa que não se satisfaz com a velha dicotomia entre regulação nacional e intergovernamental (FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34-36).

¹⁶⁰ Conforme exposição das finalidades da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência Transfronteiriça, disponível em https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law, acessado em 5.1.2019.

gerando evidentes conflitos e obstáculos aos bens das empresas em crise, bem como dificultando a reabilitação dessas empresas¹⁶¹.

Como bem pondera Manuel María Sánchez Álvarez, a insolvência transfronteiriça é um fenômeno cada vez mais frequente e os Estados devem prever respostas a esses problemas¹⁶², que estão relacionados, normalmente, ao fato de o devedor poder ter sua administração central em um Estado e os seus bens essenciais em outros e, ainda, seus credores em um terceiro, ao passo que para resolver o problema é necessário um modelo de insolvência transfronteiriça eficaz¹⁶³, particularmente para o desenvolvimento da economia e dos mercados globais¹⁶⁴.

O certo é que entre os modelos de insolvência encontrados nas legislações dos países verificam-se muitas

¹⁶¹ Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência Transfronteiriça, disponível em https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law, acessado em 5.1.2019.

¹⁶² Nesse sentido, refere POTTOW, John A. E. “Procedural incrementalism: a model for internacional bankruptcy”. **Virginia Journal of International Law**, vol. 45, n. 4, 2005, pp. 935-1015, p. 943: “An increasing number of businesses have begun to transcend national boundaries in recent decades. When a transnational firm encounters financial crisis, it thus presumptively engages the regulatory scope of more than one country’s bankruptcy regime. This presents a classic conflict of laws situation, replete with the traditional choice-of-law concerns. Of particular interest are the legitimacy of the extraterritorial reach of one country’s laws to govern the distribution of assets located in another jurisdiction, the actual or constructive expectations of stakeholders regarding the applicable laws, and the balance between comity and the assertion of sovereign entitlement.”

¹⁶³ Sobre a eficiência do sistema de insolvência norte-americano e que serve de reflexão para os demais sistemas, dado o enfoque da abordagem, recomenda-se a leitura do texto de Elizabeth Warren, denominado “Bankruptcy policy making in an imperfect world” *in* **Michigan Law Review**, pp. 336-387.

¹⁶⁴ ÁLVAREZ, Manuel María Sánchez. Modelos de insolvencias transfronterizas y conceptos de centro de intereses principales y establecimiento. **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, n. 11, 2009, pp. 159-238, p. 161.

diferenças, mostrando-se complexa qualquer tentativa de unificação. De qualquer forma, a partir da qualificação do que seja um procedimento de insolvência e a definição das suas características fundamentais, acredita-se, seria possível criar um modelo adequado de tratamento da insolvência transfronteiriça.

Nesse aspecto, costuma-se classificar em dois os modelos legislativos de insolvência transnacional, justamente em função da incapacidade de o territorialismo tradicional atingir suficientemente os objetivos de um procedimento de insolvência que envolva mais de um país.

Há o modelo do territorialismo cooperativo e do universalismo, dividindo-se esse último em dois submodelos, chamados de universalismo puro e universalismo modificado.

Como refere Manuel María Sánchez Álvarez:

Apesar de las diferencias que los separan, los tres modelos comparten dos premissas. La primera consiste en la convicción de que para cualquier modelo de insolvencia transfronteriza resulta central adoptar un punto de vista unificado de esa insolvencia. La segunda es la constatación de que, cualquier modelo, incluso el MUP sólo puede funcionar sobre la base de la colaboración entre los Estados implicados en la insolvencia. Existe un cuarto modelo, el denominado de contractualismo, en que la compañía elige el derecho de insolvencia al que se sometería

llegado el caso, que no es objeto de consideración en este trabajo, al no tener en la actualidad concreción legislativa relevante¹⁶⁵.

De qualquer modo e seja qual for o modelo adotado, como adverte John A. Pottow o “problema” da insolvência transnacional pode não passar apenas pela escolha da lei que regulará o processo de insolvência nos casos de devedor em múltiplas jurisdições, pois, em uma abordagem moderna, pode-se buscar encontrar um conjunto de regras que melhor atendam um eficiente sistema de comércio internacional¹⁶⁶.

Para analisar o caminho brasileiro em matéria de insolvência transfronteiriça, portanto, ainda que se busquem modelos disponíveis para a escolha do mais adequado ao contexto nacional, não se poderá perder de vista os interesses envolvidos, que incluem a eficiência do sistema de comércio internacional, o qual, em última análise, é influenciado pelos sistemas jurídicos concursais.

3. Modelos de insolvência transnacional

Como visto, os modelos de insolvência transnacional são basicamente dois: territorialismo e universalismo. O primeiro divide-se em territorialismo tradicional e territorialismo cooperativo, enquanto o segundo divide-se em universalismo puro e universalismo modificado.

¹⁶⁵ Op. cit., p. 165.

¹⁶⁶ POTTOW, John A. E. “Procedural incrementalism: a model for international bankruptcy”. *Virginia Journal of International Law*, vol. 45, n. 4, 2005, pp. 935-1015, p. 944.

Desde logo é preciso dizer que o modelo do territorialismo tradicional leva em conta, exclusivamente, o local do principal estabelecimento da falida, como se fosse possível remeter a essa jurisdição questões relacionadas às atividades da devedora em outros países, o que incluiria bens e credores localizados perante outras jurisdições.

Parece evidente que essa solução serve para o ambiente interno, ou seja, dentro do país para fixação de competência, mas não resolve os problemas envolvendo conflitos entre jurisdições, razão pela qual não pode ser adotado no ambiente transnacional, dada a evidente incompatibilidade e ineficiência.

Afastado esse primeiro modelo, cabe analisar os modelos do territorialismo cooperativo e do universalismo, esse último nas versões pura e modificada.

3.1 Modelo de territorialismo cooperativo

Esse modelo parte da ideia de que os Tribunais de cada país só têm competência até onde chegue a sua soberania e, por consequência, se a devedora atua ou tem bens em mais de um Estado é necessária a colaboração entre os Estados afetados, a partir da competência de cada um desses.

Como refere Manuel María Sánchez Álvarez, os defensores desse modelo afirmam que o modelo do universalismo modificado não funciona porque parte da noção de centro principal de interesses da devedora, tratando-se de conceito vago e carente de significado¹⁶⁷.

¹⁶⁷ ÁLVAREZ, Manuel María Sánchez. “Modelos de insolvencias transfronterizas y conceptos de centro de intereses principales y

De qualquer modo, a indagação que se faz é se há, efetivamente, cooperação em um sistema que trabalha com a rígida noção de território. Além disso, os problemas apontados no sistema do universalismo modificado parecem contornáveis, sobretudo em relação à exata noção do que seja centro de interesses principais da devedora, como ser verificado adiante.

3.2 Modelo de universalismo

Esse modelo, em qualquer de seus dois submodelos, tem a característica de diferenciar, cuidadosamente, a ideia de eleição de foro e de eleição do direito aplicável nos casos de insolvência e que não precisam necessariamente coincidir. Além disso, o direito aplicável à insolvência será aquele estabelecido pelo Estado de abertura do procedimento¹⁶⁸.

Enquanto no universalismo puro a ideia seria um procedimento de caráter universal, que abarcaria as questões nacionais e internacionais relacionadas à devedora, no universalismo modificado, ainda que se reconheça um procedimento principal, haveria a possibilidade de abertura de procedimentos secundários, para tratar de questões específicas.

No caso da Lei Modelo da UNCITRAL, ao que parece, houve opção pelo modelo do universalismo modificado. A propósito, na prática, nenhum Estado significativo adotou o modelo de universalismo puro e o modelo de territorialismo cooperativo, mesmo porque o modelo do universalismo modificado constitui o próprio aprimoramento dos demais modelos, razão pela qual

establecimiento”. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 11, 2009, pp. 159-238, p. 165.

¹⁶⁸ Op. cit.

parece realmente o mais adequado para tutelar os interesses envolvidos em uma insolvência transnacional, ainda que necessite de ajustes.

4. Experiências estrangeiras na regulação da insolvência transnacional

Diversos países apresentam regras específicas em matéria de insolvência transnacional¹⁶⁹, muitos seguindo as próprias diretrizes da Lei Modelo da UNCITRAL e as recomendações do Banco Mundial.

Sem qualquer tentativa de esgotar o tema, optou-se por duas regulamentações reputadas relevantes, quais sejam, o *Chapter 15* do *Bankruptcy Code* norte-americano e o Regulamento (UE) n. 848/2015, no âmbito da União Europeia, seja pela abrangência, seja pela bem sucedida experiência em matéria de insolvência transnacional.

Os Estados Unidos adotaram, praticamente na íntegra, a Lei Modelo da UNCITRAL, quando da reforma do *Bankruptcy Code*, com o *Chapter 15*, denominado *Ancillary and Other Cross-Border Cases*¹⁷⁰.

Na verdade, a lei norte-americana, por meio da *Section 304*, já versava sobre o reconhecimento de

¹⁶⁹ É importante destacar que muitos países têm se preocupado com a insolvência transnacional, justamente em função da gama de atividades comerciais envolvendo mais de um país, reconhecida a importância da regulamentação da insolvência transnacional para a segurança de tais relações. Como curiosidade, veja-se o artigo de Kazuhiko Yamamoto, denominado “New Japanese Legislation on cross-border insolvency: as compared with the UNCITRAL Model Law”. **The Japanese Annual of International Law**, n. 43, 2000, p. 83-116. Ainda, SMART, P. St. J. *International Insolvency: ancillary winding up and the foreign corporation*. **International and Comparative Law Quarterly**, pp. 827-855.

¹⁷⁰ CLARK, Leif. M. **Ancillary and Other Cross-Border Insolvency Cases Under Chapter 15 of the Bankruptcy Code**. Newark: LexisNexis, 2008, p. 17.

processos estrangeiros, com a abertura de um processo auxiliar. Além disso, não houve maiores problemas na absorção de regras de coordenação entre os juízos pela legislação norte-americana, até porque já havia um importante histórico de insolvências transnacionais quando da entrada em vigor do *Chapter 15*¹⁷¹.

Normalmente o processo aberto a partir das regras do *Chapter 15* é um processo auxiliar, enquanto o processo principal é aberto em outro país, em relação ao qual requer-se ao Tribunal de Falências dos Estados Unidos o reconhecimento, com a consequente suspensão automática de outras medidas no País, a fim de garantir os bens da devedora estrangeira localizados nos Estados Unidos, com medidas de coordenação entre os juízos.

O Regulamento (UE) n. 848/2015¹⁷², por sua vez, sucedeu o Regulamento (CE) n. 1.346/2000, que tratava da insolvência transnacional anteriormente e vigorou desde 31 de maio de 2002¹⁷³. O Regulamento de 2000 já

¹⁷¹ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado**. Tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013, p. 110.

¹⁷² Sobre o tema na Espanha, ainda que tratando do Regulamento anterior sobre insolvência transnacional, ver MACIAS, Isabel Candelario. A articulação entre o Regulamento (CE) n. 1.346/2000, relativo aos processos de insolvência comunitários, e a Ley n. 22/2003, sobre o regime concursal espanhol. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, n. 155/156, ano XLIX, agosto-dezembro/2010, pp. 213-224, p. 214.

¹⁷³ É interessante observar o entusiasmo de autores europeus como Luigi Fumagalli, que em 2001, ou seja, ainda no período da *vacatio legis* do Regulamento (CE) n. 1.346/2000, ao destacar: “La disciplina uniforme relativa alla competenza internazionale, alla legge applicabile ed al riconoscimento delle decisioni straniere in materia di insolvenza introdotta con il regolamento n. 1346/2000 costituisce senz’altro un notevole progresso rispetto alle soluzioni disomogenee altrimenti affermate nel diritto interno degli Stati membri (77): la creazione di meccanismi di coordinamento nell’esercizio della giurisdizione fallimentare riduce grandemente la possibilità di conflitti: le disposizioni in tema di legge applicabile tengono adeguatamente conto degli interessi locali: le regole sul riconoscimento e l’esecuzione consentono una circolazione semplificata delle decisioni adottate dai giudici degli Stati

vinculava todos os países da União Europeia, com exceção da Dinamarca¹⁷⁴ e buscava coordenar, a partir de regras vinculantes, os processos de insolvência que envolvessem mais de um país.

Em síntese, tanto o Regulamento vigente como o anterior, tiveram por finalidade favorecer o bom funcionamento do mercado único europeu, estabelecendo um sistema que evitasse o *forum shopping*¹⁷⁵, entendido aqui como incentivos para transferir bens ou litígios de um Estado para outro, em busca de uma posição jurídica mais favorável¹⁷⁶.

Além disso, o Regulamento europeu busca fixar critérios que determinam o Estado competente para a abertura do concurso; estabelecer o direito aplicável a cada aspecto de cada um dos procedimentos; estabelecer os critérios de colaboração entre os distintos procedimentos,

membri” (FUMAGALLI, Luigi. “Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza”. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3, 2001, pp.677-709).

¹⁷⁴ Um breve histórico sobre as tentativas de regulamentação da insolvência transnacional na Europa pode ser encontrado em MUNIAIN, Roman Oriá Fernandez. La quebra internacional. **Revista de derecho privado**, febrero, 1998, pp. 142-151.

¹⁷⁵ Nesse sentido, destaca-se a opinião de BUREAU, Dominique. La fin d’un flôt de résistance Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d’insolvabilité. **Revue critique de droit international privé**, n. 4, octobre-décembre, 2002, pp. 613-679, p. 637: “L’harmonisation des règles de compétence internationale conduira donc à une réduction du nombre des juridictions susceptibles d’ouvrir une procédure d’insolvabilité. Au sein de l’espace communautaire, il s’est ainsi agi de limiter le risque de pluralité de faillites et d’éviter le *forum shopping*, en maintenant toutefois la possibilité d’ouvrir une procédure à l’encontre d’entreprises ayant un simple établissement sur le territoire d’un Etat membre parallèlement à celle pouvant être ouverte sur le territoire d’un Etat membre où le débiteur aurait le centre de ses intérêts principaux la pluralité ainsi maintenue est le fruit d’un compromis imposé à l’encontre du principe de l’unité de la faillite, estimé trop ambitieux et donc inaccessible. Au-delà, l’harmonisation est d’autant plus importante qu’en matière de procédures collectives la détermination du tribunal compétent conditionne assez largement la résolution du conflit de lois”.

¹⁷⁶ ÁLVAREZ, Manuel María Sánchez. “Modelos de insolvencias transfronterizas y conceptos de centro de intereses principales y establecimiento”. **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, n. 11, 2009, pp. 159-238, p. 174.

de maneira tal que não surjam disputas entre eles; estabelecer o reconhecimento automático da abertura do procedimento estrangeiro (comunitário), ou seja, sem a necessidade do *exequatur*.

O Regulamento (CE) n. 1346 de 2000, assim como o Regulamento (UE) n. 848/2015, adotaram o modelo do universalismo modificado¹⁷⁷, no qual se destaca a importância das noções de “centro dos interesses principais - CIP” e de “estabelecimento”, e que são os que determinam o Estado competente para declarar a insolvência e o âmbito das competências do juiz que conhece desse processo. Em qualquer hipótese, aplica-se a *Lex Forum Concursum*, ou seja, o direito resultante da aplicação das regras estabelecidas para tal fim no próprio modelo¹⁷⁸.

5. A Lei n. 11.101/05 e a ausência de regras sobre insolvência transnacional

A Lei n. 11.101/05 não traz qualquer regra sobre a insolvência transnacional ou mesmo sobre o reconhecimento de sentenças estrangeiras relacionadas à insolvência, fato que constitui omissão importante e que deveria, o quanto antes, ser contornada.

Nem sempre foi assim. Carvalho de Mendonça, após mencionar o celeuma que o tema despertava à época em todo o mundo, quanto à adoção do sistema do

¹⁷⁷ STARACE, Vincenzo. “La disciplina comunitária delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere”. **Rivista di Diritto Internazionale**, n. 2, 2002, pp. 295-308, p. 307, expõe que o Regulamento (CE) n. 1.346/2000 acolheu e harmonizou elementos do modelo universalista e do modelo territorial de insolvência transnacional.

¹⁷⁸ ÁLVAREZ, Manuel María Sánchez. “Modelos de insolvencias transfronterizas y conceptos de centro de intereses principales y establecimiento”. **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, n. 11, 2009, pp. 159-238, p. 168.

universalismo ou do territorialismo, conclui que a lei de falências e concordatas em vigor aquele tempo (Lei n. 2.024 de 1908) não se filiou a nenhum dos dois sistemas, pois estabeleceu uma fórmula intermediária ou mista, que permitia e facilitava a escolha temporária ou definitiva por uma ou outra teoria, especialmente porque o artigo 166 daquela Lei possibilitava que a matéria fosse regulada em tratado ou convenção, prevalecendo o que nesses fosse estipulado¹⁷⁹.

Posteriormente, em 1929, a Lei 5.746 versou sobre o tema, embora mantendo a ideia central, com algumas alterações.

Ainda em 1929, o Código de Bustamante foi ratificado pelo Brasil, destacando-se que dentre as matérias de direito internacional privado versadas incluía-se a insolvência, com a previsão do modelo universalista mitigado, mas que foi pouco utilizado, dada a aplicação prática restrita daquele¹⁸⁰.

O Código de Processo Civil de 1939, por sua vez, trazia regras expressas sobre a insolvência transnacional, ainda que pouco detalhadas, mas que foi revogado pelo Código de 1973, que não tratou do tema¹⁸¹.

De qualquer modo, o Decreto-Lei n. 7.661/45 não repetiu a regulamentação em questão, mantendo apenas a

¹⁷⁹ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X.. **Tratado de Direito Commercial Brasileiro**. Vol. VIII. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1934, p. 470.

¹⁸⁰ CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado**. Tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013, p. 159-160.

¹⁸¹ Nesse sentido, ver CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado**. Tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013, p. 162-164.

menção do artigo 7º sobre a devedora que tenha filial de outra situada fora do Brasil, em uma posição eminentemente territorialista e direcionada à competência interna, somada ao disposto no artigo 788 do Código de Processo Civil da época, sobre a homologação de sentença estrangeira de falência.

Sobre o tema, Trajano de Miranda Valverde destacava que o sistema da universalidade da falência sofria uma “grande brecha”, impondo tratamento desigual entre credores de uma mesma devedora, em benefício de credores locais, defendendo o crédito interno e assegurando a permanência de valores em seu território¹⁸².

A Lei n. 11.101/05, por sua vez, deixou de tratar adequadamente da matéria, o que parece injustificável diante da realidade na qual editada, sem perder de vista os movimentos de alteração das leis concursais ao redor do mundo, que levaram em conta as diretrizes do Banco Mundial em matéria de insolvência e nas quais constava menção ao tratamento da falência transnacional. O contrário ocorria quando da edição do Decreto-Lei n. 7.661/45 e mesmo da Lei n. 2.024 de 1908, a ponto de Carvalho de Mendonça sustentar, no ano de 1934, que a Lei n. 2.024 teria acentuado o caráter executivo da falência, ao passo que as leis executivas seriam eminentemente territoriais, não vendo vantagem no sistema universalista de tratamento da insolvência transnacional¹⁸³.

¹⁸² VALVERDE. Trajano de Miranda. **Comentário à Lei de Falências**. Volume I. 3ª edição. São Paulo: Forense, 1962, p. 98.

¹⁸³ CARVALHO DE MENDONÇA, J. X.. **Tratado de Direito Commercial Brasileiro**. Vol. VIII. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1934, p. 469. Nessa mesma passagem, explica o grande comercialista: “A distância que nos separa dos grandes centros comerciais da Europa e da América do Norte e a nossa situação de país novo, precisando de concurso da imigração, constituem, especialmente, empecilhos para a adoção daquele sistema”, que no caso é o do universalismo. Como se vê, houveram muitas mudanças desde então.

Portanto, o Brasil perdeu uma boa oportunidade para regular a matéria¹⁸⁴, a partir da edição da Lei n. 11.101/05.

6. Perspectivas no cenário brasileiro

A ausência de previsão da insolvência transnacional na Lei n. 11.101/05 pode ser sanada com os recentes debates em torno do Projeto do novo Código Comercial – Projeto de Lei do Senado n° 487, de 2013, elaborado por comissão de juristas e apresentado pelo senador Renan Calheiros.

A última versão do Projeto de Lei traz título específico sobre a falência e a recuperação judicial transnacionais, a partir do artigo 935.

Há regras sobre as formas de cooperação entre os juízos brasileiro e estrangeiro, como a indicação de funcionário ou agente auxiliar da justiça a quem deve o juízo falimentar estrangeiro reportar-se; troca de informações, ainda que sigilosas, com o juízo falimentar estrangeiro; coordenação com o juízo falimentar estrangeiro das medidas de administração dos bens do devedor objeto de constrição judicial; bem como a

¹⁸⁴ A propósito da regulamentação da matéria da insolvência transnacional por outros países, nos moldes da Lei Modelo da UNCITRAL, veja-se a relação constante em http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model_statu_s.html, na qual constam os países e os respectivos anos das leis que regularam a matéria, a saber: Austrália em 2008, Canadá em 2005, Colômbia em 2006, Eritreia em 1998, Eslovênia em 2007, Estados Unidos de América em 2005, Grécia em 2010, Japão em 2000, Maurício em 2009, México em 2000, Montenegro em 2002, Nova Zelândia em 2006, Polônia em 2003, Grã Bretanha em 2006, Ilhas Virgens Britânicas em 2003, República de Coréia em 2006, Romênia em 2002, Sérvia em 2004, África do Sul em 2000 e Uganda em 2011.

coordenação das decisões adotadas nos processos falimentares em curso.

A tônica das regras é a coordenação entre os juízos, com a desburocratização, tanto que há previsão de que que solicitações e comunicações referentes à cooperação judiciária internacional independem de carta rogatória, intermediação de órgão diplomático ou consularização, assim como deve o juiz brasileiro priorizar a utilização de mensagens eletrônicas, telefone e videoconferência para as comunicações com juiz estrangeiro.

As medidas são importantes e se coadunam com a Lei Modelo da UNCITRAL sobre a insolvência transnacional, ainda que constituam uma inovação na própria forma de condução do processo de insolvência pela sistemática brasileira.

A previsão do Projeto do novo Código Comercial é salutar e constitui um primeiro passo, ainda que, certamente, deva passar por aprimoramentos, sobretudo em relação às especificações dos efeitos do reconhecimento da insolvência estrangeira no país em relação aos direitos dos credores e a administração dos bens da falida.

Por outro lado, enquanto não há regras específicas sobre a matéria, o caminho é a homologação da decisão de abertura da insolvência estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça, nos moldes da competência estabelecida pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

Conclusões

O Brasil, nos últimos anos, negligenciou a insolvência transnacional, em que pese a necessidade de

sua regulamentação, tanto que no cenário global encontram-se diversas tentativas de estabelecer regras claras e eficientes para o trato da matéria.

A propósito, é interessante notar que nos ordenamentos contemporâneos o procedimento concursal não busca apenas resguardar a *par condicio creditorum*, mas tem ampla função, protegendo uma vasta gama de interesses e que, em última análise, levam em conta o equilíbrio do mercado e o reforço da competitividade entre os mercados internos¹⁸⁵, o que é salutar, também, em matéria de insolvência transnacional, com reflexos no interesse de investimento em países com regras seguras e eficientes sobre o tema.

Entre os sistemas de insolvência transnacional, o do universalismo modificado parece atender melhor às necessidades contemporâneas, pois a noção de soberania e limitação de jurisdição esbarra na chamada desterritorialização, que envolve não só a economia mundial, mas também a atividade empresarial. Assim, a fixação de processos principal e acessórios para o tratamento da insolvência que envolve credores e bens localizados em mais de um país mostra-se eficiente, como se pode constatar do *Chapter 15* do *Bankruptcy Code* norte-americano e do Regulamento (UE) n. 848/2015.

Ainda que a Lei n. 11.101/05 não tenha tratado do tema, viu-se que há perspectiva no cenário brasileiro, a partir do Projeto do novo Código Comercial.

De qualquer modo, seja por meio do futuro Código Comercial, seja por alteração da própria Lei n. 11.101/05, é chegada a hora de o Brasil inserir-se no cenário mundial da insolvência transnacional, na esteira da

¹⁸⁵ BENEDETTELLI, Massimo V. “Centro degli interessi principali del debitore e fórum shopping nella disciplina comunitária delle procedure di insolvenza transfrontaliera”. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, n. 2, 2004, 499-530, p. 529.

Lei Modelo da UNCITRAL, diretriz seguida por legislações de vários países, em uma tentativa de encurtar distâncias e resolver conflitos, por meio da coordenação e cooperação entre os juízos.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Manuel María Sánchez. “Modelos de insolvencias transfronterizas y conceptos de centro de intereses principales y establecimiento”. **Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal**, n. 11, 2009, pp. 159-238.

BENEDETTELLI, Massimo V. “Centro degli interessi principali del debitore e fórum shopping nella disciplina comunitária delle procedure di insolvenza transfrontaliera”. **Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale**, n. 2, 2004, 499-530.

BUREAU, Dominique. La fin d’un îlot de résistance Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d’insolvabilité. **Revue critique de droit international privé**, n. 4, octobre-décembre, 2002, pp. 613-679.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado**. Tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Commercial Brasileiro**. Vol. VIII. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1934.

CLARK, Leif. M. **Ancillary and Other Cross-Border Insolvency Cases Under Chapter 15 of the Bankruptcy Code**. Newark: LexisNexis, 2008.

DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **A universalidade do juízo da recuperação judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FUMAGALLI, Luigi. “Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza”. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 3, 2001, pp.677-709.

GALGANO, Francesco. **Lex mercatória**. Quinta Edizione. Bologna: Il Mulino, 2010.

MACIAS, Isabel Candelario. A articulação entre o Regulamento (CE) n. 1.346/2000, relativo aos processos de insolvência comunitários, e a Ley n. 22/2003, sobre o regime concursal espanhol. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, n. 155/156, ano XLIX, agosto-dezembro/2010, pp. 213-224.

MUNIAIN, Roman Oria Fernandez. La quebra internacional. **Revista de derecho privado**, febrero, 1998, pp. 142-151.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Um estudo sobre as empresas multinacionais no Brasil**. *Rev. adm. empres.* [online]. 1976, vol.16, n.1, pp. 42-45, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rae/v16n1/v16n1a06.pdf>, acessado em 01/10/2013.

POTTOW, John A. E. “Procedural incrementalism: a model for internacional bankruptcy”. **Virginia Journal of International Law**, vol. 45, n. 4, 2005, pp. 935-1015.

SMART, P. St. J. International Insolvency: ancillary winding up and the foreign corporation. **International and Comparative Law Quarterly**, pp. 827-855.

STARACE, Vincenzo. “La disciplina comunitária delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere”. **Rivista di Diritto Internazionale**, n. 2, 2002, pp. 295-308.

UNCITRAL. **Lei Modelo sobre Insolvência Transfronteiriça**. Disponível em https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law, acessado em 5.1.2019.

VALVERDE. Trajano de Miranda. **Comentário à Lei de Falências**. Volume I. 3ª edição. São Paulo: Forense, 1962.

WARREN, Elizabeth. “Bankruptcy Policymaking in an imperfect world”. **Michigan Law Review**, pp. 336-387.

YAMAMOTO, Kazuhiko. “New Japanese Legislation on cross-border insolvency: as compared with the UNCITRAL Model Law”. *The Japanese Annual of International Law*, n. 43, 2000, p. 83-116.

A ADOÇÃO DA LICENÇA PARENTAL EM SUBSTITUIÇÃO DAS LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE: COMO MEDIDA DE IGUALDADE DE GÊNERO.

THE ADOPTION OF PARENTAL LICENSE IN SUBSTITUTION OF THE MATERNITY AND PATERNITY LICENSES: AS A MEASURE OF GENDER EQUALITY.

*André dos Santos Gonzaga**
*Igor Henrique Amaral Vasconcelos***

Resumo

A presente pesquisa tem como centro as licenças-maternidade e paternidade previstas na legislação brasileira para os trabalhadores e trabalhadoras. O objetivo da pesquisa é apresentar e verificar de forma crítica a concretização da proteção à maternidade como direito fundamental, e como as licenças-maternidade e paternidade funcionam como forma de proteção da família e da sociedade. Será analisada a duração das licenças-maternidade e paternidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a exigência da atual sociedade em formar novos conceitos para entidade familiar e para licenças-maternidade e paternidade. Por fim será estudada a licença parental como medida de igualdade

* Mestrando em “Proteção dos Direitos Fundamentais” do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – da Universidade de Itaúna - UIT e graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – FDCL.

** Mestrando em “Proteção dos Direitos Fundamentais” do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – da Universidade de Itaúna - UIT e graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna.

de gênero, e a experiência da licença parental em Portugal, em substituição às licenças maternidade e paternidade. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, baseada em fontes primárias e secundárias, sendo utilizado o método indutivo, com o objetivo de analisar a evolução dessas licenças para a licença parental.

Palavras-chave: Licença Maternidade; Licença Paternidade; Direitos Fundamentais; Licença Parental; Igualdade de gênero.

Abstract

The present research centers on the maternity and paternity leave provided for in Brazilian legislation for workers. The objective of the research is to present and verify in a critical way the concretization of maternity protection as a fundamental right, and how maternity and paternity leave work as a way of protecting family and society. The duration of the maternity and paternity leave in the Brazilian legal system will be analyzed, as well as the current society's requirement to form new concepts for family entities and for maternity and paternity leave. Finally, parental leave will be studied as a measure of gender equality and the experience of parental leave in Portugal, replacing maternity and paternity leave. The methodology used was the bibliographic review, based on primary and secondary sources, using the inductive method, with the objective of analyzing the evolution of these licenses for parental leave.

Keywords: Maternity leave; Paternity leave; Fundamental rights; Parental Leave; Gender equality

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar o instituto jurídico da licença maternidade e da licença paternidade como direito fundamental do trabalhador e da trabalhadora.

A lei formalmente prevê critérios diferenciados para homens e mulheres no momento da concessão da licença maternidade e paternidade, em especial ao tempo de duração.

Entretanto, como pondera ALMEIDA (2015), a entidade familiar é regida por direitos e obrigações recíprocos, regulados pela solidariedade e corresponsabilidade. Sendo assim, em especial atenção à evolução da sociedade no que tange os direitos e deveres do casal em prol da igualdade de gênero, não é correto manter ou criar condições diferenciadas que justifiquem a redução ou inexistência de direitos para qualquer dos progenitores.

O artigo pretende analisar de forma comparada o direito português no que tange a licença maternidade e licença paternidade naquele país, uma vez que a legislação portuguesa passou a adotar a licença parental, tendo em vista a evolução dos trabalhadores e trabalhadoras no mercado de trabalho, buscando uma maior igualdade de gênero e uma participação mais equitativa nos primeiros meses de cuidado da criança recém nascida ou adotada.

Primeiramente, serão abordadas as licenças-maternidade e paternidade como direito fundamental do trabalhador e da trabalhadora, bem como um direito fundamental da criança, além de ser uma forma de proteção da família e da sociedade.

Dando continuidade, será analisada a duração das licença-maternidade e paternidade no nosso ordenamento jurídico, apresentando o referencial legal constantes na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do

Trabalho, bem como o praticado pela Organização Internacional do Trabalho, entre outros institutos legais. Será analisada, ainda, a exigência da atual sociedade em formar novos conceitos para entidade familiar e para licenças-maternidade e paternidade.

Por fim será estudada a licença parental como medida de igualdade de gênero, e a experiência da licença parental em Portugal, em substituição às licenças maternidade e paternidade, e a possibilidade de se adotar esse novo instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

2. METODOLOGIA UTILIZADA

A técnica de pesquisa adotada para alcançar os objetivos propostos é a análise bibliográfica, que abrange além da legislação nacional, legislação estrangeira (Portugal), tratados e convenções internacionais, a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, entre outros.

Para se alcançar os objetivos propostos, com maior segurança e economia, através de conhecimentos válidos e verdadeiros, é necessária a adoção de um método, conjunto de atividades sistêmicas e racionais, para traçar o caminho a ser seguido. O método adotado é o da indução, que pode ser definido, Marconi e Lakatos (2003), como o processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

Assim, com base na pesquisa bibliográfica e no método indutivo pretende-se alcançar os objetivos propostos na presente pesquisa.

3. A PROTEÇÃO À MATERNIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Entende-se como direitos fundamentais aqueles imprescindíveis para garantir o mínimo de dignidade ao ser humano, como ensina Marçal Justem Filho, para quem o direito fundamental *“consiste em um conjunto de normas jurídicas, previstas primariamente na constituição e destinadas a assegurar a dignidade humana em suas diversas manifestações, de que derivam posições jurídicas para os sujeitos privados e estatais.”* (JUSTEM FILHO, 2012, p. 140).

Direitos Fundamentais são situações jurídicas essenciais sem as quais o homem *“não se realiza, não convive e, às vezes nem sobrevive; fundamentais do homem no sentido que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.”* (SILVA, 2004, p. 191).

Os direitos fundamentais não são estanques, ao contrário, evoluem, modificam-se de acordo com a sociedade, mantendo apenas seu núcleo essencial, essa é a tese da construção gradual dos direitos fundamentais. Como ensina Norberto Bobbio, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesas de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p. 5).

No ordenamento jurídico brasileiro os direitos fundamentais encontram-se previstos na Constituição

Federal de 1988, dotados de proteção especial pela condição de cláusulas pétreas, não sendo permitida alteração *in pejus*, conforme determina o art.

60, §4^a, IV da CF/88, transcrito abaixo:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I- a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV- os direitos e garantias individuais.
(BRASIL, 2017)

Como ensina Daniel Gemignani e Maria Aparecida Asta Gemignani, os direitos fundamentais possuem eficácia ou aplicabilidade imediata por força constitucional. Esta eficácia pode ser compreendida sob os planos vertical e horizontal. Diz-se eficácia vertical quando a aplicabilidade dos direitos fundamentais está consubstanciada nas relações entre o Estado e particulares; por outro lado, considera-se eficácia horizontal, que implica na incidência ou aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (GEMIGNANI; GEMIGNANI, 2009, p. 26).

Neste contexto, pode-se afirmar que o art. 7º da Constituição Federal possui matiz fundamental, e sua interpretação deve ser feita de modo harmônico e sistematizado com as demais normas constitucionais. Atualmente o direito às licenças maternidade e paternidade

está estabelecido no artigo 7º, incisos XVIII e XIX, classificados como um direito fundamental de natureza social. Diante dessa informação é possível constatar que a proteção às licenças-maternidade e paternidade possui caráter de direito fundamental, capaz de garantir ao sujeito o exercício e a utilização de direitos em condições igualitárias, com conseqüente dignidade e proteção pelo Estado.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; (BRASIL, 2017).

O direito às licenças-maternidade e paternidade não está previsto apenas na Constituição Federal, existindo uma gama de instrumentos internacionais e nacionais que corroboram com a proteção e garantia desse direito fundamental. No plano internacional podemos citar as Convenções Internacionais sobre a proteção da maternidade adotadas pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, tais como: nº 3 (1919); nº 103 (1952) e a de nº 183 (2000).

Ainda em sede constitucional, temos previsão das licenças-maternidade e paternidade no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição

Federal, no art. 10, § 1º. Já em sede infraconstitucional temos previsões na Consolidação das Leis Trabalhistas, nos art. 392 e seguintes e art. 473, III,

bem como na legislação previdenciária. A última alteração legislativa sobre a matéria a nível nacional está prevista na Lei n. 12.873/2013, que modificou a redação dos artigos da CLT, incorporando aos mesmos os avanços jurisprudenciais sobre o tema, a saber: licença nos casos de guarda e adoção.

O direito às licenças-maternidade e paternidade busca garantir a dignidade da pessoa humana do trabalhador, uma vez que este é o objetivo nuclear do Direito do Trabalho. No entendimento de Juliane Caravieri Martins Gamba, *"Somente com a valorização do ser humano, enquanto ser que sobrevive, trabalha e interage com outros e com respeito de suas diferenças pelo Direito, pela Sociedade e pelo próprio Estado, será possível apreender a dignidade do trabalhador."* (GAMBA, 2010, p. 32).

Entendimento semelhante é compartilhado por Milton Vasques Thibau de Almeida, ao ensinar sobre a valorização do capital humano dentro das empresas:

A política de gestão de pessoas contemporânea destaca o aumento da importância do capital humano dentro das empresas e o alinhamento dos benefícios sociais como instrumentos das estratégias organizacionais das empresas, como ferramentas de motivação dos empregados. (ALMEIDA, 2016, p.53).

As licenças-maternidade e paternidade surgem nesse contexto, como exemplo de política social que buscam valorizar não apenas os empregados, mas a família e a sociedade.

3.1 A licenças-maternidade e paternidade como forma de proteção da família e da sociedade

Vale ressaltar que as licenças-maternidade e paternidade são direitos fundamentais que podem ser exercidos tanto pela mãe como pelo pai, sem deixar, entretanto, de constituir um direito ou garantia fundamental para o filho. Essas licenças são normas protetivas à família, base da sociedade, que goza de proteção especial do Estado.

A família é uma instituição fundamental para a manutenção da vida em sociedade, para tanto recebe proteção no âmbito nacional e internacional. A convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, garante, em seu art. 17, a proteção à família nos seguintes termos: “*A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado*”. (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS,

2017).

Pela sua importância perante a sociedade, a família sempre recebeu especial atenção, como nos ensina André Eduardo Dorster Araújo (2016), para quem:

A família é a *célula mater* da sociedade, gozando de especial proteção do Estado na medida em que sobre ela se assenta a organização social e para a qual o Direito empresta especial atenção e proteção.

Com efeito, a organização familiar precede a própria existência do Estado organizado, foi objeto de tratamento especial no Direito Romano, ocupou lugar de destaque no Cristianismo

e nos sacramentos do Direito Canônico, e hoje é objeto de proteção especial do Estado. (ARAUJO, 2016, p. 56).

A proteção à família também está prevista na Declaração Universal de Direitos Humanos como sendo um direito fundamental de grande relevância, no mesmo passo sua proteção no ordenamento jurídico pátrio encontra-se estabelecida desde a Constituição Federal de 1934, sendo que a Constituição cidadã de 1988 no art. 226 estabelece que “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*” (BRASIL, 2017).

A Organização Internacional do Trabalho – OIT tem desempenhado relevante papel para proteção da maternidade, desde a sua criação em 1919. A proteção da maternidade busca garantir a saúde física e mental da mãe, e de seu filho ou filha, bem como ainda, proteger a trabalhadora contra qualquer discriminação baseada em sua condição de mãe.

Conforme nota divulgada pela OIT, sobre trabalho e família, a proteção à maternidade contribui para a consecução de três Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), objetivos esses adotados pelos países-membros das Nações Unidas, a saber: ODM 3 - que trata da igualdade entre sexos e valorização da mulher; ODM 4 – que busca reduzir a mortalidade infantil e ODM 5 – que busca melhorar a saúde das gestantes. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011).

O objetivo de desenvolvimento do milênio nº 3 tem a difícil meta de alcançar e garantir a igualdade entre sexos e valorização da mulher, uma vez que no Brasil apesar das mulheres já estudarem mais que os homens, elas ainda têm menos chances de emprego, recebem menos do que os homens, mesmo quando trabalhando nas mesmas funções e ocupam os piores postos de trabalho.

Em 1998, 52,8% das brasileiras eram consideradas economicamente ativas, comparadas a 82% dos homens. Em 2008, essas proporções eram de 57,6% e 80,5%. A participação nas esferas de decisão ainda é pequena. Em 2010, elas ficaram com 13,6% dos assentos no Senado, 8,7% na Câmara dos Deputados e 11,6% no total das Assembleias Legislativas. (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2017).

No mesmo sentido o objetivo de desenvolvimento do milênio nº 4 tem a missão de reduzir a mortalidade infantil. No Brasil, a mortalidade de crianças com menos de um ano foi de 47,1 óbitos por mil nascimentos, em 1990, para 19 em 2008. A expectativa é de que esse objetivo seja cumprido, mas a desigualdade ainda é grande, uma vez que crianças pobres têm mais do que o dobro de chance de morrer do que as ricas, e as nascidas de mães negras e indígenas têm maior taxa de mortalidade. Por região, o Nordeste apresentou a maior queda nas mortes de zero a cinco anos. (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2017).

Por sua vez, o objetivo de desenvolvimento do milênio 5 visa melhorar a saúde das gestantes. No Brasil foi registrada uma redução na mortalidade materna, desde 1990, de praticamente 50%. A razão de mortalidade materna corrigida para 1990 era de 140 óbitos por 100 mil nascidos, enquanto em 2007 declinou para 75 óbitos. O relatório explica que a melhora na investigação dos óbitos de mulheres em idade fértil (10 a 49 anos de idade), que permite maior registro dos óbitos maternos, possivelmente contribuiu para a estabilidade da razão de mortalidade materna observada nos últimos anos da série. (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2017)

Como visto, a proteção da maternidade tem como finalidade objetivos mais amplos do que mera concessão de licença e garantia de estabilidade no emprego. É neste contexto que Dayse Coelho Almeida afirma que a licença-

maternidade, paternidade ou até mesmo a parental, se tornam instrumentos jurídicos voltados à proteção da família, destinados a garantir sua continuidade, unidade, solidariedade e coparticipação. (ALMEIDA, 2015, p. 63)

3.2 Duração das licenças-maternidade e paternidade, no ordenamento jurídico brasileiro

Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, uma vez que todos estão submetidos à mesma lei, gozam dos mesmos direitos e sujeições a ela inerentes. Este é o paradigma liberal da igualdade formal. Entretanto, a igualdade meramente formal distorce a própria ideia de isonomia e também de igualdade (MELLO, 2011, p. 29).

Há caracteres distintivos entre as pessoas considerados relevantes para o Direito, denominados fatores de *discrímen*, porque representam justificativas de um tratamento jurídico diferenciado. Em relação ao assunto tratado, a mulher diferencia-se do homem em decorrência do critério biológico, pois cabe-lhe a gestação, o parto e a amamentação. Apesar de o homem participar da família e ser-lhe fundamental, ofertando suporte emocional (e, muitas vezes, financeiro), sua condição masculina o exclui das alterações físico-hormonais próprias da gestação e do parto, além da impossibilidade da amamentação, por ser o homem desprovido de glândulas mamárias aptas à produção de leite. (ALMEIDA, 2015, p. 63).

No entanto, reafirmar a importância da licença-maternidade e a necessidade de recuperação da mulher pelo parto e a indispensabilidade da amamentação não significam, e nem podem implicar no entendimento, que a paternidade não tenha importância ou tenha relevância secundária nas relações familiares. A família/entidade familiar é composta de pessoas que exercem o dever de

solidariedade recíproco e em relação ao nascituro. (ALMEIDA, 2015, p. 65).

Os membros da entidade familiar são indispensáveis ao nascituro, em aspectos diferentes e complementares. O contato com o nascituro nos primeiros momentos de vida reforça os laços afetivos e propicia a segurança necessária ao seu pleno desenvolvimento. Ademais, a presença paterna é indispensável para o auxílio e a cooperação nos cuidados com o nascituro e para a pronta recuperação da mãe. A participação do pai na composição da família e no exercício do dever de cooperação familiar também é direito fundamental protegido pelas mesmas normas anteriormente declinadas. Participar do desenvolvimento inicial do nascituro é direito/dever fundamental dos membros da entidade familiar e consubstancia-se em direito fundamental do nascituro desfrutar desta participação efetiva. (ALMEIDA, 2015, p. 6566).

O ordenamento jurídico brasileiro, conforme determinação constitucional adota a licença-maternidade de 120 dias e a licença-paternidade de 05 dias. Em 2008, a legislação nacional, buscando ampliar a proteção à maternidade e paternidade, ampliou, para alguns casos, a licença-maternidade para 180 dias e a licença-paternidade para 20 dias, por meio da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, que instituiu o programa Empresa Cidadã:

Art. 1º. É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso

XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal;

II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias

Essa prorrogação será garantida, apenas, à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa Empresa Cidadã, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e será concedida imediatamente após a fruição da licença maternidade de 120 dias.

Do mesmo modo, será garantida a prorrogação ao empregado da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que o empregado a requeira no prazo de 2 (dois) dias úteis após o parto e comprove participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável.

Buscando garantir a igualdade nas situações familiares com filhos naturais, adotados ou com guarda judicial, a prorrogação será garantida, na mesma proporção, à empregada e ao empregado que vivenciar tal situação.

Com a finalidade de garantir a prorrogação da licença-maternidade, prevista no programa Empresa Cidadã, a todas as trabalhadoras, temos a proposta de Emenda Constitucional (PEC 64/07), que amplia a licença maternidade a todas as trabalhadoras para 180 dias, que já foi aprovada pelo Senado Federal em agosto de 2010. A PEC altera a redação do inciso XVIII do artigo 7º da Constituição Federal Brasileira, estendendo a todas as trabalhadoras o benefício que havia sido concedido às funcionárias das empresas que aderissem ao Programa Empresa Cidadã. Atualmente, a PEC encontra-se aguardando aprovação pela Câmara dos Deputados.

Alguns estados, municípios e empresas do setor público também ampliaram para 180 dias a licença de suas servidoras gestantes, o que passará a ser obrigatório em

nível nacional caso a Câmara confirme a decisão do Senado.

A Consolidação das Leis do Trabalho foi alterada em 2002 para acrescentar o artigo que definia o período de licença maternidade de acordo com a idade da criança, nos casos de adoção ou guarda judicial. Assim, nos casos de crianças de até um ano, a licença maternidade seria de 120 dias. Caso a criança tivesse idade de até 4 anos, o período de licença maternidade seria de 60 dias. Por fim, caso a criança tivesse idade compreendida entre 4 a 8 anos, a licença seria de apenas 30 dias, e no caso de criança com mais de 8 anos de idade, este direito não seria concedido.

Sabendo da dificuldade de se estabelecer um convívio harmônico e saudável entre a família e a criança ou adolescente adotado, a regra acima estipulada, prevista no artigo 392-A da CLT, foi revogada pela lei nº 12.010 de 2009, sendo que em 2017, esse artigo recebeu nova redação dada pela lei nº 13.509 que equiparou a licença maternidade no caso de guarda e adoção, independentemente da idade da criança ou adolescente, à licença maternidade decorrente do nascimento de filhos naturais.

3.3 – Exigências da atualidade social: novos conceitos para entidade familiar e para licenças-maternidade e paternidade

Não obstante disposição constitucional de que homens e mulheres são iguais perante a lei (art. 5º, inciso I) e que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 225, § 5º), tem-se que determinadas diferenças naturais entre os gêneros certamente afetam a relação entre pais e filhos.

Ocorre que tais diferenças não devem ser admitidas em nosso ordenamento jurídico para justificar o afastamento de um dos genitores. Dessa forma, como afirma Denise Damo Comel, em analogia ao princípio constitucional pela busca da igualdade de gênero nas relações familiares, para a autora o que se busca com a igualdade é acabar com a superioridade e prevalência de direitos de qualquer um dos pais sobre o outro e, em especial, do homem sobre a mulher. O que não implica, necessariamente, na supressão de todas as diferenças, sejam elas naturais, sejam elas culturais, que de fato existem e que de modo algum significam superioridade ou inferioridade, mas tão somente individualidade. (COMEL, 2003, p. 170).

Continuando, a autora afirma que não pode haver uma equiparação entre homens e mulheres através de uma comparação entre suas diferenças, mas sim de uma elevação de ambos ao gênero humano: *“as mulheres não são inferiores aos homens, é certo, mas também não são iguais a eles, diferença essa que contém elemento potencialmente enriquecedor das relações humanas”*. (COMEL, 2003, p. 173).

Na atualidade, homens e mulheres estão inseridos no mesmo mercado de trabalho, em vários casos a mulher passou a ser a chefe de família, enquanto o marido, devido a inúmeros fatores está no lar, cuidando dos afazeres domésticos, comprovando a possibilidade de inversão de papéis outrora inaceitáveis na sociedade tipicamente patriarcal.

Não se pode esquecer que na sociedade moderna surgem novas formas de criação da entidade familiar, exemplo são as famílias monoparental e as advindas das relações homoafetivas, na qual não se pode determinar ou limitar o gênero.

Desta forma, enquanto não houver norma que regulamente expressamente o direito de licenças-maternidade e paternidade aos genitores oriundo do novo conceito de família, as licenças previstas no artigo 392 e seguintes da CLT e no artigo 10, parágrafo 1º do ADCT da Constituição Federal de 1988; essas licenças deverão ser concedidas por força dos princípios da igualdade e da não discriminação, previstos em vários artigos constitucionais.

Nesse sentido, tem-se que *“nenhuma distinção ou preferência existe entre os genitores no exercício do poder familiar, cabendo a eles, em igualdade de condições, os respectivos direitos e deveres”* (TAVARES DA SILVA; MONTEIRO, 2011, p. 505).

Diante dessa nova concepção, o termo licença-maternidade torna-se ultrapassado, abrindo espaço para uma nova terminologia: Licença-natalidade. Esse novo termo já vem sendo adotado e reconhecido como o mais adequado pela doutrina, pela jurisprudência, como também há propostas de Emenda Constitucional nesse sentido, como a PEC nº 110/2011 e 16/2017. (SENADO FEDERAL, 2017)

A nova terminologia atende ao menos a dois aspectos, primeiro porque a licença-maternidade é para a criança que necessita de maiores cuidados nos primeiros meses de vida; segundo, porque diante da nova entidade familiar homoafetiva, formada por pessoas do mesmo sexo, o termo maternidade é inconveniente, limitando o gênero e contribuindo com a exclusão desse grupo de pessoas.

Assim, a terminologia licença-natalidade é mais abrangente, abarca todos os tipos de entidade familiar, sem que se apresente inadequado para qualquer uma das entidades, sendo um fruto legítimo da evolução social. Todavia, esse novo entendimento tem um longo caminho a ser percorrido, diante do reconhecimento ainda recente no

que envolve a entidade homoafetiva, que, hoje, para ter seu direito respeitado, precisa recorrer à máquina judiciária.

4 A LICENÇA PARENTAL COMO MEDIDA DE IGUALDADE DE GÊNERO

Não se pode negar a importância da família no cuidado com os novos membros familiares. Os membros da entidade familiar são indispensáveis ao nascituro, como afirma Dayse Coelho Almeida (2015), ainda que, em aspectos diferentes e complementares. No entendimento da autora:

O contato com o nascituro nos primeiros momentos de vida reforça os laços afetivos e propicia a segurança necessária ao seu pleno desenvolvimento. Ademais, a presença paterna é indispensável para o auxílio e a cooperação nos cuidados com o nascituro e para a pronta recuperação da mãe. A participação do pai na composição da família e no exercício do dever de cooperação familiar também é direito fundamental protegido pelas mesmas normas alhures declinadas. (ALMEIDA, 2015, p. 65).

É nesse contexto que surge a licença parental, instrumento capaz de garantir a participação de ambos os genitores na criação dos novos membros familiares.

A licença parental, além de uma medida de igualdade de gênero, pois possibilita a participação mais ativa do genitor, consubstancia-se, também, no reconhecimento de que a procriação é um evento jurídico

de corresponsabilidade, incidindo sobre toda a família/entidade familiar os direitos e as obrigações pertinentes aos cuidados e às diligências necessários à manutenção da vida, da integridade e do bem-estar do nascituro (ALMEIDA, 2015, p. 66-67). Ademais, a procriação representa a continuidade da nossa espécie, da constituição de um povo nacional e da garantia de desenvolvimento do país.

Um dos maiores impasses enfrentados para a implantação da licença parental é o argumento de que a concessão dessa licença seria economicamente inviável, onerando demasiadamente os cofres da previdência social.

Entretanto, o argumento de que a igualdade de licenças é inviável economicamente não encontra sustentação fática em decorrência de que o nosso sistema previdenciário ser contributivo. Ora, homens e mulheres contribuem da mesma forma, no mesmo percentual (ALMEIDA, 2015, p. 66).

Assim, se a contribuição previdenciária sustenta as licenças (maternidade e paternidade), a licença-paternidade não só pode ser igualada à maternidade como há receita suficiente para que o Estado possa adimplir esta obrigação social.

4.1 A experiência da licença parental em Portugal, em substituição às licenças maternidade e paternidade

A experiência de Portugal de licença parental em substituição às licenças maternidade e paternidade constitui um avanço e referência de grande importância para a igualdade de gênero e as políticas de conciliação entre trabalho e família. Na legislação portuguesa, a

proteção da maternidade está consagrada na Constituição da República e no Código de Trabalho. (OIT, 2011).

O regime jurídico português prevê licenças exclusivas tanto para a mãe, como para o pai. A mãe, caso necessite, poderá gozar de até 30 dias de licença antes do parto, que são descontados no período de licença parental a que tem direito. Vale ressaltar, que as 6 primeiras semanas a seguir ao parto terão que ser gozadas obrigatoriamente pela mãe.

Em relação à licença exclusiva do pai, que se refere a 10 dias obrigatórios ao nascimento, 5 destes serão gozados imediatamente ao nascimento, e os 5 dias restantes, poderão ser usufruídos seguidos ou intercalados durante o primeiro mês de vida da criança.

O ordenamento jurídico de Portugal premia os casais, sejam eles oficialmente casados ou não, que partilham a licença parental de 120 ou 150 dias, conforme a opção escolhida. Sempre que o pai partilha pelo menos 30 dias de licença parental, recebe um subsídio equivalente a 100% do seu salário, pago pela previdência social ou, em alternativa, pode optar por aumentar a duração da licença em mais 30 dias (até 180 dias), situação em que receberá o equivalente a 83% do seu salário, pago pela previdência social.

Caso a licença parental não seja partilhada entre o casal, sendo gozada concomitantemente por ambos os genitores, os 150 dias corresponderão a um subsídio equivalente a 80% do salário para o pai, que será pago pela previdência social.

O pai e mãe, após a licença parental inicial, podem ainda gozar de até 3 meses cada um, de forma alternada, um período de licença parental alargada, que permite o acompanhamento da criança por um dos progenitores, em alternância, até 12 meses de vida. Nesses casos terão

direito a um subsídio equivalente a 25% do salário, pago pela previdência social.

Como visto as licenças parentais podem ser gozadas por qualquer um dos progenitores. Por essa razão, as licenças maternidade e paternidade foram substituídas pelas licenças parentais, em Portugal.

CONCLUSÕES

O instituto das licenças-maternidade e paternidade, previsto na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho e na legislação internacional, entre outros, além de buscar a dignidade do trabalhador, é um instrumento de proteção à família, que goza de proteção especial do Estado, sendo possível versar que é um direito fundamental de proteção à maternidade e à criança. Devendo ser exaltado o caráter de instrumento jurídico voltado à proteção da família, destinado a garantir sua continuidade, unidade, solidariedade e coparticipação.

Apesar de não constar expressamente como direito fundamental, a Constituição

Federal deve ser analisada e interpretada de acordo com os princípios basilares de sua criação. Assim, considerando que as licenças-maternidade e paternidade estão previstas em seu artigo 7º, devem ser classificadas como direito fundamental de natureza social.

Não se pode negar que na sociedade atual, o conceito de entidade familiar se modificou ao longo dos anos, modificações que devem ser acatadas pelo ordenamento jurídico pátrio de forma mais célere, pois o direito existe para a sociedade e não o contrário.

Da mesma forma, vivenciamos uma evolução social no que tange à igualdade de gênero, homens e

mulheres atualmente compartilham as mesmas obrigações e deveres, tanto no mercado de trabalho como nas relações familiares. O homem deixou de ser o único provedor para ocupar um lugar de destaque na criação e educação da prole, e a mulher, por sua vez, passou a ocupar seu devido lugar no mercado de trabalho.

Tais modificações são altamente relevantes para o direito, e é nesse contexto que visualizamos uma necessidade de modernizar os institutos das licenças-maternidade e paternidade em nosso ordenamento jurídico. Na verdade, a terminologia atual deveria ser alterada para licença natalidade, que abarcaria de melhor forma os novos modelos de constituição de família, pondo fim a constrangimentos desnecessário e trazendo maior igualdade para todos os responsáveis envolvidos nas relações familiares.

Na verdade, é necessária uma modificação substancial nos institutos estudados. O melhor caminho seria a adoção do instituto da licença parental, já implantado no ordenamento jurídico português, com sucesso. Esse modelo de licença possibilita uma maior liberdade na organização e gerenciamento dos cuidados necessários com a criança em seus primeiros meses na composição da entidade familiar.

A licença parental garante aos responsáveis, principalmente ao homem, que de certa forma vê-se excluído do convívio da criança nos seus primeiros cuidados, uma maior participação e cooperação contribuindo para maior efetividade da proteção da família.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse Coelho. Licença-maternidade, licença-paternidade e licença parental. Direito voltado à proteção

da família, à dignidade da pessoa humana e instrumento de igualdade no trabalho. In **Direito Material e Processual do Trabalho (Recurso electrónico)**. Máximo Teodoro, Maria Cecília. Brasil, LTR Editora, 2015. p. 60-69.

ARAUJO, André Eduardo Dorster. A Garantia Provisória de Emprego em razão da Maternidade: Novos Contornos. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. v.172, p. 55-73, 2016

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em:

http://jurisite.com.br/codigosjuridicos/codigos_pdf/adct.pdf
f. Acessado em 14/11/2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 24/07/2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 5452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 15/11/2017.

BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111770.htm. Acesso em 15/11/2017.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em:

http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em 23/06/2017.

EMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Maria Aparecida Asta. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 50, n. 80, jul./dez.2009. p. 21-39.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Dignidade do trabalhador e políticas públicas: perspectivas no âmbito do estado ético. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (coord.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**.

18. ed., São Paulo: Malheiros, 2011. p. 29.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Os Objetivos do Milênio**. Disponível em:

<http://www.objetivosdomilenio.org.br/objetivos/>. Acesso em 14/11/2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Notas da OIT – Trabalho e família, nº 4**, 2011.

Disponível em:

http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/b_r_nota_4_698_724.pdf. Acesso em 20/11/2017.

BRASIL. **SENADO FEDERAL**. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/03/14/de-sua-opinio-pec-prevelicenca-natalidade-de-180-dias>. Acesso em 14/11/2017.

BRASIL. **SENADO FEDERAL**. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/07/25/pec-permite-que-licencamaternidade-seja-compartilhada-entre-a-mae-e-o-pai>. Acesso em 14/11/2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil 2: Direito de Família**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

**A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS E
A SUA LIMITAÇÃO FRENTE AO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**THE LEGITIMACY OF JUDICIAL DECISIONS
AND THEIR LIMITATION TO THE DEMOCRATIC
STATE OF LAW**

André Geraldo Santos Cardoso de Mesquita*

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar a questão envolvendo o protagonismo judicial e a politização do direito alicerçada no uso desmedido da discricionariedade como elemento de fundamentação nas decisões judiciais e suas consequências jurídicas e sociais.

Palavras-Chave: protagonismo judicial;
discricionariedade; judicialização

Abstract: judicial protagonism; discretion;
judicialization

Keywords: The purpose of this article is to analyze the issue involving judicial protagonism and the politicization of law in the excessive use discretion as an element of justification in judicial decisions and their legal and social consequences.

* Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG (email: andregscmesquita@hotmail.com)

1 INTRODUÇÃO

O atual estudo que se inicia tem como foco analisar o atual cenário da justiça no Brasil, especialmente a questão atinente ao protagonismo do Poder Judiciário que vem exercendo um papel de destaque com inúmeras decisões que extrapolam sua a função precípua e o excesso de discricionariedade judicial, transformando juízes em verdadeiros legisladores positivos.

A insuficiência do Poder Público para a prestação de um serviço de qualidade, seja na saúde, educação, ou mesmo no campo da política, são apenas alguns exemplos mostrados diuturnamente nos noticiários veiculados pelos sistemas de informação e pela imprensa.

Neste sentido, há um total descontrole e inúmeros processos judiciais derivados de um ativismo judicial sem precedente em nosso país, vem causando gravíssimas consequências, pois se por um lado o Estado não consegue fomentar políticas públicas, por outro lado, não se pode deixar a sociedade sem respostas.

Deste grave quadro caótico, o Poder Judiciário ao realizar a microjustiça, ou seja, adentrado na seara institucional de outro poder, não raras vezes tem causado uma intromissão contaminada por excessivo uso da discricionariedade ultrapassando os limites do bom senso.

A par destas proposições, o objetivo que se propõe neste artigo é analisar os limites das decisões judiciais, inclusive, apontar alternativas tendentes a equacionar este tão grave problema que afeta as bases do Estado Democrático de Direito.

Neste diapasão, serão examinados os fatores que contribuíram para impulsionar o agigantamento do Poder Judiciário, para isso será esboçado um paralelo entre o principio da dignidade da pessoa, juntamente com a

questão do acesso à justiça em contraponto com a excessiva judicialização.

Assim será feita uma pequena abordagem evolutiva dos direitos fundamentais, tendo como marco histórico a Revolução Francesa, perpassando pela noção do Estado liberal, seguido pela Revolução Industrial, Estado Democrático de Direito até a pós-modernidade. O tema problema situa-se nos desdobramentos da excessiva litigiosidade existente na sociedade, fazendo surgir indagações acerca do verdadeiro papel da Justiça .

O marco teórico tem como fundamento as críticas apontadas por Dworkin no que tange ao problema da discricionariedade judicial que desemboca no livre convencimento motivado nas decisões judiciais. A pesquisa metodológica foi fundamentada no método dedutivo, indutivo com digressão histórica e doutrinária.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não é novidade alguma que a Revolução Francesa ocorrida em 1789, foi o marco para a consagração dos direitos fundamentais, vez que com o fim do regime absolutista houve o reconhecimento dos direitos civis e políticos na Declaração de Direitos do Homem.

O novo regime com base nos ideários iluministas e o racionalismo com fulcro na razão delimitou uma nova postura nas relações entre Estado e indivíduo dando origem ao que se denominou liberalismo.

Neste sentido, foram consagrados como direitos básicos a igualdade, liberdade e fraternidade; postulados que se disseminaram em vários países do ocidente, inclusive no Brasil.

Por outro lado, na Inglaterra com o avanço da indústria têxtil, a invenção da máquina a vapor; fortemente influenciada pelo incremento da produtividade, sobretudo pelo elevado crescimento econômico e demográfico causado pelo êxodo rural juntamente com o aumento desenfreado da população¹⁸⁶, dentre outros, foram apenas alguns dos fatores que desencadeou o surgimento das desigualdades sociais e o aparecimento do proletariado.

Com as condições de trabalho desumanas homens, mulheres e crianças eram obrigados a trabalharem nas indústrias com jornadas de até dezesseis horas diárias, enfim, deste quadro degradante surgiu o movimento de classe com o reconhecimento dos direitos sociais, influenciadas pela doutrina Marxista que longo se espalhou por toda a Europa.

Desta feita os textos constitucionais agasalharam os preceitos socialistas, destacando-se a Constituição Mexicana de 1917, seguidas pela Constituição Russa de 1918, da Alemanha (constituição de Weimar de 1919), no Brasil a constituição de 1934, seguiu a mesma temática inaugurando em seu bojo o cunho protetivo dos ditos direitos sociais.

Após o fim da segunda guerra mundial em razão das atrocidades nazistas, no ano de 1948, foi erigida a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com afirmação dos valores fundamentais para todos os homens no âmbito de todos os povos, outrossim, como bem salientou (BOBBIO,2004, p.17):

A declaração Universal dos Direitos do homem representa a manifestação

¹⁸⁶ O modo de vida mudou de uma sociedade eminentemente agrária/rural, com técnicas rudimentares (medievais) em um espaço de aproximadamente cem anos surgiu uma nova sociedade graças ao que se denominou Revolução Industrial.

da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundamento e, portanto, reconhecidos e essa prova é o consenso geral da sua validade.

Assim a mudança do Estado liberal para o Estado Social trouxe reflexos em vários setores da sociedade, a defesa dos interesses meramente individuais abriu espaço para os interesses que transcendem a mera ótica privada estendendo-se aos entes coletivos.

Desta feita, do ponto de vista do Direito algumas mudanças foram evidentes tais como: uma postura ativa do juiz deixando de ter uma conduta neutra, mormente com o aparecimento de novos direitos sem a apresentação imediata de um titular, decorrentes de um fato básico que afeta a todos indistintamente (direitos difusos), dando origem ao Processo Coletivo; fatores que impulsionaram o agigantamento do Poder Judiciário com a propagação do seu protagonismo no cenário institucional.

3 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E O EXCESSIVO USO DA DISCRIONARIEDADE JUDICIAL

É sabido que a dignidade da pessoa humana deita suas raízes em fundamentos bíblicos derivados da moral cristã, modernamente, após o holocausto todas as nações democráticas passaram a introduzir em seus ordenamentos a dignidade humana como princípio jurídico, enaltecendo o homem como principal destinatário da norma.

A dignidade da pessoa humana foi consagrada pela Constituição de 1988, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, traduzindo-se em vértice do sistema.

Trata-se na verdade de um conceito jurídico indeterminado, atemporal, como bem ressalta (SARMENTO,2016, p.98):

O princípio da dignidade, que tem campo de incidência extremamente amplo vincula o Estado e os particulares e os particulares e envolve prestações positivas e negativas. Ele desempenha múltiplas funções em nosso ordenamento: é fundamento moral do Estado e do Direito, diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para ponderação de interesses, parâmetro de validade de atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos, critério para identificação de direitos fundamentais e fontes de direitos não enumerados na Constituição. A dignidade humana é assegurada através dos direitos positivados na Constituição, mas também por meio da incidência direito do princípio da dignidade sobre a ordem jurídica e relações sociais.

De outra banda, lembra (BARROSO, 2018, p. 293), que muito embora a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana tradicionalmente abundante no Brasil com precedentes em vários campos do Direito, não está isento de críticas:

Em razão da plasticidade e da ambiguidade do discurso da dignidade, muitos autores já sustentam a inutilidade do conceito, referido como ilusório e retórico. Outros estudiosos, apontam os riscos de utilização

da dignidade em nome de um moral religiosa ou paternalista. Nos Estados Unidos, já foi criticada como sendo manifestação de um constitucionalismo de valores comunitarista e como aspectos socialistas, sobretudo por admitir direitos sociais, que geram prestações positivas, como trabalho, planos incompatíveis com o constitucionalismo americano, fundado na liberdade individual e na proteção de direitos.

Da mesma maneira o texto constitucional é repleto de disposições constitucionais com textura alargada, existência de cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados, normas programáticas; fatores que propiciaram um fortalecimento da valoração judicial de questões postas em juízo, ensejando a diminuição do rigor formal e maior liberdade de julgamento

Enfim, a grande questão é saber os limites e as bases metodológicas de uma decisão judicial levando-se em consideração o problema da aplicação do Direito num Estado Democrático de Direito.

Fica evidente que algumas decisões judiciais são lastreadas em elementos puramente altruístas com finalidades ideológicas, como por exemplo, quando uma decisão invade a competência institucional de outro poder nas questões relacionadas com a saúde. Obviamente os reflexos desta decisão que compele o o Estado a pagar um tratamento não amparado pelo SUS, reflexamente afetará a questão orçamentária, traduzindo um verdadeiro efeito dominó nas contas públicas.

Assim é a lição de (OMMATI, 2018,p. 220)

Nesse sentido, o judiciário deve ter muita cautela na realização de direitos sociais através de ações judiciais de cunho individual. Isto porque a concessão desses direitos por meio do Judiciário em demandas individuais poderá ter o condão de desorganizar a realização de políticas públicas de afirmação dos direitos sociais, na medida em que obrigará o Estado a cumprir a ordem judicial, realizando uma cirurgia cara ou comprando um medicamento não previsto no orçamento a preços muito maiores do que poderiam ser conseguidos se fossem precedidos pelo procedimento. É preciso, nesse sentido, desenvolver aquilo que Vinícius de Melo Lima denominou o excelente trabalho de uma hermenêutica da responsabilidade decisória. Juízes não podem conceder medicamentos ou tratamentos cuja eficácia duvida apenas com base em ponderações de princípios que escondem os valores pessoais do Magistrados. Juízes devem compreender que ao decidirem caso jurídicos extremamente complexos como os envolvendo o direito à saúde não podem render a argumentos abstratos e muitas vezes não comprovados de violação à vida ou à integridade.

Em linhas gerais o tema envolvendo o direito à saúde deveria ser resolvido na seara própria por meio dos poderes legislativo e executivo, contudo, apontar falhas e dizer que as decisões do Poder Judiciário invadem a seara de tais poderes é uma verdade relativa, vez que os personagens que poderiam de fato corrigir tal distorção não o fazem.

4 DO PROTAGONISMO JUDICIAL

Quando se fala em Justiça duas vertentes saltam aos olhos, primeiro o que seria e qual o seu enquadramento no mundo dos fatos; talvez, Justiça seria dar aquilo que de direito pertence ao indivíduo? Ou quem sabe, seria a distribuição de riquezas! Ou quiçá o sinônimo de Direito teria como elemento principal a pacificação social.

Divagações à parte, a conceituação do termo Justiça é um tanto quanto complexa, pois traz em seu bojo várias variáveis, tratando-se de um conceito fluído variando no tempo e no espaço.

Para uma visão leiga Justiça seria a busca de direitos perante o Poder Judiciário, contudo, sua conceituação envolve todas as relações do homem e os demais elementos do mundo em determinado período histórico, melhor dizendo, o conceito de Justiça nitidamente atrelado a noção de fato social e, por conseguinte, uma criação do homem para o convívio em sociedade .

A Segunda vertente sobre Justiça se relaciona com o seu exercício, ou seja, qual o passo a ser dado para buscar o seu acesso, nesta esteira de alusões surge a figura do renomado Mauro Cappelletti, eminente processualista italiano, que juntamente com Brayant Garth, nos anos setenta, desenvolveu a teoria das ondas renovatórias do processo.

A primeira onda seria a assistência judiciária aos necessitados, já a segunda onda se relaciona com o processo coletivo e as ações protetivas relacionados com grupos determinados e indeterminados e, talvez a mais importante de todas as ondas teria sido a terceira onda renovatória, que possui um viés educativo voltado para os

operadores do direito de cunho propedêutico e principiológico.

Não restam dúvidas, que os postulados renovatórios estão disseminados na legislação brasileira, mormente no texto Constitucional que incrementou o Poder Judiciário e estruturou a Defensoria Pública e o Ministério Público¹⁸⁷, ambas instituições desempenham um papel fundamental no contexto institucional, sejam nas ações sob a gratuidade de Justiça propiciando aos hipossuficientes a busca pelos seus direitos, sejam nas ações coletivas na condição de legitimados ordinários.

Senão fosse isso, o Acesso à Justiça não se circunscreve-se apenas ao processo, mas também numa atuação preventiva com o condão de se evitar a litigiosidade, notadamente pelas técnicas de conciliação, mediação e arbitragem.

Se por um lado o princípio da inafastabilidade é um direito fundamental por outro lado a realidade demonstra uma litigiosidade excessiva com uma atuação massiva do Poder Judiciário, mormente em determinados segmentos até então impenetráveis pelo Tribunais, aliás, atualmente no Brasil a interferência do Poder Judiciário em determinadas questões como política, segurança pública, educação, dentre outras, enfileiram os noticiários do dia a dia, haja vista a operação lava-jato.

Desta feita, o crescimento vertiginoso do protagonismo judicial é uma realidade fortemente influenciada pela questão estampada no texto constitucional que munuiu o Poder Judiciário com prerrogativas como independência para julgar, autonomia financeira e orçamentária.

¹⁸⁷ Tendo como instrumento de proteção o microsistema do Processo Coletivo a Lei da Ação Civil Pública – Lei 7347/85 e o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8072/90, como ferramentas da Ações Coletivas de Defesa dos Interesses Individuais, coletivos e difusos.

Outrossim, o conceito de norma jurídica foi sensivelmente alargado tendo como vertentes as regras e os princípios, assim, no campo das regras o método interpretativo se circunscreve-se ao antigo dogma positivista da subsunção legal - mero enquadramento do fato à lei; já o tocante a normatização dos princípios (diga-se de passagem na solução de conflitos entre direitos fundamentais nos casos difíceis não previstos em lei), a aplicação do sistema da ponderação de direitos, tendo como critério a proporcionalidade.

Na confluência de tais fatores pode-se dizer resumidamente que todos eles foram imprescindíveis para o fortalecimento do Poder Judiciário, enfim, de mero aplicador da norma “juiz boca da lei”, houve uma nova contextualização com a Judicialização da Política como elemento visceral .

Sobre essa questão é importante rechaçar as ponderações contextualizadas por (VERBICARO, 2017, P.328):

No sentido constitucional, a judicialização da política refere-se à superação do modelo tradicional e reativo de separação de poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política, através da efetiva participação no processo referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas – a política judicializa-se com o objetivo de promover o encontro da comunidade com o seu sistema de valores constitucionalmente assegurado. Com essa definição, delimita-se que a judicialização circunscreve-se ao âmbito de aplicação dos direitos fundamentais.

No que tange a relação do Direito e da Política, a grande questão é saber aferir o conteúdo de uma decisão judicial, inclusive, se encontra devidamente fundamentada com elementos capazes de dar sustentação, e não por elementos meramente subjetivos de cunho estritamente político.¹⁸⁸

Prosseguindo sobre a questão da judicialização da Política, ensina (BARROSO, 2018, p.241):

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instancias políticas tradicionais, que são o Legislativo e Executivo.

Por conseguinte, a ideia de Ativismo Judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins institucionais, tendo uma maior atuação e interferência no espaço de atuação dos outros poderes, distanciando-se da sua função típica de meros aplicadores do direito se aproximando de uma função de criação do Direito, contrariamente, da contenção judicial onde os tribunais e juízes evitam a todo custo o enfrentamento de questões que não tenham o conteúdo jurídico, se abstendo de enfrentar questões afetas à política.

¹⁸⁸ Questão correlata e preocupante é sobre a questão da discricionariedade judicial pois estabelecer limites à discricionariedade é bastante complexo pois se adentra em questões de cunho subjetivo do julgador.

A par de todas esses apontamentos chega-se ponto fulcral deste estudo, qual seja: Conceder ao Judiciário a última palavra em questões desta natureza seria o meio adequado para a garantia de direitos?

À guisa desta indagação serão levantadas algumas observações no próximo tópico.

5 QUESTIONAMENTOS ACERCA DO USO DA DISCRICIONARIEDADE

Voltando ao marco teórico deste pequeno estudo, é importante salientar, que a teoria do direito como integridade de Dworkin seria de grande valia para auxiliar a interpretação das leis, pois toda a sua estrutura teórica situa-se em torno da liberdade e igualdade; elementos básicos a serem observados em uma democracia, melhor dizendo, o citado autor faz uma dura crítica aos sistemas do convencionalismo e pragmatismo jurídico, apresentando uma nova postura no direito visto como integralidade.

O convencionalismo jurídico se traduz na mera aceitação de regras voltadas para o passado, caberia ao intérprete apenas aceitar aquela moldura estabelecida e pronto, ou seja, uma atividade meramente burocrática.

Já o pragmatismo jurídico por sua vez se lastreia no ceticismo, pois não acredita em uma decisão correta mas meramente possível dentre as existentes, ao intérprete restaria apenas operar o direito com o olhar para o futuro.

Por sua vez, o direito como integralidade não se volta para o passado nem para o futuro, não se contenta com as convenções sociais nem tão pouco deixa de buscar uma resposta possível, pelo contrário o direito deve ser revestido de historicidade e o juiz como integrante do

corpo social deve se comportar como elemento deste corpo buscando em suas decisões a melhor que se adeque à aquele determinado momento.

Como o próprio (DWORKIN,2007, p272), explica:

O direito como integralidade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltado para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integralidade rejeita por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventem o direito; sugere que só entendemos o raciocínio tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

Neste sentido, a metáfora do “romance em cadeia” também é uma clara alusão no sentido de que cada intérprete deve estar atento às transformações da sociedade, pois de tempos em tempos, as mudanças são inevitáveis, assim como cada escritor de romance, o juiz deve buscar em cada decisão a essência do direito, num constante exercício de reinterpretação das leis, até porque, repita-se, o juiz é um elemento integrante do corpo social e não mero aplicador do direito equidistante da realidade dos fatos.

(DWORKIN,2007, p.36) ainda estabelece uma interessante distinção entre princípio e política, vez que para o citado autor, o termo política deve ser entendido como um padrão estabelecido e uma meta a ser alcançada para um objetivo econômico social, por seu turno, o princípio, não deve ser entendido como um padrão para promover ou assegurar a situação econômica, ou seja, a moralidade política não se confunde com a moralidade jurídica.

De tal contexto emerge o problema da aplicação do direito com o uso da discricionariedade, um verdadeiro cheque em branco nas mãos do julgador marcadamente de cunho pessoal onde o juiz julga de acordo com a sua consciência.

Comumente a discricionariedade pode ser dividida em três modelos: fraco, intermediário e forte. A discricionariedade no sentido fraco se dá nos casos simples, já a intermediária exige uma maior complexidade na solução da questão e requer um raciocínio mais elaborado do aplicador do direito, contudo, em relação a discricionariedade forte se relaciona aos casos ditos difíceis, onde o ordenamento jurídico não encontra uma resposta, conferindo assim, uma maior abertura para o intérprete e carecendo o caso concreto de uma decisão tida como sendo a mais correta. DWORKIN, refuta a utilização do uso da discricionariedade .

Pondera (STRECK, 2016,p.337), que:

O livre convencimento significa o total afastamento do julgador dos elementos de coerência e integridade, pois autoriza a inexistência de critérios públicos de decisão. Livre convencimento e discricionariedade são coisas similares. Livre convencimento já sabemos o que é . A palavra „livre“ é autoexplicativa. Está na

raiz do solipsismo. Já a discricionariedade seria algo com menor impacto, porque seria o espaço em que o juiz faria escolhas no lugar em que o legislador não estabeleceu os pontos de limite.

Obviamente, parte da doutrina ainda coloca muitos obstáculos acerca da intromissão da sentenças judiciais em assuntos até então alheios ao mundo jurídico, como no caso da ADPF 45, por certo, ninguém quer um Poder Judiciário covarde e amedrontado.

6 CONCLUSÃO

O protagonismo judicial é uma realidade premente no contexto atual brasileiro onde uma gama enorme de direitos fundamentais sejam individuais, sociais ou supraindividuais, vêm sendo alijados pelo poder público.

Atualmente já não se sustenta a hegemonia do viés formalista de aplicação da lei com base na subsunção, como sendo um o sistema único ancorado num positivismo dogmático de um modelo garantidor de segurança jurídica .

Cabe enfatizar que aplicação da técnica da ponderação em casos difíceis traduziu um expressivo avanço na forma de interpretar o direito ao se reconhecer a normatividade dos princípios, mas conforme já ressaltado neste trabalho, a aplicação dos princípios necessita de critérios racionais e objetivos, sob pena de se transformarem em abusos com decisões de cunho eminentemente discricionárias.

Por isso, que a aplicação de políticas anômalas pelo Poder Judiciário pode ser uma faca de dois gumes, ao se

realizar a microjustiça se esbarra na questão da macrojustiça e os seus desdobramentos negativos.

Ademais, o enfrentamento de todas essas questões são fatores que auxiliam o operador do Direito na busca de melhores soluções para as decisões judiciais no contexto democrático brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva , 1ª ed. São Paulo Malheiros.2008

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte. Fórum.2018.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988.

DWORKIN. Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo, 1ª ed.São Paulo: Marins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jurgên. **Direito e Democracia: Entre facticidade eValidade I**. Tradução Flávio Beno Sibeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM. Guilherme Valle Brum. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. OMMATI. José Emílio Medaur. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2018.

SARMENTO, Daniel Sarmento. **Dignidade da Pessoa Humana**, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK. Lênio Luiz. Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação no contexto brasileiro. Coordenação José Emilio Medaur Ommati. **Coleção Teoria Crítica do Direito**. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2016.

VERBICARO. Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2017.

A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DA DECISÃO PARADIGMA PROFERIDA PELO STF NO HABEAS CORPUS 126.292.

Marco Antônio de Souza *

Bruno Martins Teixeira **

Resumo

O presente Trabalho analisa criticamente a decisão proferida pelo Plenário do STF, no HABEAS CORPUS 126.292, a qual modificou o entendimento da Corte em sua jurisprudência no tocante à possibilidade de execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória em Segundo Grau. Diante desse contexto, é necessário compreender em que medida a referida decisão constituiu em flexibilização e/ou violação do Princípio da Presunção da Inocência e na relativização da Coisa Julgada. Pretende-se, ainda, analisar as técnicas de ponderação de Princípios; apresentar as correntes doutrinárias referente ao tema; bem como demonstrar o posicionamento dos

* Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais, pela Universidade de Itaúna – MG (UIT). Pós-graduado em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho, Teoria e Prática Processual Civil e Trabalhista, pela Faculdade de Direito de Pedro Leopoldo - MG (2016) e em Ciências Criminais, pela PUC Minas (2017). Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos (1985). Delegado de Polícia do Estado de Minas Gerais (1986/1988). Foi Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (aposentado). Advogado. E-mail: sousamarcoaso@gmail.com.

** Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais, pela Universidade de Itaúna – MG (UIT). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, pela Universidade Gama Filho (UGF) – Rio de Janeiro – RJ (2009). Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas do Oeste de Minas – Divinópolis – MG (2005). Técnico Administrativo em Educação do CEFET-MG. Advogado. E-mail: brunomarteixeira@gmail.com.

tribunais do País diante da virada paradigmática acerca da possibilidade da execução provisória da pena ocorrer antes do trânsito em julgado da decisão.

Palavras-chave: Princípio da Presunção de Inocência. Flexibilização. STF. HC 126.292.

Abstract

The present work analyzes criticizing the decision pronounced by the Plenary of the STF, in Habeas Corpus 129.192, which modified the paradigm in its jurisprudence, regarding the possibility of provisional execution of the sentence after confirmation of the conviction in Second Degree. In view of this context, it is necessary to understand the extent to which this decision constituted a relaxation and / or violation of the Principle of the Presumption of Innocence and the relativization of the Judged Thing. It is also intended to present the doctrinal currents referring to the topic; to verify the main ones, as well as to present the position of the Courts of the Country, faced with the paradigmatic turn, regarding the possibility of execution of sentence, occur before of the final decision.

Keywords: Principle of the Presumption of Innocence. Flexibilization. STF. HC 126.292.

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho trata da virada paradigmática do entendimento do STF no tocante à possibilidade da execução provisória da pena após confirmação pelo Tribunal em Segundo Grau. Diante da análise da realidade contemporânea, nota-se que a flexibilização do Princípio da Presunção da Inocência repercute no posicionamento dos Tribunais do nosso País.

A temática do Princípio da Presunção da Inocência encontra-se em evidência no atual cenário brasileiro, em face da mudança paradigmática da Corte Suprema, posto que este Instituto visa à proteção do indivíduo em face da arbitrariedade estatal. Em referido contexto, consiste em uma Garantia Fundamental da parte enquanto réu. Deste modo, é importante analisar em que medida a flexibilização do Princípio da Presunção da Inocência constitui forma de violação à Constituição e aos Direitos Humanos.

O presente Estudo foi realizado, ainda, com base em pesquisa bibliográfica, a partir da qual foi possível estabelecer um paralelo entre os aparatos legais vigentes e a mudança paradigmática jurisprudencial do STF frente aos Direitos Humanos.

O Presente Trabalho foi dividido em cinco capítulos com vistas a facilitar o tratamento do tema. No Segundo Capítulo, após a apresentação do Caso do Acórdão em análise, explicitou-se as normas regulamentadoras da execução provisória da pena e do Princípio da

Presunção da Inocência, demonstrando o tratamento legal nos âmbitos nacional e

internacional. Além disso, foi abordada a solução conferida pelo Tribunal ao caso e discutido o referido posicionamento, a fim de delinear o objeto de estudo do presente Trabalho.

No Terceiro Capítulo foram abordadas as divergências jurisprudenciais acerca do tema, principalmente no que se refere à execução provisória da pena e aos posicionamentos dos Tribunais, acerca da decisão proferida pelo STF.

O Quarto Capítulo trouxe as perspectivas e divergências doutrinárias sobre a possibilidade de execução provisória da pena aos condenados em Segundo Grau, e se isso constitui ou não uma violação ao Direito Fundamental do Estado de Inocência.

2. ANÁLISE DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS 126.292

2.1 Apresentação do Caso: HC 126.292

A medida judicial em análise trata-se de *habeas corpus* impetrado, em face de decisão

do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, cujo pedido liminar, no HC 313.021/SP, foi indeferido. Neste sentido, conforme assevera o Relatório do HC 126.292, elaborado pelo ex-ministro Teori Zavascki:

Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, 2º, I e II do CP), com direito de

recorrer em liberdade; (b) inconformada, somente a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente; (c) contra a ordem de prisão, a defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar. (BRASÍLIA, 2016, p. 2).

O Relator Teori Zavascki indeferiu o pedido liminar do HC contra a suspensão da

prisão preventiva determinada pelo TJ/SP. Em sua fundamentação, o Ministro salientou que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação poderia ocorrer a título cautelar, observados os requisitos estabelecidos no art. 312 do CPP.

Deste modo, ante o indeferimento da medida liminar, em sede de recurso extraordinário, foi impetrado este habeas corpus, por Maria Cláudia de Seixas, sob o fundamento da violação do princípio da presunção da inocência, perante o STF, cujo paciente foi Marcio Rodrigues Dantas.

2.2 Das Normas Regulamentadoras da Execução Provisória da Pena e do Princípio da Presunção Da Inocência

A Revolução Francesa foi palco do fortalecimento e positivação de direitos e garantias

fundamentais. Nesse contexto, foi votada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que estabeleceu em seu art. 9º que: “todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

O Sistema Processual sofreu uma mudança vultuosa nesse período, que influenciou

diversos países pelo mundo, marcada pela transição de um sistema inquisitório para um modelo acusatório. Conforme, assevera Rangel acerca das diferenças entre os dois modelos:

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação, assumindo, todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim, no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu. (RANGEL, 2005, p. 24).

Diversos foram os diplomas internacionais que previram a Presunção da Inocência enquanto Princípio e Garantia Processual. Dentre eles, a

Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, na Assembleia da ONU, positivou o referido Princípio, dispondo em seu Art. 11: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS, 1948). Nessa perspectiva, também a Convenção do Conselho da Europa, de 1950, preceitua em seu Artigo 6º, inciso 2º que: “ninguém será condenado de um crime de ofensa, sendo presumido inocente até que seja provada a culpa de acordo com a Lei”. (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, em seu art. 14.1, primeira parte, estabelece que: “Art. 14.2. Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também previu a Presunção da Inocência, no art. 8.1: “Art. 8.1 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.” (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Incumbe ressaltar, que o Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos foi incorporado ao Ordenamento Jurídico Pátrio, cuja Promulgação no Brasil, ocorreu através do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, semelhante a Convenção Americana

de Direitos Humanos, promulgada em 6 de novembro de 1992, pelo Decreto 678.

O Princípio da Presunção da Inocência foi explicitado na Constituição Federal Brasileira de 1988. Em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988). A Constituição de 1988 foi instrumento de Direitos e Garantias imprescindíveis ao cidadão, como a dignidade da pessoa humana. O Princípio da Presunção da Inocência visa garantir que nenhuma pessoa seja considerada culpada, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

O próprio Código de Processo Penal de 1941, em seu art. 283, consagra a Garantia da Presunção da Inocência combinada ao Devido Processo Legal, ao afirmar que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” (BRASIL, 1941). E o art. 105 da LEP condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado de sentença condenatória. (BRASIL, 1984).

Deste modo, a legislação infraconstitucional, os Tratados e a Constituição preveem como regra a liberdade antes da sentença condenatória definitiva, ressalvadas as hipóteses de prisão preventiva, temporária e em flagrante delito.

2.3 Solução dada pelo STF no HC 126.192

O STF modificou o entendimento ao decidir o HC 126.192 no sentido da possibilidade de execução provisória da pena após confirmação em Segundo Grau de Sentença Condenatória. A principal fundamentação para a modificação do entendimento da Corte, explanada pelo relator Min. Teori Zavascki no acórdão, era de que o julgamento em segundo grau exaure o exame de fatos e provas do processo, tornando-se definitiva a apreciação da referida matéria.

Neste sentido assevera, o relator:

[...] É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de

ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. [...]. (Brasília, 2016, p. 9).

No mesmo diapasão, os Ministros que votaram contrariamente à concessão da Ordem do HC respaldaram sua decisão afirmando que aguardar o trânsito em julgado da decisão em sede de recurso, em Tribunal Superior, ensejaria a prescrição intercorrente de inúmeros casos. Ademais, argumentou-se que em outros Países desenvolvidos a regra é a possibilidade de execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado. Ressaltaram ainda que, por constituir a presunção de inocência um princípio, este não é absoluto, sendo possível realizar sua ponderação e que a mutação constitucional é uma realidade inafastável.

Os posicionamentos contrários à execução provisória da pena após confirmação de Tribunal de Segundo Grau, fundamentam que a Presunção de Inocência constitui Garantia indispensável ao ser humano. Assim, preceitua Celso de Mello que:

A consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica

essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. É por isso, Senhor Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado. (Brasília, 2016, p. 85).

Ao assentar posição favorável a concessão da Ordem de Habeas Corpus, o então presidente do STF, Ricardo Lewandowski, afirmou que o Princípio da Presunção da Inocência é cláusula pétrea e que, por ser taxativo, não admite transgressões.

Diante da fundamentação fático e jurídica, a Corte Constitucional denegou a Ordem de HC, tendo sido vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Portanto, conforme entendimento firmado pelo STF na referida decisão, seria possível a execução provisória da pena de acórdão penal condenatório prolatado em grau de apelação, ainda que pendente recurso especial ou extraordinário.

2.4 Discussão da solução da Decisão do Habeas Corpus 126.292

A Decisão do Habeas Corpus 126.292 deve ser analisada sob diversas conjunturas. A argumentação dos defensores da execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado é que a modificação de posicionamento constituiria hipótese de “mutação inconstitucional”. Porém, o STF, enquanto Guardião da Constituição, não pode descurar da interpretação conforme o Texto Constitucional. Neste sentido, manifesta Celso de Mello:

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade, de penas restritivas de direitos ou, até mesmo, de simples pena de multa. (Brasília, 2016, p. 10).

Os fundamentos dos adeptos da relativização do Princípio da Presunção da Inocência invocam o direito comparado com vistas a justificar a antecipação da execução de pena. Assim, assevera o Ministro Barroso:

Nos diferentes países, em regra, adota-se como momento do início da execução a decisão de primeiro grau ou a de segundo grau, sem que se exija o prévio esgotamento das instâncias extraordinárias. É o que demonstra estudo cobrindo países como Inglaterra, Estados

Unidos, Canadá, Portugal, Espanha e Argentina, citado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto. (Brasília, 2016, p. 48).

Nota-se a fragilidade do referido argumento, haja vista que o Brasil possui condições econômicas, sociais e jurídicas diversas dos países relatados. Nestes termos, ressalta Aury Lopes Júnior:

São países que adotam um julgamento colegiado já em primeiro grau, completamente distinto do nosso, cujo julgamento é monocrático (juiz singular), passando pelas diferenças no sistema recursal e desaguando na absoluta diferença do sistema carcerário (sobre isso, nem preciso argumentar...). Sem falar na diversidade de políticas criminais e processuais. Ademais, muitos desses países não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de jurisdição. (LOPES JÚNIOR, 2016).

Outro argumento utilizado no HC para considerar o réu “culpado”, já em Segundo Grau, seria a impossibilidade de reexame de prova em sede de recursos especiais e extraordinários. Entretanto, ainda que não se discuta o aspecto fático, é inegável que tais recursos não colocam fim à análise e discussão jurídica, capazes de modificar o mérito da causa. Argumenta-se ainda, sob a óptica da redução de número de recursos aos Tribunais superiores, a possibilidade de prisão antes de confirmação em Segundo Grau, bem como afirma-se ser contrário à lei a atribuição de efeitos suspensivos aos recursos extraordinários. Conforme se extrai do voto do Ministro Barroso:

Em primeiro lugar, com esta nova orientação, reduz-se o estímulo à infundável interposição de recursos inadmissíveis. Impedir que condenações proferidas em grau de apelação produzam qualquer consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que eles não têm por força de lei, fomenta a utilização abusiva e protelatória da quase ilimitada gama de recursos existente em nosso sistema penal. (Brasília, 2016, p. 51).

Ademais, tem-se o instituto da prescrição como argumento para a necessidade de execução provisória, antes do trânsito em julgado. Neste sentido assevera o relator do Acórdão HC-126.292:

[...] o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória. (Brasília, 2016, p. 14).

Nota-se assim o enfraquecimento dos recursos extraordinários. Entretanto, “argumentos utilitaristas não servem ao processo penal, ao menos enquanto vivermos em um Estado Democrático de Direito. Justificativas como a impunidade e a demora no julgamento dos recursos não são idôneos para o debate.” (HIRECHE; SANTOS, 2016).

Deste modo, o que atravança a funcionalidade do sistema judiciário são justamente os tempos mortos do processo, que impedem a celeridade processual e ocasionam muitas vezes a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Assim, a morosidade do andamento processual deve-se à falta de aparelhamento da máquina estatal. Quanto à suposta redução do número de recursos aos tribunais superiores, o Duplo Grau de Jurisdição é Garantia Constitucional implícita e o recurso é visto como Garantia do Direito Constitucional de Ação.

3DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DA POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO

No HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), julgado em 28/6/1991, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento, acerca da presunção de inocência, no sentido de esta não obstar a execução provisória da sentença penal condenatória recorrível, confirmada em sede de apelação em Segundo Grau, conforme aduz ementa abaixo:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos

extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido”. (STF, HC 68.726, *Relator: Néri da Silveira, Julgamento: 28/06/1991*).

O pleno do STF em diferentes processos continuou mantendo entendimento sobre a possibilidade de execução provisória da pena. Neste sentido, assevera o HC 74.983, julgado pelo STF: “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (STF, HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997).

Entretanto, em julgamento realizado em 05/02/2009, o HC 84.078/MG, o Plenário do Supremo, reviu seu posicionamento e firmou entendimento de que a execução da sentença antes do trânsito em julgado do título condenatório feriria de morte o princípio da presunção de inocência, estabelecido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Em uma virada paradigmática de posicionamento, o plenário do STF, em julgamento realizado em 17 de fevereiro de 2016, denegou a ordem do HC 126.292/SP e afirmou “a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência”. (BRASIL, 2016). Posteriormente foi indeferida a medida cautelar para suspensão da execução antecipada da pena de todos os acórdãos proferidos em

segunda instância, requeridas na ADC 43 e 44. Em decisão monocrática o Ministro Relator do HC 146815 MC / MG, deferiu medida liminar no sentido de suspender a execução provisória da pena, até o trânsito em julgado da decisão. Deste modo, a referida decisão afrontou a solução proferida em sede do HC 126.292. O cumprimento da sentença deveria ocorrer posteriormente à decisão do STJ.

A Sexta Turma do STJ tem compreendido conforme entendimento firmado pelo STF, pela possibilidade de execução provisória, antes do trânsito em julgado do título condenatório (HC 126.292/MG, de 17/2/2016), ao analisar EDcl no REsp 1.484.413/DF, bem como no REsp 1.484.415/DF

de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o princípio da presunção de inocência, entendimento reafirmado no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em 5/10/2016, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. (STF, Agravo em Recurso Especial, 2016).

Ademais, em recente Decisão Colegiada, foi mantido o posicionamento no Julgamento do Habeas Corpus (HC) 152752, cujo paciente era o ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) negado o referido *Writ*, por maioria de votos. Neste Remédio Heroico, buscava a defesa do ex-Presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, impedir a execução provisória da pena, diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. (STF, 2018).

Desta feita, as divergências jurisprudenciais que permeiam a problemática da execução provisória antes do trânsito em julgado são inúmeras. Diversas são as decisões acerca da possibilidade ou impossibilidade de relativização do princípio da presunção da inocência, até mesmo dentro da própria Corte Constitucional.

4DA DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA SOBRE O TEMA

A execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da decisão tem gerado inúmeros embates doutrinários. Diversos autores se posicionaram de modo desfavorável à decisão proferida pelo STF, no sentido de relativizar o Princípio da Presunção da Inocência. Os fundamentos hermenêuticos utilizados pelo Tribunal foram duramente criticados pela sua própria insubsistência, conforme aduz o professor gaúcho Lênio Streck, ao responder o questionamento: Intepretação conforme a que? referindo-se à decisão da Corte que relativizou a Presunção da Inocência: Parece que o Supremo Tribunal Federal elaborou uma nova técnica de interpretar: estabeleceu uma interpretação contra a Constituição ou, em outra versão, interpretação em desconformidade. (STRECK, 2016). Consoante ao entendimento da impossibilidade de relativização da Presunção de Inocência assevera Aury e Badaró:

Mas a Constituição brasileira de 1988, reforçando a presunção de inocência, seguiu os modelos italiano e português, dando efetividade máxima ao compromisso do Estado Brasileiro com a preservação da dignidade da pessoa humana. Para a garantia da presunção de inocência foi estabelecido, como marco temporal final de sua aplicação, o

momento derradeiro da persecução penal. O acusado tem o direito que se presume a sua inocência “até o trânsito em julgado” da sentença penal condenatória. Não é possível, portanto, concordar com a premissa adotada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 126.292/SP, que implica, em apertada síntese, concluir que a presunção de inocência não vigora mais até “o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, como assegura o inc. LVII, do caput do art. 5º da CR, mas só até “a confirmação a sentença condenatória em segundo grau”! Evidente que a questão vai muito além de um problema de escolha técnico jurídica. Há um profundo e incontestado sentido axiológico em tal decisão. (AURY; BADARÓ, 2016).

A execução antecipada da pena de prisão é medida dotada de irreversibilidade e cujos efeitos não podem ser remediados, de modo diverso do CPC. Não há como promover a devolução do “tempo” que lhe foi retirado, na hipótese de compreender o Superior Tribunal de Justiça, ou o Supremo Tribunal Federal, pelo provimento ao recurso especial ou extraordinário, a fim de promover a anulação do processo, diminuir sua pena ou, até mesmo, modificar o regime de cumprimento. (AURY; BADARÓ, 2016). Assevera Maurício Zanoide de Moraes, que a prisão provisória é uma indicação do final do processo:

Essa visão ‘gradualista’ da presunção de inocência não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da ‘presunção de culpa’, pois sob seu argumento está uma ‘certeza’ de que, ao final, a decisão de mérito será condenatória. Desconsiderando a

importância da cognição dos tribunais, ‘crê’ que a análise do juízo a quo pela condenação prevalecerá e, portanto, ‘enquanto se espera por um desfecho já esperado’, mantém-se uma pessoa presa ‘provisoriamente. (MORAES, 2008).

A execução da pena anterior ao trânsito em julgado não possui amparo legal e constitucional. “Trata-se de uma interpretação tacanha das normas, objetivando resolver um problema que tem origem bem diversa.” (HORA, 2017). Assim, a insuficiência estatal não pode servir de forma de violação de Direitos Fundamentais:

Se o Estado é ineficiente e não consegue prestar a tutela jurisdicional no tempo devido, por insuficiência física e material que geram incapacidade do Poder Judiciário julgar, em tempo razoável os processos, não se pode pagar o preço da ineficiência com a supressão de garantias processuais dos acusados. (AURY; BADARÓ, 2016).

Streck cita Dworkin, tomando como base a diferenciação de julgamento por princípio e julgamento por política, conceituado por este: “Nitidamente o STF, por sua maioria, fez um julgamento por política, conforme se vê nas argumentações. Disseram como deve ser o Direito Penal. E não como ele é a partir do que o parlamento votou.” (STRECK, 2016).

Os argumentos contrários à relativização do Princípio da Presunção de Inocência são de que o STF modificou de modo radical o conceito de trânsito em julgado, na decisão do HC126.292 que, conforme salienta Eugênio Paccelli:

desconsidera a exigência do trânsito em julgado dando-lhe significado

diverso daquele constante na legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão da qual não caiba recurso (...). não vemos como alterar o conceito de trânsito em julgado, a não ser por essa via (constitucional). (PACELLI, 2017, p. 39).

Neste sentido, preleciona Renato Brasileiro ressaltando a flagrante incompatibilidade da decisão proferida pelo STF no HC 126.292 com o texto constitucional:

Com a devida vênua à maioria dos Ministros do STF que admitiram a execução provisória da pena, parece-nos que esse novo entendimento contraria flagrantemente a Constituição Federal, que assegura a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) até o trânsito em julgado de sentença condenatória (art. 5º, LVII), assim como o art. 283 do CPP, que só admite, no curso da investigação ou do processo é dizer, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória - a decretação da prisão temporária ou preventiva por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. (DE LIMA, 2017, p. 48)

A visão do Ministro Joaquim Barbosa se coaduna com o entendimento da Corte no HC 126.292:

Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal causará verdadeiro estado de impunidade. Não se trata de relegar a inoperância o princípio da presunção da inocência do acusado, mas se estará a velar pelo cumprimento provisório de provimento condenatório, já exaustivamente decidido nas instâncias ordinárias. Volto a frisar, as instâncias

competentes para exame dos fatos. Ora, o princípio do estado de inocência não é absoluto e incontestável em nosso ordenamento jurídico; foi com base na sua ponderação que, por exemplo, esta Corte sempre entendeu e continua entendendo legítimos os institutos da prisão preventiva e da liberdade provisória (BARBOSA, 2009).

No mesmo sentido, o argumento dos que afirmam não haver violação da Presunção da Inocência, sob o fundamento de que apenas 21 anos após a entrada em vigor do Texto Constitucional, voltou-se a discutir acerca da prisão após o trânsito em julgado em Segunda Instância. Neste sentido aduz:

O sistema penal vinha de uma indiscutível história de prisão após condenação da

segunda instância, com possibilidade do tribunal superior suspender justificadamente. Essa é a tradição histórica do nosso sistema judicial, que deve ser especialmente considerada. A Constituição entrou em vigência em 1988, mas somente em 2009, 21 anos depois, o Supremo foi convencido, por maioria simples, que o texto falando de culpa poderia ser interpretado como proibição de prisão. (GIMENES, 2018).

Há também a visão dos que congregam com a aceção de que apenas os ricos possuem acesso aos tribunais superiores e esperar o “trânsito em julgado para poder iniciar a execução da pena era ineficiente e injusta, porque réus pobres, que são a imensa maioria, defendidos

por advogados menos capacitados, nem sequer recorriam ao STJ e ao STF e, para eles, a execução da pena era imediata.” (FREITAS, 2016). Conforme o entendimento de Antônio Magalhães Gomes Filho:

As prisões decretadas anteriormente à condenação, que numa visão mais radical do princípio nem sequer poderiam ser admitidas, encontram justificação apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual. (FILHO, 1991).

Portanto, as motivações que fundamentam posicionamentos contrários e favoráveis a Decisão da Corte encontram amparo na doutrina, das mais variadas formas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Presunção da Inocência consagrado na Carta Política e em diversos Diplomas Legais, nacionais e internacionais, como o Código de Processo Penal, a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana, constitui Garantia Processual inafastável do Ordenamento Jurídico Pátrio. O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, não possui o poder Supremo de legislar contra o próprio Texto Constitucional. A Hermenêutica não deve constituir, sob o pretexto da “mutação constitucional”, em artifício de supressão de Garantia Constitucional a duras penas conquistada.

O Estado Democrático de Direito pressupõe a observância do Texto Constitucional nos moldes em que

este foi estabelecido. Adotar a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado fere de morte a Presunção da Inocência e viola o princípio segundo o qual um indivíduo apenas será considerado culpado após passado em julgado título condenatório a seu desfavor. Entende-se assim que o Estado de Inocência constitui em cláusula pétrea, que jamais poderá ser tolhida do Ordem Constitucional.

Ademais, não pode a ineficiência estatal servir de pretexto para a adoção de uma política criminal mais severa e descompromissada com os Direitos Humanos Fundamentais. A utilização do argumento de que a impunidade que assola o país chegou a nível alarmante não convence mais, posto que incumbe ao Ente estatal garantir a segurança, sem descurar dos Direitos e Garantias Individuais.

A suposta diminuição no número de recursos é uma realidade intangível, já que a demanda ao Judiciário cresce assustadoramente. No que se refere à prescrição da pretensão punitiva estatal, cabe à máquina estatal viabilizar mecanismos que promovam a celeridade processual e não será uma decisão “milagrosa” proferida pela Corte Suprema capaz de resolver os problemas de um sistema de Justiça dispendioso e ineficaz.

No que tange à má utilização da ponderação entre princípios no HC sob comento, a Presunção da Inocência enquanto norma, prevista no Texto Constitucional, não permite flexibilização ou sopesamentos, posto que constitui cláusula pétrea em Direitos Fundamentais, devidamente incorporada na Legislação Pátria, por ratificação de Acordos e Tratado Internacionais sobre Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. **Parecer: Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** Consultante: Maria Cláudia de Seixas. 2016. Disponível em:<

http://emporiiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>.

Acesso em: 20. fev. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto lei nº 3.689.** 03 Out. 1941. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 20. fev. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20. fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20. fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43.** Relator: Marco Aurélio. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, 05. Out. 2016. Disponível

em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 16. fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292.** Relator: Teori Zavascki. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, 17 Fev. 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20. fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 868.898 - SE (2016/0064460-2)**. Relator: Min. Neffi Cordeiro. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, 06 Dez. 2016. Disponível em: <http://www.mpse.mp.br/Coordenadoriarecurisal/Documentos/AbrirDocumento.aspx?cd_documento=2244>. Acesso em: 20. fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 152.752**. Relator: Min. EDSON FACHIN. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, 22 Mar.2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=152752&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10. Abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 68.726**. Relator: Min. Néri da Silveira. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 28 Jun. 1991. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=HC+68726>>. Acesso em: 17. fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84078/MG**. Omar Coelho Victor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078.NUME.+OU+84078.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hwda337>>. Acesso em: 10. Mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº HC 146.815 MC / MG.** Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, 24 Ago. 2017. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/gilmar-monocratica-instancia.pdf>>. Acesso em: 20. fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº HC 74.983.** Relator: Carlos Velloso. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, 30 de Jun. 1997. Disponível em:

<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185088&modo=cms>. Acesso em: 10. Mar. 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22. Nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/deslocamento-forcado-atinge-recorde-global-e-afeta-uma-emcada-113-pessoas-no-mundo/>>. Acesso em: 22. fev. 2018.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. 04. Nov. 1950. Roma. Disponível em: <

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf
<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/deslocamento-forcado-atinge-recorde-global-e-afeta-uma-emcada-113-pessoas-no-mundo/>>. Acesso em: 22. fev. 2018.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal:** volume único I. 5. ed. rev .. ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em:

<<http://coral.ufsm.br/observatoriodh/images/1789-Declara%C3%A7%C3%A3odosdireitosdohomemedocidad%C3%A3o.pdf>><http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/deslocamento-forcado-atinge-recorde-global-e-afeta-uma-emcada-113-pessoas-no-mundo/>>. Acesso em: 20. fev. 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20. fev. 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena.** Coluna: Segunda Leitura. 21 Fev. 2016. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibriodeterminar-execucao-provisoria-pena>>. Acesso em: 20. fev. 2018.

GIMENES, José Jácomo. **Prisão após condenação de segunda instância não fere Constituição.** 24. FEV. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/josejacomoprismo-segunda-instancia-nao-fere-constituicao>>. Acesso em: 12. Abr. 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991, p. 65.

HIRECHE , Gamil Föppel El; SANTOS, Pedro Ravel Freitas . **Decisão do Supremo é mais um capítulo do Direito Penal de emergência.** Coluna: Opinião. Consultor Jurídico. 17. Fev2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016fev-17/decisao-stf-capitulodireito-penal-emergencia>>. Acesso em: 20. fev. 2018.

HORA, Luís Carlos de Almeida. **A relativização de direitos fundamentais pela incompetência de gestão do sistema de justiça criminal no Brasil.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5173, 30 ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/pareceres/60062>>. Acesso em: 20. fev. 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico.** Coluna: Limite Penal. Consultor Jurídico. 04. Mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nossojuridico>>. Acesso em: 20. fev. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Assembleia Geral das Nações Unidas. 16. Dez. 1966. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>>. Acesso em: 20. fev. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

STRECK, Lênio. **Supremo e a presunção da inocência: interpretação conforme a quê?** Coluna: Opinião. Consultor Jurídico. 07. Out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacaoconforme>>. Acesso em: 20. fev. 2018.]

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2000.

APOSENTADORIA ESPECIAL PARA O SERVIDOR PÚBLICO COM DEFICIÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL ESQUECIDO?

*Bruno Martins Teixeira **

*Marco Antônio de Souza ***

Resumo

O artigo trata da aposentadoria especial para o servidor público com deficiência, prevista no artigo 40, § 4º, I, da Constituição Federal, dando enfoque específico para a atual ausência de regulamentação infraconstitucional desse direito fundamental. Partindo da modificação trazida pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005 e utilizando-se do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e análise documental, analisa-se comparativamente a legislação e a jurisprudência que tratam da aposentadoria especial nos âmbitos privado e público. Conclui-se que a referida mora legislativa é devida, em maior parte, ao duplo preconceito que os

* Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais, pela Universidade de Itaúna – MG (UIT). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, pela Universidade Gama Filho (UGF) – Rio de Janeiro – RJ (2009). Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas do Oeste de Minas – Divinópolis – MG (2005). Técnico Administrativo em Educação do CEFET-MG. Advogado. E-mail: brunomarteixeira@gmail.com

** Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais, pela Universidade de Itaúna – MG (UIT). Pós-graduado em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho, Teoria e Prática Processual Civil e Trabalhista, pela Faculdade de Direito de Pedro Leopoldo - MG (2016) e em Ciências Criminais, pela PUC Minas (2017). Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos (1985). Delegado de Polícia do Estado de Minas Gerais (1986/1988). Foi Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (aposentado). Advogado. E-mail: sousamarcoaso@gmail.com

servidores públicos com deficiência ainda enfrentam em nosso país.

Palavras-chave: Aposentadoria especial; Pessoa com deficiência; Regulamentação; Servidor Público com Deficiência; Direito Fundamental.

Resumen

El artículo trata de la jubilación especial para el servidor público con discapacidad, prevista en el artículo 40, § 4º, I, de la Constitución Federal, dando enfoque específico a la actual ausencia de regulación infraconstitucional de ese derecho fundamental. A partir de la modificación traída por la Enmienda Constitucional n. 47, de 2005 y utilizando el método deductivo, con investigación bibliográfica y análisis documental, se analiza comparativamente la legislación y la jurisprudencia que tratan de la jubilación especial en los ámbitos privado y público. Se concluye que la referida mora legislativa es debida, en gran parte, al doble perjuicio que los funcionarios públicos con discapacidad todavía enfrentan en nuestro país.

Palabras clave: Jubilación especial; Persona con discapacidad; reglamentos; Servidor público con discapacidad; Derecho Fundamental.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos das pessoas com deficiência tiveram maior reconhecimento legal em todo mundo a partir da segunda metade do século XX. No caso do Brasil, a Constituição de 1988 representou considerável avanço no que tange à proteção jurídica dessas pessoas, prevendo

textualmente uma série de direitos que não constavam dos diplomas constitucionais anteriores.

No bojo dessa nova proteção jurídico-constitucional, a aposentadoria especial do trabalhador com deficiência não foi reconhecida quando da promulgação do Texto Fundamental. A novidade só foi incorporada ao Texto Maior no ano de 2005, por meio da Emenda Constitucional n. 47, de 2005, que alterou os artigos 40, § 4º e 201, § 1º. Chama atenção o fato de tal mudança ter sido realizada dezessete anos após a promulgação da Constituição, não obstante esta, desde sua promulgação, já tivesse tratado explicitamente do direito de igualdade no artigo 5º.

Procedida a citada alteração constitucional, a regulamentação do direito à aposentadoria especial, no tocante ao Regime Geral, levou oito anos para acontecer, o que se deu com a Lei Complementar n. 142, de 08 de maio de 2013. Contudo, no caso dos servidores públicos até hoje não houve a edição da Lei Complementar respectiva, o que se apresenta como um problema a ser enfrentado.

No segundo capítulo do trabalho, analisa-se a proteção jurídico constitucional das pessoas com deficiência, apresentando sobretudo a dimensão constitucional que foi conferida aos direito desses indivíduos em nosso país.

Os principais aspectos da aposentadoria especial enquanto direito fundamental da pessoa com deficiência é tema central do terceiro capítulo, em que se ressalta o enquadramento da referida garantia dentro dos objetivos fundamentais constitucionais.

Nos capítulos quatro e cinco, estudam-se os diferentes aspectos da regulamentação do direito à citada aposentadoria nos âmbitos do Regime Geral e Público, comparando-se as normas respectivas.

Neste trabalho, utiliza-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e análise documental, buscando, em suma, perscrutar os motivos pelos quais o benefício previdenciário em exame tem recebido tratamento legal diferente nas esferas privada e pública em nosso país, haja vista a Constituição ter reconhecido, que trata-se de um direito a ser garantido a qualquer trabalhador, seja ele celetista ou estatutário.

2 A PROTEÇÃO JURÍDICO- CONSTITUCIONAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Constituição de 1988 confere ampla proteção jurídico-constitucional às pessoas com deficiência¹⁸⁹, diferentemente do que se verificou nos textos constitucionais antecedentes. Nos diplomas anteriores não havia qualquer menção às garantias desses indivíduos, salvo a breve previsão contida na Emenda Constitucional n. 1, de 17/10/1969, em que se anotara, no artigo 175, § 4º, que “Lei especial

¹⁸⁹ Duas observações iniciais se fazem necessárias com relação ao tema: A primeira diz respeito à utilização da terminologia correta para se referir a esses indivíduos. Por força do Decreto 6.949, de 25/08/2009, o qual promulga a Convenção Internacional das pessoas com deficiência, o Brasil adotou oficialmente a expressão “pessoas com deficiência”. O citado Decreto foi aprovado na forma do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, tendo, portanto, *status* de Emenda Constitucional. Por tal motivo, foi tacitamente derogado o uso da expressão “portadores de deficiência”, já que quem possui uma deficiência não a porta simplesmente. Outro ponto importante diz respeito ao novo conceito de pessoa com deficiência, que considera mais os aspectos sociais e menos a questão médica, conforme artigo 1, do Decreto n. 6.949/2009, que anota que tais pessoas são aquelas “[...] que têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”

disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais.”

A Carta Constitucional vigente prevê textualmente sobre a salvaguarda de tratamento isonômico no tocante a salário e critérios de admissão (art. 7º, XXXI), a previsão de delegação de competência comum aos entes federativos quanto à implementação de mecanismos para a sua proteção jurídica (art. 23, II), a fixação de competência legislativa concorrente para sua integração (art. 24, XIV), o acesso aos cargos e empregos públicos (art. 37, VIII), a aposentadoria especial (art. 40, § 4º, I e 201, § 1º), o direito à precedência no recebimento de débitos de natureza alimentícia devidos pelas entidades estatais (art. 100, § 2º), maior integração à vida comunitária (art. 203, IV), atendimento educacional especializado e criação de programas de prevenção e atendimento especializado (art. 208, III e 227, §1º, II) e a exigência de normatização acerca da acessibilidade física e de transporte público (art. 227, §2º e 244).

A Emenda Constitucional n. 47/2005, de 05 de julho de 2005, oriunda da Proposta de Emenda à Constituição n. 227/2004, modificou o § 4º do artigo 40 e o § 1º do artigo 201, da

Constituição Federal, para fazer inserir no texto constitucional, respectivamente, a previsão do direito de aposentadoria especial para as pessoas com deficiência vinculadas aos regimes próprios (servidores públicos) e para os filiados ao Regime Geral (INSS).⁴

Há que se destacar, nesse mesmo sentido, a aprovação do Decreto Legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008, por meio do qual o Brasil ratifica oficialmente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD (promulgada pelo Decreto 6.949, de 25/08/2009). Com essa aprovação, as disposições da

CDPD entram para o ordenamento pátrio com *status* de Emenda Constitucional, uma vez que a aprovação se deu conforme o procedimento previsto no artigo 5º, § 3º da CF.

A importância da CDPD, que em seus 18 artigos dispõe detalhadamente sobre os diversos aspectos importantes da proteção jurídica das pessoas com deficiência, está bem sintetizada no seu artigo 1, no qual se assenta o propósito de “[...]promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.”

3 DIREITO FUNDAMENTAL À APOSENTADORIA ESPECIAL

Quando de sua promulgação, a Constituição de 1988 já poderia ter trazido previsão expressa acerca da aposentadoria especial para as pessoas com deficiência, pois já eram conhecidas as dificuldades que têm que ser enfrentadas pelos trabalhadores nessas condições. Apesar disso, a interpretação constitucional no sentido do reconhecimento desse direito já era possível em virtude de sua decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito como objetivo fundamental, bem como da necessária observância do princípio da igualdade, presente no artigo 5º da Constituição Federal.

A Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/1998, trouxe nova previsão a respeito da adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria para os segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e dos servidores públicos. Alterou os artigos 40, §

4º e 201, § 1º, para prever que os trabalhadores cujas atividades sejam exercidas

4 Estabelece o artigo 40, § 4º da Constituição que “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I portadores de deficiência;

II que exerçam atividades de risco;

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.” Por sua vez, o Art. 201, § 1º, dispõe que: “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.”

exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física poderão ter critérios especiais de aposentadoria. Ao tempo da EC n. 20/1998, o legislador constituinte também poderia ter inserido as pessoas com deficiência no rol de destinatários da aposentadoria especial, uma vez que as condições materiais de quem tem alguma deficiência importante se assemelham às dos trabalhadores em atividades perigosas ou insalubres, sendo perfeitamente possível caracterizar o labor de uma pessoa com deficiência como um trabalho

penoso.¹⁹⁰

¹⁹⁰ O artigo 7º, XXIII da CF, incluiu dentre os direitos sociais o direito à percepção de “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”; Assim também, no tocante à aposentadoria especial, o legislador constituinte já poderia ter feito incluir, no texto da EC n. 20/1998, a previsão de uso de critérios

Não obstante a interpretação constitucional já propiciasse a demarcação do direito da

peessoa com deficiência a uma aposentadoria especial, a respectiva garantia só foi inserta no Texto Maior no ano de 2005, por força da Emenda Constitucional n. 47, de 05/07/2005, ou seja, 17 anos após a promulgação da CF.

A EC 47/2005 modificou o § 4º do artigo 40 e o § 1º do artigo 201, da Constituição Federal, para prever o direito à aposentadoria especial para as pessoas com deficiência, a par daquilo que já havia sido estabelecida anteriormente no que atine aos trabalhadores em atividades perigosas ou insalubres. Com efeito,

Dentro desse contexto, se, em essência, a aposentadoria especial está relacionada ao trabalho submetido a condições especiais, principalmente, em razão da exposição aos agentes nocivos legalmente previstos, com a instituição da aposentadoria especial para pessoas com deficiência, modifica-se a perspectiva, pois, é a condição pessoal do trabalhador e a sua relação com o trabalho, numa visão funcional, que influenciará o direito ou não ao benefício. Este é o novo paradigma criado pela Emenda Constitucional 47/2005, ao estabelecer a ressalva: ‘[...] os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de

especiais para aposentadorias de trabalhadores nessas três condições, sendo de se subsumir a condição de possuir uma deficiência equivalente a um trabalho penoso.

deficiência, nos termos definidos em lei complementar'. (PORTELLA; SILVA, 2016, p. 8)

Vê-se que a demora nesse reconhecimento reflete o preconceito ainda presente em nosso meio, no que tange à inclusão das pessoas com deficiência nos vários setores sociais. A questão econômica mais uma vez é o centro da problemática, vez que, além do preconceito em si, a antecipação constitucional da aposentadoria do trabalhador com deficiência é muitas vezes analisada e apresentada, equivocadamente, como uma indesejável causa de impacto no orçamento da Previdência.

É importante observar que se convive, ainda hoje, com um projeto de Estado neoliberal cujo alcance das metas quase sempre desconsidera o aspecto da dignidade dos seres humanos envolvidos, pois, como salienta José Luiz Bolzan de Moraes,

É a partir de um discurso econômico eficientista que se busca alcançar supor a inviabilidade da permanência de uma ordem – que em muitas experiências é apenas legislativa, não material ou substantiva, tenha-se presente – de bem estar social.” (MORAIS, 2011, p. 49)

Verifica-se, portanto, que a aposentadoria especial dos trabalhadores com deficiência trata-se claramente de um direito fundamental, por representar um direito público-subjetivo, com expressa previsão em dispositivo constitucional, encerrando caráter de limitação a exercício do poder estatal em face da liberdade individual da pessoa do servidor público com deficiência. (DIMOULIS; MARTINS, 2009, pp. 46-47).

Nesse diapasão, há que se compreender ainda, e de uma vez por todas, que

[...] a proteção jurídica diferenciada aos deficientes não é um ato de caridade que o Estado e as pessoas devam ter em relação a alguns dos membros da sociedade, pois a pessoa portadora de deficiência, qualquer que seja, motora, sensorial ou intelectual, é inteira no que diz respeito à sua dignidade e aos seus direitos. (MAZZILLI, 2005 p. 551 apud ALMEIDA, 2008, p. 555)

É preciso não esquecer que a Previdência, tanto a privada quanto a pública, têm caráter solidário, estando sujeitas à observância de critérios que mantenham o equilíbrio financeiro e atuarial. Essa previsão se coaduna perfeitamente com o objetivo fundamental insculpido no artigo 3º, I da Constituição Federal, que divisa a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, obrigando-nos à consideração dos aspectos sociais envolvidos, não apenas os econômicos.

Comentando sobre a solidariedade previdenciária, Sérgio Pinto Martins afirma que

Aplicado este preceito à Seguridade Social, vamos encontrar que aqueles que têm melhores condições financeiras devem contribuir com uma parcela maior para financiar a Seguridade Social. Ao contrário, os que têm menores condições de contribuir devem ter uma participação menor no custeio da Seguridade Social, de acordo com as suas possibilidades, mas

não podem deixar de contribuir.
(MARTINS, 2008, p. 52)

Trazendo esse raciocínio para a questão acerca da diferenciação dos requisitos para a aposentadoria do trabalhador com deficiência, dentro da perspectiva de uma sociedade solidária (art. 3º, I, da CF), encontramos claros fundamentos para que essas pessoas se aposentem mais cedo do que aquelas que não possuem deficiência.

4 REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Como já dito anteriormente, o direito à aposentadoria especial dos trabalhadores e servidores públicos com deficiência foi inserido textualmente na Norma Ápice no ano de 2005, por meio da EC n. 47/2005. Contudo, a regulamentação desse direito só ocorreu no ano de 2013, ou seja, oito anos depois da previsão constitucional e 25 anos após a promulgação do texto original da Constituição Federal de 1988.

Essa normatização infraconstitucional se deu por meio da Lei complementar n. 142, de 08 de maio de 2013, que regulamentou o citado § 1º do 201 da CF, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

A LC n. 142/2013 estabelece que os segurados com deficiência têm direito a se aposentar por tempo de contribuição ou por idade, com critérios diferenciados em relação a segurados que não tenham deficiência.

Segundo o 2º da LC 142/2013, é considerada pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na

sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Esse mesmo conceito é adotado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD (promulgada pelo Decreto 6.949, de 25/08/2009) e pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Para a lei, a concessão da aposentadoria se vincula ao grau de deficiência, sendo exigido tempo diferenciado para obter tal benefício previdenciário, conforme o grau de deficiência seja grave, moderado, ou leve. O artigo 3º prevê que a aposentadoria poderá ser por tempo de contribuição ou de idade. Homens podem se aposentar com 25, 29 ou 33 anos de contribuição, conforme a deficiência seja considerada, respectivamente, como grave, moderada ou leve. Mulheres, na mesma situação, podem ter a aposentadoria aos 20, 24 ou 28 anos, conforme o grau de deficiência. Caso opte por se aposentar por idade, o homem adquire tal direito aos 60 anos e a mulher aos 55, independentemente do grau de deficiência, desde que conte com o tempo mínimo de 15 anos de contribuição e seja comprovada a existência da deficiência nesse período.

A Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1, de 27.01.2014 estabelece

parâmetros para a avaliação do segurado da Previdência Social e à identificação dos graus de deficiência. A Portaria também define “impedimento de longo prazo” de que trata o artigo 70D, § 3º do Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, sendo assim considerado aquele que, conforme art. 3º, “produza efeitos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos, contados de forma ininterrupta.” (BRASIL, 2014)

A avaliação do grau e condição da deficiência será realizada pela perícia médica do INSS e levará em

conta os aspectos médico e funcional, produzindo efeitos somente no campo previdenciário.

No que tange ao aspecto funcional, será considerado o conceito de funcionalidade previsto na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde — CIF, da Organização Mundial de Saúde, por meio da aplicação do Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria — IFBrA, conforme anexo à Portaria Interministerial n. 1/2014.

O Decreto n. 3048/1999, com a alteração do Decreto n. 8.145, de 03 de dezembro de 2013, passou a conter disposições importantes sobre a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência. No Art. 70-E, estabelece a possibilidade de ajustamento dos parâmetros relativos à fixação da idade na qual a pessoa com deficiência poderá se aposentar conforme haja mudança no grau da deficiência se, após a filiação ao RGPS, o segurado tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau alterado. Após esse ajuste, que será feito por conversão, poderão ser somados os tempos obtidos. Além disso, o segurado com deficiência, atendidas as condições legais, tem a opção de requerer qualquer outra aposentadoria prevista no RGPS, caso lhe seja mais vantajoso.

Dentro dos objetivos do presente estudo, é útil conhecer como se dá a operacionalização do pedido de aposentadoria especial em questão no âmbito do RGPS, já que, como se verá adiante, as decisões em Mandado de Injunção são pacíficas em determinar a aplicação dessas regras aos casos relativos aos servidores públicos.

5 APOSENTADORIA ESPECIAL PARA O SERVIDOR PÚBLICO COM DEFICIÊNCIA

Como se afirmou antes, até o momento não foi editada a Lei Complementar de que trata o artigo 40, § 4º, I da CF, cuja finalidade seria regulamentar a aposentadoria especial do servidor público com deficiência, a exemplo do que foi feito no caso dos trabalhadores segurados do RGPS, por meio da edição da LC 142/2013. A proposição legislativa que poderia corrigir essa situação vem tramitando muito vagarosamente nas Casas Legislativas.

Com isso, até que se dê a regulamentação em comento, a solução que vem sendo apresentada segue a via da judicialização, com o reconhecimento desse direito constitucional por meio de decisões em sede de Mandado de Injunção.

Outrossim, é importante também contextualizar a atuação do Ministério Público nesse cenário.

5.1 O Projeto de Lei 454/2014

Desde o ano de 2005 o projeto de Lei do Senado – PLS n. 250 de 2005, de autoria do Senador Paulo Paim, vem tramitando no Legislativo. O texto da proposição, que encontra-se atualmente sob análise da Câmara dos Deputados, continha originariamente um único artigo e seu parágrafo único:

“Artigo 1º. - O servidor público da Administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios titular de cargo efetivo que seja portador de deficiência poderá se aposentar voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço

público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, após vinte e cinco anos de contribuição, independentemente de idade.

Parágrafo único.
Considera-se portador de deficiência, para fins desta Lei Complementar, a pessoa acometida por limitação físico-motora, mental, visual, auditiva ou múltipla, que a torne hipossuficiente para a regular inserção social.” (BRASIL, 2005)

Nove anos após ser proposto, o projeto foi aprovado no Senado e encaminhado, em 10/12/2014, à Câmara dos Deputados para revisão, vindo a receber o novo número 454/2014. Está sob a relatoria do deputado Benjamin Maranhão e em análise da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) desde 04/03/2015.

Em parecer dado pelo relator, na data de 27/04/2015, foi apresentado um substitutivo ao projeto 454/2014. Em seu voto, o deputado manifesta discordância do texto até então mantido, no que toca à caracterização das deficiências em grave, moderada e leve. Segundo ele, para fazer *jus* ao benefício, bastaria que o servidor apresentasse condição de saúde especial permanente (física, mental, intelectual ou sensorial) com “perda parcial ou total, bem como ausência ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, gerando limitação ou incapacidade parcial para o desempenho de determinada atividade.” Ainda segundo o parlamentar, o estabelecimento de diferentes gradações poderia gerar confusão ou mesmo injustiça, por exemplo, em situações em que a deficiência se enquadre no limite entre dois graus.

No texto do substitutivo apresentado houve a opção por aplicar ao servidor com deficiência idêntica redução temporal utilizada para o caso dos professores, prevista no artigo 40, § 5º da CF, que consiste em reduzir em cinco anos o tempo necessário para se aposentar, devendo a avaliação da deficiência, neste caso, ser feita pela junta médica oficial do órgão ou entidade em que o servidor for lotado.

No artigo 3º da proposta se anota que a aposentadoria ao servidor público com deficiência dar-se-á, desde que cumprido tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, com o atingimento de 55 anos de idade e 30 de contribuição, se homem, e 50 anos de idade e 25 de contribuição, se mulher; ou, no caso da aposentadoria por idade, alcançar-se-ia o direito ao completar-se 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Conquanto haja a tramitação de proposição visando preencher a referida lacuna legislativa, vê-se que o caminhar do projeto segue vagaroso, apesar da grande importância do tema. Indiscutivelmente, há urgência na efetivação do aludido direito, já que é incontestável que as pessoas com deficiência desenvolvem esforço maior no exercício de suas funções.

5.2 Jurisprudência e atuação do Ministério Público

Diante dessa omissão do Poder Legislativo, após o ano de 2005 - ano da publicação da EC 47 - inúmeras decisões veem sendo proferidas, em sede de Mandado de Injunção, no sentido de determinar a aplicação analógica

do artigo 57 da lei 8.213/1991 e da LC 142/2013, para os casos relativos aos servidores públicos com deficiência. Vejamos uma das decisões mais importantes do STF a respeito:

“AGRAVO REGIMENTAL EM
MANDADO DE INJUNÇÃO.

APOSENTADORIA
ESPECIAL DE SERVIDORES
COM DEFICIÊNCIA.
PRETENSÃO DE APLICAÇÃO
DOS PARÂMETROS DA LC N.
142/2013 AO TEMPO DE
SERVIÇO ANTERIOR A SUA
VIGÊNCIA. 1. Mandado de
injunção impetrado com base no
art. 40, § 4º, I, da Constituição, que
assegura o direito à aposentadoria
especial aos servidores com
deficiência. 2. Ordem concedida
nos termos da integração realizada
pelo Plenário do STF: aplicação
supletiva do art. 57 da Lei n.
8.213/1991, com relação ao período
anterior à entrada em vigor da LC
n. 142/2013, e do disposto na
referida Lei Complementar, no que
se refere ao período posterior.
Precedentes. 3. Agravo regimental
a que se nega provimento. (...)” (MI
1.884/DF, Tribunal Pleno, Rel.
Min. Roberto Barroso, DJe
27.10.2015).¹⁹¹ (STF, 2015)

Um avanço que merece ser destacado diz respeito à decisão dada no bojo do MI 795, em 15/04/2009. Em tal

¹⁹¹ Nesse mesmo sentido as decisões: MI 4.153-AgR e MI 4.428-AgR, ambos relatados pelo Min. Luiz Fux e o MI 6379, da relatoria do Ministro Barroso, disponíveis em < portal.stf.jus.br, consulta em: 19jan2018.

veredito, motivado por questão de ordem suscitada pelo então Ministro Joaquim Barbosa, o STF autorizou que os Ministros decidam monocrática e definitivamente os casos idênticos de Mandado de Injunção apresentados por servidores com deficiência que requeiram aposentadoria especial (STF, 2009).

Considerando ao crescente número de ações judiciais pleiteando esse benefício previdenciário, o Procurador-Geral da República protocolizou junto ao STF, no mês de março de 2015, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO 32), tendo sido submetida à relatoria da Ministra Rosa Weber. Na citada Ação, a PGR pede que seja declarada a inconstitucionalidade por omissão decorrente de mora legislativa na regulamentação do art. 40, § 4º, I, da Constituição Federal, além da aplicação imediata da LC 142/2013 e do art. 57 da Lei 8.213/1991, com relação ao período anterior à entrada em vigor da LC 142/2013, como forma de permitir o gozo da aposentadoria especial para servidor público portador de deficiência, enquanto perdurar a aludida omissão legislativa.

Em sua fundamentação, o Procurador-Geral rememora o reconhecimento, pelo STF, de mora legislativa do Congresso Nacional quanto à falta de regulamentação do disposto no art. 40, § 4º, III, da CF. Trata-se da edição da súmula vinculante n. 33⁷, determinando a aplicação, por analogia, do artigo 57 da lei 8.213/91 aos casos de servidores públicos que estivessem exercendo sua atividade em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física.

Em seu pedido, a PGR também frisa a preocupação quanto ao fato de que as referidas decisões em Mandado de Injunção têm seus efeitos restritos ao servidor postulante, não possuindo eficácia *erga omnes*. Significa dizer que, nesse procedimento, cada servidor

interessado necessita ingressar individualmente em juízo para ver reconhecido o referido direito.

Deve-se salientar que inúmeras entidades sindicais e associações representativas de categorias de servidores públicos requereram e obtiveram o deferimento de seus pedidos de participação no processo n. ADO 32 na qualidade de *amicus curiae*⁸. Trata-se de um claro sinal de que a temática envolve o interesse amplo das mais variadas categorias dentro do funcionalismo público brasileiro, que clama por uma solução mais rápida para o problema.

⁷ Diz o texto da súmula vinculante n. 33 do STF: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.” (BRASIL, 2015).

⁸ Entidades que obtiveram esse deferimento: Sindicato dos Trabalhadores Públicos da Saúde no Estado de São

Paulo - SINDSAÚDE/SP, Federação Nacional dos Policiais Federais – FENAPEF, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, Sindicato dos Trabalhadores do Judiciário Federal no Rio

Grande do Sul – SINTRAJUFE, Sindicato dos Servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - SINDSEMP-MG e Sindicato dos Servidores Públicos do Município do Rio de Janeiro - SISEP-RIO. (BRASIL, STF, ADO 32, 2015).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, apesar dos visíveis avanços no tocante à regulamentação dos direitos das pessoas com deficiência em nosso país, o tratamento inerente à questão previdenciária vem acontecendo ainda muito timidamente desde 1988. A aposentadoria especial para as pessoas com

deficiência, inserida na CF pela EC 47/2005, só foi regulamentada até o momento para os segurados do RGPS, que em sua maioria são trabalhadores do âmbito privado.

Não há maiores expectativas acerca da conclusão da aprovação do projeto PLS n. 454/2014 (antiga numeração: PLS n. 250/2005), cujo objeto é regulamentar a aposentadoria especial dos servidores públicos com deficiência, já que essa proposta está em debate nas casas legislativas desde 2005.

Enquanto a referida regulamentação não é editada, a jurisprudência vem se firmando no sentido de garantir a aplicação analógica do regramento aplicável ao Regime Geral de Previdência Social aos casos dos benefícios pleiteados pelos servidores públicos com deficiência. É preocupante o grande número de questões, como a que ora se analisa, que vêm se resolvendo pela via da “judicialização”. Os destinatários do direito em questão, ao demandarem-no judicialmente, são obrigados a arcar com custos de contratação de advogado e demais despesas judiciais, além de suportarem a desgastante espera pela comumente demorada resposta do Poder Judiciário, situação que contraria a ideia justiça social propugnada pela Constituição Federal.

Logicamente a solução legislativa é preferível, por ser a mais acorde aos princípios democráticos enunciados na Constituição Federal. Entretanto, o mais das vezes, verificamos que aqueles projetos cujos temas não se coloquem como um “filão” político, como é o caso de alguns direitos sociais de minorias, têm sua tramitação muito mais lenta. Diferentemente ocorre com aquelas situações que podem interferir no jogo político, como é o caso da açodada reforma trabalhista realizada por meio da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, cujo projeto de lei foi apreciado e votado em tempo recorde, sem a devida discussão junto aos trabalhadores e sociedade em geral.

Nesse contexto, não se pode permitir que essa e outras garantias constitucionais das minorias e grupos vulneráveis sejam esquecidas, já que a implementação das políticas que asseguram o tratamento igualitário e o exercício da solidariedade é valor importantíssimo para nossa evolução enquanto nação democrática.

No caso específico dos servidores públicos com deficiência, há um aspecto que não pode ser olvidado: o fato de que além do preconceito em razão da diferença, há a discriminação do trabalhador por integrar o grupo dos agentes públicos, podendo-se constatar um duplo preconceito a ser enfrentado.

Ademais, é preciso que se amplie a percepção de todos os setores da população quanto à importância em se reconhecer os direitos sociais das minorias e grupos vulneráveis, sobretudo dentro de uma perspectiva que vise o progresso econômico do país. É nesse sentido, aliás, que o preâmbulo da Constituição brasileira enumera, dentre as garantias a serem asseguradas pelo Estado Democrático de Direito, a promessa de construção de uma sociedade fraterna fundada na harmonia social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo – Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte - MG: Del Rey Editora, 2008.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n.*

1, de 27.01.2014. Disponível em:
<<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/1195254>. Acesso em
: 29dez2017.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PLP 454, de 2014 (antigo Projeto de Lei do Senado n. 250, de 2005)*. Autor: Senador Paulo Paim (PT/RS). Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=860914>, Acesso em
22abr2018.

_____. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18abr2018.

_____. Presidência da República. *Decreto 3.048, de 06/05/1999*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em 18abr2018.

_____. Presidência da República. Decreto legislativo nº 186, 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em
18abr2018.

_____. Presidência da República. Lei complementar 142/2013. Regulamenta o § 1o do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp142.htm>. 18abr2018.

_____. Presidência da República. *Lei 7.853, de 24/10/1989*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm. 18abr2018.

_____. Presidência da República. *Lei 12.435, de 06/07/2011*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12435.htm. Acesso em 18abr2018.

_____. Presidência da República. *Lei 13.146, de 06/07/2015*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm. Acesso em 18abr2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 250, de 2005*. Autor: Senador Paulo Paim (PT/RS).

Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/materia/74546>, Acesso em 29dez2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão*

(*Medida Liminar*) – 32. Origem: Distrito Federal. Requerente: Procurador-Geral da

República. Requerido: Presidente da República, Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 23 de março de 2015. Disponível em <www.stf.jus.br>, Acesso em 29abr2018.

_____. _____. *Segundo Agravo Regimental no Mandado de Injunção 4.153*. Agravante: União. Agravados: Alberto Pavie Ribeiro e Outro. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, 24 de outubro de 2013. Disponível em <www.stf.jus.br>, Acesso em 29abr2018.

_____. _____. *Agravo Regimental no Mandado de Injunção 6.392*. Agravante: União.

Agravado: Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 29 de outubro de 2014. Disponível em <www.stf.jus.br>, Acesso em 29abr2018.

_____. _____. *Mandado de Injunção 6379*, Impetrante: Valdeci dos Santos da Silva Rego. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 01 de agosto de 2014. Disponível em <www.stf.jus.br>, Acesso em 29abr2018.

_____. _____. *Súmula vinculante n. 03*. Aprovada em 30 de maio de 2017. Disponível em <www.stf.jus.br>, Acesso em 29abr2018.

_____. Unesco no Brasil. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 20dez2017.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 25. ed. São Paulo-SP: Editora Atlas S.A, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre-RS: Livraria do Advogado Editora, 2011.

PORTELLA, André; SILVA, Antônio Pedro Ferreira da. *Aposentadoria especial para pessoa com deficiência: apontamentos e reflexões iniciais*. Revista Quaestio Iuris – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 09, n. 1, (2016), pp. 1-14, Rio de Janeiro-RJ. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/16644. Acesso em: 13mar2018.

SILVA, Gabriela Leite da. *Aposentadoria dos portadores de deficiência: um avanço histórico na Previdência Brasileira*. Revista Controle, do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, vol.

15, núm. 1, jan/jun, 2017, pp. 316-339, Fortaleza, CE. Disponível em: revistacontrole.ipc.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/373. Acesso em: 29dez2017.

ESTADO DE DIREITOS HUMANOS E ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO DE INTERVENÇÃO FEDERAL NO RIO DE JANEIRO

ÉTAT DES DROITS DE L'HOMME ET ANALYSE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DU DÉCRET D'INTERVENTION FÉDÉRALE À RIO DE JANEIRO

*Carla Aliny Peres Dias**

*Rafaela Cândida Tavares Costa***

RESUMO

Este estudo pretende analisar o mecanismo de estabilização constitucional da intervenção federal, mais especificamente no estado do Rio de Janeiro, atendo-se à questão de sua constitucionalidade. A fim de analisar o problema proposto, a pesquisa será desenvolvida adotando-se como referencial teórico o artigo: Intervenção Federal – Uma medida de exceção, de Marcelo Nere dos Santos. A pesquisa adotou como procedimento a análise documental e a revisão bibliográfica, e como método de inferência, o dedutivo. Com relação aos resultados percebeu-se a inconstitucionalidade *ad initio* da medida, que inicia-se com vício formal, uma vez que para que se implemente a referida medida, inobservado a obrigação de oitiva prévia dos Conselhos superiores. Também analisam-se outras possibilidades de inconstitucionalidade do

* Mestrado em andamento em proteção dos direitos fundamentais, na Universidade de Itaúna.

** Mestrado em andamento em proteção dos direitos fundamentais, na Universidade de Itaúna

instituto, bem como sua necessidade e justificativa em razão do estado de direitos humanos no Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Intervenção federal; Decreto; Inconstitucionalidade.

SOMMAIRE

Cette étude vise analyser le mécanisme de stabilisation constitutionnelle de l'intervention fédérale, plus précisément dans l'État de Rio de Janeiro, en abordant la question de sa constitutionnalité. Afin d'analyser le problème proposé, la recherche sera développée en adoptant comme référence théorique l'article: Intervention fédérale - Une mesure d'exception, par Marcelo Nere dos Santos. La recherche a adopté comme procédure l'analyse documentaire et la revue bibliographique, et comme méthode d'inférence, la méthode déductive. En ce qui concerne les résultats, l'inconstitutionnalité de la mesure a été constatée au départ, ce qui débute par un vice formel puisque, pour la mise en œuvre de cette mesure, l'obligation d'audition préalable des Conseils supérieurs n'a pas été respectée. Aussi c'est fait une analyse sur l'autres possibilités d'inconstitutionnalité de l'institut sont également analysées, ainsi que leur nécessité et justification en raison de l'état des droits de l'homme à Rio de Janeiro.

Mots-clés: Intervention fédérale; Décret; Inconstitutionnalité.

INTRODUÇÃO

O estado do Rio de Janeiro é objeto de uma intervenção, *ex officio*, do Presidente da República, Michel Temer, que no dia 16 de fevereiro de 2018 materializou-a através do Decreto nº 9288. O Chefe do Executivo, através deste, nomeou o General de Exército Walter Souza Braga Netto, chefe do comando militar do Leste, interventor.

A medida que é excepcional, justifica-se, segundo o próprio presidente uma vez que o estado está tomado pelo crime organizado, o que chegou a comparar com uma metástase, que se espalha pelo país e ameaça sua segurança e tranquilidade. Segundo o presidente, a medida justifica-se por ter como objetivo o reestabelecimento da ordem.

Para a confecção do presente trabalho, primeiramente, fazem-se considerações iniciais acerca do instituto da intervenção federal, bem como sua previsão constitucional e análise de doutrinadores. Em seguida, passa-se ao estudo da intervenção federal, especificamente no estado do rio de janeiro, observando a constitucionalidade do decreto presidencial que possibilitou tal mecanismo pacificador, além de uma análise do situação dos direitos humanos no estado fluminense, indagando se seria esta a melhor medida para o fim pretendido, sendo a pergunta respondida mais a frente.

O trabalho é resultado de uma pesquisa que adotou como procedimento a análise documental – Decreto nº 9288, de 2018, que decretou a intervenção no estado do Rio de Janeiro, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além da Lei n. 8080 de 1990 que dispõe sobre o Conselho da República - e o procedimento de revisão bibliográfica. O primeiro tópico do trabalho tem

por objeto tecer breves considerações acerca do instituto da intervenção federal, analisando o que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e doutrinas especializadas trazem. Em seguida, passa-se à análise específica da intervenção federal no estado do Rio de Janeiro, que foi decretada pelo Presidente da República Michel Temer. O estudo é feito através do Decreto de Intervenção e opiniões de especialistas sobre o tema. Finalmente, analisa-se o estado de direitos humanos no Rio de Janeiro, antes e durante a intervenção e a necessidade e constitucionalidade do decreto n. 9288 de 2018. Adotando-se como referencial teórico o artigo Intervenção Federal – Uma medida de exceção de Marcelo Nere dos Santos, utilizando-se como procedimento metodológico o método dedutivo, partindo de uma concepção macro analítica, para depois chegar-se a um estudo mais específico.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA INTERVENÇÃO FEDERAL

Conforme dispõe o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o país é formado pela “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (BRASIL, 1988), sendo todos estes entes autônomos, nos moldes do artigo 18, também do referido diploma. Existem casos em que esta autonomia será suprimida, como por exemplo, no caso de intervenção da União em algum estado. A intervenção federal é um instituto excepcional “que faz parte do sistema federativo e tem a função de integrar a nação e manter a tranquilidade pública” (SANTOS, 2016, p. 234), logo a regra é a não ingerência e interferência de um ente federativo em outro.

[...] excepcionalmente, a CF prevê situações (de anormalidade) em que haverá intervenção, suprimindo-se, temporariamente, a aludida autonomia. As hipóteses, por trazerem regras de anormalidades e exceção, devem ser interpretadas restritivamente, consubstanciando-se um rol taxativo, *numerus clausus*. (LENZA, 2012, p. 466).

Existem, todavia, exceções, e estas, estão previstas nos artigos 34 e 35 do texto constitucional. A doutrina estabelece espécies de intervenção, sendo estas comum ou anômala/incomum. A primeira seria aquele de possível execução, sendo prevista em abstrato no artigo 34 e na primeira parte do artigo 35 da Constituição da República Federativa. Seria esta espécie de intervenção possível de realização no plano fático, é a que ocorre quando a União intervém em um estado da federação, ou quando este intervém em algum município. Já a espécie anômala, também é prevista na constrição, na segunda parte do artigo 35 do texto, mas é impossível de realizar-se no plano fático. Seria a intervenção realizada pela União em municípios localizados em territórios. Este tipo de intervenção não é mais possível haja vista a inexistência de territórios federais.

No que se refere à espécie de intervenção comum, esta poder ser subdividida em três subespécies, quais sejam, de ofício/espontânea, por solicitação dos poderes ou por requisição judicial. Esta última está prevista nos incisos VI e VII do artigo 34 da CRFB/88, e prestam-se a proporcionar a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial ou ainda, assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais sensíveis, quais sejam, a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático, bem como direitos da pessoa humana, autonomia municipal, prestação de contas da

administração pública, seja direta ou indireta, e ainda, para aplicação do mínimo exigido da receita resultando dos impostos estaduais. Já a intervenção comum por solicitação é a prevista no artigo 34, inciso IV, também da constituição, e será efetuada para assegurar o livre exercício de qualquer dos Poderes, seja executivo, legislativo ou judiciário, nas unidades da Federação. Por fim, em se tratando de intervenção de ofício ou intervenção espontânea, como também é denominada, segundo Lenza (2012), esta ocorrerá nas hipóteses dos incisos I, II, III e V do art. 34 da CRFB/88:

A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

- I - manter a integridade nacional;
- II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;
- III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

[...]

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

- a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
- b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei. (BRASIL, 1988).

Feitas estas considerações, importante salientar a competência para determinar a intervenção. Segundo o artigo 84, inciso X, da Constituição, a competência será privativa do Presidente da República. Este instrumento materializar-se-á através de decreto, delimitando o prazo de vigor, a condição, a amplitude, e demais informações

necessárias. Para que o Chefe do poder executivo decreta a intervenção, seja de forma espontânea, seja provocada, deverá, conforme apontam artigo 90, I e 91, §1º, II da Constituição, consultar previamente o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional. Esta consulta é necessária, principalmente no que se refere ao Conselho da República, pois além das autoridades descritas, no artigo 89, este é composto por seis cidadãos brasileiros natos, e a participação destes, atribui maior caráter democrático a medida jurídico-política.

O Congresso Nacional, deverá realizar o controle político sobre a medida da intervenção, aprovando-a ou rejeitando-a, e, assim, suspendendo seus efeitos. Neste último caso, conforme aponta o texto constitucional, não fazendo o Presidente, cessar os efeitos, incorrerá em crime de responsabilidade. Este controle do Congresso não é regra, sendo dispensado em nos casos dos incisos VI e VII do artigo 34 da CFRB/88.

Por fim, resta ressaltar o afastamento das autoridades envolvidas no ente sujeito da intervenção, uma vez que o decreto nomeará um interventor, para que assuma o comando das polícias administrativas e judiciárias, estando subordinado apenas ao Presidente da República Federativa do Brasil.

Passa-se agora à análise da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro.

INTERVENÇÃO FEDERAL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

No dia 16 de fevereiro de 2018, o Presidente da República Michel Temer atuou de ofício, ou seja, espontaneamente, e editou o decreto de intervenção federal no estado do Rio de Janeiro, sem consultar previamente o

Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional (vício formal de constitucionalidade que será mais profundamente analisado posteriormente). A Câmara dos Deputados aprovou no dia 20 do mesmo mês a intervenção, obtendo 340 votos favoráveis e somente 72 votos contrários e uma abstenção, conforme a própria casa legislativa. O texto do decreto fora enviado ao Senado Federal que ratificou no mesmo dia o decreto, com 55 votos a favor, 13 contrários e também uma abstenção, conforme o próprio. O Presidente, após o crivo do Congresso Nacional, assinou a medida, que já era executada na prática, nomeando o General de Exército Walter Souza Braga Netto, conforme o artigo 2º do decreto, chefe do comando militar do Leste, como interventor.

Em discurso na solenidade, Temer comparou o crime organizado que atua no Rio de Janeiro a uma metástase e que, por isso, o governo federal tomou a decisão de intervir no estado. "O crime organizado quase tomou conta do estado do Rio de Janeiro. É uma metástase que se espalha pelo país e ameaça a tranquilidade do nosso povo. Por isso acabamos de decretar neste momento a intervenção federal da área da segurança pública do Rio de Janeiro", completou Temer.

Ele também afirmou que a intervenção federal tem o objetivo de "restabelecer a ordem". "Não podemos aceitar passivamente a morte de inocentes, e é intolerável que estejamos enterrando pais e mães de família, trabalhadores, policiais, jovens e crianças, e vendo bairros inteiros sitiados, escolas sob a mira de fuzis e avenidas transformadas em trincheiras", disse Temer. Por isso, chega, basta. Nós não vamos aceitar que matem nosso

presente nem continuem a assassinar o nosso futuro", concluiu. (G1, 2018).

Segundo o ministro da Defesa, Raul Jungmann, o instrumento pacificador mudará atribuições que cabem as instituições de polícia administrativa e judiciária.

"O ato da intervenção não implica em nenhuma restrição de direitos e garantias. A ordem jurídica permanece a mesma. As Forças Armadas não detêm poder de polícia e não passarão a deter esse poder", afirmou. Jungmann também afirmou que a intervenção não traz "nenhuma ameaça" à democracia. "Não há nenhum risco à democracia quando qualquer ação envolvendo qualquer instituição se dá envolvendo a Constituição. Esse é um movimento absolutamente democrático e constitucional". (G1,, 2018).

Este decreto, que possui uma redação bem rasa, determina uma intervenção pontual na área de segurança pública. Desta forma, as polícias militar, civil e rodoviária federal, o corpo de bombeiros e o sistema carcerário do estado do Rio de Janeiro ficarão subordinados ao interventor. Desta forma, o General Braga Netto poderá nomear e demitir funcionários que atuem na área de segurança pública, editar portarias e decretos, realizar mudanças administrativas, desde que na área de segurança, reorganizar o efetivo das polícias administrativas e judiciárias, planejar ações e operações sem consultar o estado, que deverá então, garantir os recursos financeiros, tecnológicos, estruturais e humanos, ao longo da intervenção, que durará até o dia 31 de dezembro de 2018, último dia de mandato do presidente. O interventor fica subordinado apenas ao Presidente Temer.

O decreto de intervenção divide opiniões, e um dos maiores questionamentos é acerca da origem dos recursos para custear as ações, já que o instrumento possui, como já dito anteriormente, texto bastante simples¹⁹², haja vista sua importância.

Outro ponto bastante controverso trata-se da possibilidade, levantada antes da edição do decreto, de o Poder Judiciário, ao invés de emitir mandados de busca e apreensão para um endereço específico e determinado, emitir mandados de busca e apreensão coletivos,

¹⁹² PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso X, da Constituição, DECRETA: Art. 1º Fica decretada intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro até 31 de dezembro de 2018. § 1º A intervenção de que trata o caput se limita à área de segurança pública, conforme o disposto no Capítulo III do Título V da Constituição e no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. § 2º O objetivo da intervenção é pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro. Art. 2º Fica nomeado para o cargo de Interventor o General de Exército Walter Souza Braga Netto. Parágrafo único. O cargo de Interventor é de natureza militar. Art. 3º As atribuições do Interventor são aquelas previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro necessárias às ações de segurança pública, previstas no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. § 1º O Interventor fica subordinado ao Presidente da República e não está sujeito às normas estaduais que conflitem com as medidas necessárias à execução da intervenção. § 2º O Interventor poderá requisitar, se necessário, os recursos financeiros, tecnológicos, estruturais e humanos do Estado do Rio de Janeiro afetos ao objeto e necessários à consecução do objetivo da intervenção. § 3º O Interventor poderá requisitar a quaisquer órgãos, civis e militares, da administração pública federal, os meios necessários para consecução do objetivo da intervenção. § 4º As atribuições previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que não tiverem relação direta ou indireta com a segurança pública permanecerão sob a titularidade do Governador do Estado do Rio de Janeiro. § 5º O Interventor, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, exercerá o controle operacional de todos os órgãos estaduais de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição e no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Art. 4º Poderão ser requisitados, durante o período da intervenção, os bens, serviços e servidores afetos às áreas da Secretaria de Estado de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, para emprego nas ações de segurança pública determinadas pelo Interventor. Art. 5º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2018).

concedendo ações para que sejam feitas prisões e operações em regiões inteiras no estado.

Caso a justiça concorde, em vez de o efetivo policial poder entrar em uma casa específica, por exemplo, as forças de segurança poderão vasculhar vários imóveis, bairros inteiros, comunidades e prender várias pessoas de uma só vez. Conforme Flávio Nunes Junior, em debate acerca do tema, parafraseando suas palavras, o mandado de busca em comunidades, haja vista a dificuldade prática de identificar precisamente o endereço, ruas, e números das casas, já são emitidos já de forma coletiva, no Rio de Janeiro, apesar de caracterizar flagrante violação de direito fundamental, recaindo principalmente sobre os mais pobres.

Especialistas em segurança pública, segundo reportagem do site G1, bem como defensores de direitos humanos, afirmam serem contrários à intervenção e fazem um alerta caso o Poder Judiciário permita a utilização de mandados de busca e apreensão coletivos, haverá prisões de inocentes e violações flagrantes de direitos de pessoas moradoras de comunidades carentes no Rio de Janeiro. O governo tentará receber tal permissão que não é novidade, já tendo ocorrido na instituição das Unidades de Polícia Pacificadoras, as UPP's.

Outro detalhe importante acerca da intervenção, diz respeito a vedação de o governo federal propor e votar qualquer alteração à constituição. Assim, propostas como a reforma da previdência ficam prejudicadas, até o fim do decreto.

Passa-se agora, a uma análise do Estado de Direitos Humanos no Brasil, mais especificamente no estado do Rio de Janeiro, antes e durante a vigência da intervenção, bem como o estudo da constitucionalidade do decreto que possibilitou tal medida.

3.a Estado de (ausência de) direitos humanos no Rio de Janeiro

A história dos direitos humanos já foi contada repetida e exaustivamente, por isto, não será aqui repetida. Insta frisar, somente, que estes entraram em cena, conforme Douzinas (2009) após a Segunda Guerra Mundial. “Seus momentos simbólicos incluem os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, a assinatura da Carta das Nações Unidas (1945) e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)”.

Centenas de convenções, tratados, declarações e acordos de direitos humanos foram negociados e adotados pelas Nações Unidas, por organismos regionais, tais como o Conselho da Europa e a Organização da Unidade Africana, e por Estados. Os direitos humanos diversificaram-se de direitos civis e políticos, ou “negativos”, da “primeira geração”, associados ao liberalismo, para direitos econômicos, sociais e culturais, ou “positivos”, da “segunda geração”, associados à tradição socialista, e, finalmente, para direitos de grupos e de soberania nacional da “terceira geração”, associados ao processo de descolonização. (DOUZINAS, 2009, p.127)

Ocorre que, independentemente do que digam as instituições internacionais ou de quantos tratados os ministérios de relações exteriores assinem, direitos humanos são violados constantemente, seja no local de trabalho, seja nas próprias delegacias. Desta forma, os entes estatais, governos e polícias, judiciária ou administrativa, poderes judiciário e legislativo são

responsáveis pela violação contumaz de direitos humanos (ou direitos fundamentais, quais sejam aqueles direitos humanos positivados no texto constitucional), pois “o negócio do governo é governar, não seguir princípios morais” (DOUZINAS, 20009, p. 130).

Como já mencionado, existem vários tratados que abordam a temática dos direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de San José da Costa Rica. Importante destacar também, os Pactos de Nova Iorque, assinados em 1966 e que entraram em vigor em 1976 e que criaram mecanismos de monitoramento para verificar se os Estados estavam cumprindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Outro importante mecanismo de denúncia ao desrespeito aos direitos humanos é o movimento global Anistia Internacional, que realiza ações e campanhas para que os direitos humanos sejam internacionalmente reconhecidos, respeitados e protegidos. É justamente esta organização que faz denúncias alarmantes acerca da flagrante violação de direitos humanos no Brasil, mais especificamente no estado do Rio de Janeiro, e cometido por Policiais:

A polícia em serviço é responsável por uma porcentagem significativa do total de mortes violentas intencionais. Com base na série histórica iniciada em 2000, momento em que os registros oficiais começaram a diferenciar os dados por região do Estado do Rio de Janeiro, 2017 foi o ano com maior proporção de homicídios decorrentes de intervenção policial em relação ao total de mortes violentas intencionais. No Estado do Rio de Janeiro, foram registradas 5607 mortes violentas intencionais e 1124 homicídios decorrentes de intervenção policial. Ou seja, as polícias foram responsáveis por

16,7% dos assassinatos em todo Estado. (ANISTIA.ORG, 2018).

Estas execuções cometidas por policiais tornaram-se algo frequente na realidade fluminense. Existem, ainda, os denominados grupos de extermínio, que segundo a Organização supramencionada são formados, em sua maioria, por integrantes das polícias civis e militares, além de outros agentes de segurança pública.

Segundo o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados sobre extermínio no Nordeste, concluído em novembro de 2005, os grupos de extermínio “matam com requintes de crueldade, em muitos casos, queimando e esquartejando os corpos das vítimas”. Eles nascem como estratégias de comerciantes, empresários, políticos e outros segmentos para abolir grupos sociais por eles classificados como indesejáveis e estão se transformando em braço armado do crime organizado, sendo encarregados de matar para defender os interesses de organizações criminosas no Nordeste. (ANISTIA.ORG, 2015).

Segundo a organização, as políticas judiciárias e administrativas brasileiras incriminam a populações de pobres e negras, em particular crianças e jovens residentes em comunidades. Os dados são por si só bastantes elucidativos, sendo que 99,5% das vítimas dos homicídios decorrentes de intervenção policial na cidade do Rio de Janeiro são homens, 79% negros e 75% jovens, conforme dados de 2015. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em relatório de 2009, afirmou que este Estado de direitos humanos, ou melhor, de violação de direitos

humanos, poderá gerar responsabilidade internacional do Estado brasileiro¹⁹³, por ser omissivo em medidas e ações afirmativas no sentido de mudar a cultura da violência e discriminação estabelecida no país. Ainda conforme a organização, no mesmo estudo realizado em 2015, os defensores de direitos humanos no Rio de Janeiro são constantemente ameaçados, sofrendo ataques e intimidações.

As políticas de segurança pública e as polícias civil e militar e as medidas tomadas por estas, recentemente, não foram capazes de controlar a violência e tampouco findar as execuções extrajudiciais no Rio de Janeiro. Percebe-se uma crescente na onda de homicídios no estado e um aumento nos casos de homicídios decorrentes de intervenção policial, o que põe em risco a situação dos direitos humanos (e fundamentais) no Brasil, além de suscitar a dúvida, se uma intervenção federal, ou seja, mais policiais e agora militares atuando diretamente na segurança, seria capaz de, minimamente, reverter este quadro de violência.

Segundo Rodas (2018), observando dados do Instituto de Segurança Pública, de agosto de 2017 – quando as Forças Armadas passaram a atuar no estado – até novembro, os registros de roubos de veículos passaram de 17.877 (no mesmo período de 2016) para 22.346, um aumento de 25%. Os homicídios dolosos subiram 2% - de 2.106 para 2.151. Já os roubos de cargas caíram 3% (4.397 ocorrências em 2016 contra 4.265 em 2017), e os roubos a pedestres, 5% (de 41.549 para 39.410).

No mesmo sentido, para o professor de Direito Penal da UFRJ Salo de Carvalho afirma, o histórico das operações militares para "garantia da lei e da ordem" no

¹⁹³ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 26/09, Caso 12.440, Wallace de Almeida (Brasil), parágrafos 147 e 148.

Rio mostra que esse tipo de ação não funciona. Pior: aumenta o nível de violência na cidade.

São medidas meramente paliativas e que, em vez de solucionar o problema, aumentam o nível de violência", afirma. "A violência institucional das Forças

Armadas radicaliza a crise. Trata-se de apenas uma aparente e momentânea sensação de segurança, que a população 'compra' devido ao momento de crise. Mas, inegavelmente, isso não resolve o problema e legitima formas ainda mais violentas de controle social. (RODAS, 2018).

Desta feita, percebe-se uma crescente na onda de homicídios no estado e um aumento nos casos de homicídios decorrentes de intervenção policial, o que põe em risco a situação dos direitos humanos (e fundamentais) no Brasil, além de suscitar a dúvida, se uma intervenção federal, ou seja, mais policiais e agora militares atuando diretamente na segurança, seria capaz de, minimamente, reverter este quadro de violência.

Feitas estas considerações, passa-se à análise técnica da constitucionalidade do decreto de intervenção no Rio de Janeiro.

3.b Análise da constitucionalidade do Decreto n. 9288 de 2018

Como já mencionado no item 3 do presente trabalho, o Presidente da República atuou espontaneamente para decretar a intervenção no estado do Rio de Janeiro no dia 16 de fevereiro deste ano. Somente

no dia 19 de fevereiro, ou seja, três dias depois da atuação de ofício, que a maioria dos integrantes dos Conselhos da República e da Defesa Nacional, reunidos no Palácio do Planalto, conforme a Agência brasileira, aprovaram a referida intervenção.

A decretação, como também fora visto, é de competência privativa do Chefe do Executivo federal, desde que haja a oitiva de dois órgãos superiores de consulta, sendo estes o Conselho da República (Art. 90, I, CRFB/88) e o Conselho de Defesa Nacional (Art.9, §1º, II, CRFB/88). É importante mencionar que a oitiva destes conselhos não vinculam o Presidente da República aos aludidos pareceres, todavia, esta consulta deve efetivar-se e deverá promover-se de forma prévia à materialização do decreto presidencial de intervenção.

Desta forma, tendo sido os conselhos ouvidos apenas três dias após a decretação da intervenção, apresenta-se o vício formal de constitucionalidade, contaminando em sua essência, o decreto. O vício é formal, haja vista a dificuldade de identificar vício material de início, necessitando de observar a aplicação das medidas de forma efetiva. Poderão surgir questionamentos acerca do aspecto inconstitucional material em relação ao financiamento da intervenção, bem como aos denominados mandados de busca coletivos. No que se refere aos ditos “mandados de busca coletivos”, o mandado de busca, conforme aponta o artigo 243, inciso I do CPP, deverá indicar, de forma precisa, o local em que será realizada a ação e o nome do morador ou proprietário deste imóvel. Ainda conforme o artigo 248 do mesmo diploma, sendo a casa em que se procederá a diligência habitada, a busca será feita de modo a não molestar os moradores, mais do que a própria ação já o faça e que seja indispensável para o êxito desta.

Observe:

STF. BUSCA E APREENSÃO E AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. Em conclusão de julgamento, a 2ª Turma concedeu a ordem em “habeas corpus” para determinar a imediata devolução de material apreendido em procedimento de busca e apreensão realizado no bojo de persecução penal — v. Informativo 771. Na espécie, em cumprimento a mandado de busca e apreensão que teria como alvo o endereço profissional do paciente, localizado no 28º andar de determinado edifício, teriam sido apreendidos equipamentos de informática no endereço de instituição financeira localizada no 3º andar do mesmo edifício, porém, sem que houvesse mandado judicial para esse endereço. O Colegiado, inicialmente, reconheceu a legitimidade do “habeas corpus” para aferir procedimentos de feição penal ou processual penal, inclusive para o reconhecimento de eventual ilicitude de provas obtidas em inquérito policial. Quanto ao mérito, destacou que a busca e apreensão de documentos e objetos realizados por autoridade pública no domicílio de alguém, sem autorização judicial fundamentada, revelar-se-ia ilegítima, e o material eventualmente apreendido configuraria prova ilicitamente obtida. Assim, não seria procedente o argumento de que o mandado de busca e apreensão não precisaria indicar endereço determinado. **A legislação processual determinaria que os mandados judiciais de busca e apreensão - notadamente de busca e apreensão domiciliar — não poderiam revestir-se de conteúdo genérico, nem poderiam mostrar-se omissos quanto à indicação, o mais precisamente possível, do local objeto dessa medida extraordinária, em conformidade com o art. 243 do CPP.**

STF, HC 106566/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 16.12.2014. (HC-106566). (BRASIL, 2014).

Em que pese o Supremo Tribunal Federal inadmitir mandado de busca com conteúdo genérico, como seria o caso do mandado de busca coletivo, a praxis, conforme o professor Flávio Nunes Junior, também já mencionado anteriormente, o mandado de busca em comunidades fluminenses, são, muitas vezes, emitidos já de forma coletiva, apesar de caracterizar flagrante violação de direito fundamental.

Retornado o debater acerca da constitucionalidade do decreto, o Partido Socialismo e Liberdade (Psol) propôs, conforme a Câmara dos Deputados, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) no Supremo Tribunal Federal contra a intervenção federal, feita pontualmente na segurança pública do estado do Rio de Janeiro. Os argumentos do partido são que:

A medida de rompimento violento e sumário da institucionalidade é, pois, desnecessária sob o ponto de vista de sua praticidade, eficácia e efetividade – elementos de validade e constitucionalidade de qualquer ato administrativo [...] Em relação ao caráter militar da intervenção, o decreto de intervenção acabou por misturar intervenção com o uso das Forças Armadas, dando à medida interventiva um caráter militar que a Constituição Federal não lhe dá. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

O referido partido ainda apresentou uma proposta de criação de um programa de intervenção social para

prevenir a violência no estado, o que parece, mais eficiente, haja vista a presença de militares no Rio de Janeiro, o que não significou redução nos índices de mortandade, conforme apresentado no item 3.a do presente trabalho.

Acerca da possibilidade de suspensão e retomada da intervenção, por parte do Presidente, observa Lênio Streck,:

Seria uma manobra inconstitucional, afirma o constitucionalista Lenio Streck. "Se a intervenção federal tiver como medida a ordem pública, como o presidente da República pode saber de antemão que pode suspendê-la e depois retomá-la? Uma intervenção federal termina quando cessam os seus motivos, como estabelece o artigo 36, parágrafo 4º, da Constituição" (RODAS, 2018).

No mesmo sentido Olavo Alves Ferreira diz que o plano revela a intenção do governo de fraudar o mandamento constitucional para a intervenção.

É o que se chama inconstitucionalidade teleológica por desvio de finalidade. O decreto só pode ser revogado se não houver mais necessidade de intervenção. O presidente não pode é simular uma situação fática para revogar o decreto em nome de um interesse político. (RODAS, 2018).

Assim, percebe-se que as questões ligadas a Intervenção Federal do Rio de Janeiro são obscuras, e que

o decreto nasce e segue com vícios. Mas, a questão mais relevante acerca do tema consiste na eficácia da medida, que conforme demonstrado não é capaz de reduzir a criminalidade ou garantir a segurança ou integridade da população local.

Simplesmente, os governantes se propõem a garantir a segurança da população por meios violentos e agressivos. Infelizmente, cai-se no clichê; não se combate violência com mais violência, a resolução da questão, por outro lado, parece simplória; políticas públicas voltadas para segurança, educação e saúde, certamente serão mais eficientes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como fora analisado, o decreto de intervenção no estado do Rio de Janeiro sofre de vício de constitucionalidade *ab initio*, decorrente da inobservância do procedimento prescrito em lei. Todavia, pouco provável será a inconstitucionalidade deste declarada. Percebe-se um caráter iminente político e não jurídico do instituto, haja vista que questões que alterem a Constituição da República, como a reforma da previdência, não possam ser discutidas enquanto durar a intervenção.

Emprega-se indevidamente um mecanismo de estabilização constitucional através de decreto que possui uma redação pouco profunda, o que gera uma insegurança jurídica. Não fora feita uma análise detalhada da situação fluminense e nem a consulta prévia aos conselhos superiores. O Presidente, desta forma, não se preocupou com a forma, e com os resultados prospectivos da medida. Outro ponto a ser observado é o flagrante descrédito que este instituto poderá acarretar em relação às polícias

administrativas e judiciárias, que devida a falta de planejamento, investimento e baixa remuneração, não conseguem realizar o que lhes é constitucionalmente atribuído, contribuindo para o crescimento da violência, seja pela própria polícia, seja por criminosos, ou pelo surgimento de grupos de execuções extrajudiciais que inconformados e aproveitando-se da falência estrutural e governamental do estado, se formam.

A medida que é muito mais política do que jurídica é uma grande aposta do Presidente Michel Temer, que tenta amenizar sua baixa popularidade. O risco é, todavia, calculado, haja vista a possibilidade de suspensão do decreto para a votação da reforma da previdência. Talvez mais eficaz seria a proposta inicial da intervenção que além de abranger a área de segurança, abrange também a área de finanças. A verdade é que o estado do Rio de Janeiro só chegou ao atual estágio de caos e ausência de Estado com a contribuição dos políticos que o comandam a décadas.

Uma medida mais eficaz seria uma reforma estrutural não só na segurança pública, mas em diversas áreas, ou pelo menos, a utilização deste instrumento de forma mais efetiva, realizando uma intervenção mais profunda em diversas áreas decadentes no Rio de Janeiro, como a saúde, educação e a própria segurança pública, e não da forma pontual como se propõe. O que percebe-se até o presente momento, é apenas uma mudança na chefia da segurança pública, que antes era do governador/secretário de segurança pública, e que agora passa a ser atributo do interventor.

REFERÊNCIAS

AGENCIABRASILEIRA. **Conselhos aprovam intervenção federal na segurança do Rio de Janeiro.** Disponível

em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/201802/conselhos-aprovam-intervencao-federal-na-seguranca-do-rio-de-janeiro>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ANISTIA.ORG. **25% dos assassinatos no município do Rio de Janeiro em 2017 foram cometidos pela polícia.**

Disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/25-dos-assassinatos-riode-janeiro-em-2017-foram-cometidos-pela-policia/>. Acesso em 11 abr. 2018.

ANISTIA.ORG. **Você matou meu filho** – Homicídios cometidos pela Polícia Militar no Rio de

Janeiro. Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matoumeu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 5 out. 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 9288, de 16 de Fevereiro de 2018.**

Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 16 fev. 2018. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 3 out. 2018. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 05 de junho de 1990. Dispõe sobre a organização e funcionamento do Conselho da República. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 06 jun. 1990. Seção 1, p. 10763. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8041.htm. Acesso em: 4 abr. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Psol vai ao STF para questionar constitucionalidade da intervenção federal no Rio. Disponível em:

[http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/554521-PSOL-VAI-AOSTF-PARA-QUESTIONAR-CONSTITUCIONALIDADE-DA-INTERVENCAO-](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/554521-PSOL-VAI-AOSTF-PARA-QUESTIONAR-CONSTITUCIONALIDADE-DA-INTERVENCAO-FEDERAL-NO-RIO.html)

[FEDERAL-NO-RIO.html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/554521-PSOL-VAI-AOSTF-PARA-QUESTIONAR-CONSTITUCIONALIDADE-DA-INTERVENCAO-FEDERAL-NO-RIO.html). Acesso em: 10 abr. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara aprova intervenção federal no Rio e decreto segue para votação no Senado. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/02/20/camara-aprova-intervencaofederal-no-rio-e-decreto-segue-para-votacao-no-senado>. Acesso em: 09 abr. 2018.

CIDH. **RELATÓRIO Nº 26/09 - CASO 12.440**
ADMISSIBILIDADE E MÉRITO
(PUBLICAÇÃO) WALLACE DE ALMEIDA. Disponível
em:
[https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440.b.port](https://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil12440.b.port.htm)
.htm. Acesso em: 11 abr. 2018.

DAMÁSIO. **Damásio em Debate: Intervenção Federal no**
RJ. Disponível em:
<https://www.youtube.com/watch?v=WWJw7foMOtU>.
Acesso em: 10 abr. 2018.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos.** São
Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 121158.

G1. **Temer assina decreto de intervenção federal na**
segurança do Rio de Janeiro: Com a intervenção, as
Forças Armadas assumem a responsabilidade do comando
das Polícias Civil e Militar no estado do Rio. 'Governo
dará respostas duras e firmes', afirmou Temer. Disponível
em: [https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-assina-](https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-assina-decreto-de-intervencao-federal-naseguranca-do-rio-de-janeiro.ghtml)
[decreto-de-intervencao-federal-naseguranca-do-rio-de-](https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-assina-decreto-de-intervencao-federal-naseguranca-do-rio-de-janeiro.ghtml)
[janeiro.ghtml](https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-assina-decreto-de-intervencao-federal-naseguranca-do-rio-de-janeiro.ghtml). Acesso em: 09 abr. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.**
16 e. São Paulo: Saraiva, 2012, 1312 p.

METRÓPOLES. **Não entendeu a intervenção federal no**
Rio? O Metrôpoles explica: Tudo o que você precisa
saber sobre o decreto do presidente Michel Temer
resumido em menos de 4 minutos. Disponível em:
[https://www.metropoles.com/brasil/nao-entendeu-](https://www.metropoles.com/brasil/nao-entendeu-aintervencao-federal-no-rio-o-metropoles-)
[aintervencao-federal-no-rio-o-metropoles-](https://www.metropoles.com/brasil/nao-entendeu-aintervencao-federal-no-rio-o-metropoles-)

explica?gclid=CjwKCAjwwbHWBRBWEiwAMIV7E7fD
mMMNjQ7fUGvye41DNP0OylQ92ORGANIH0Vz_ap
OcmjRkB1ihoCQtUQAvD_BwE. Acesso em: 10 abr.
2018.

PGE.SP. **Convenção americana de direitos humanos –**
Pacto de San José da Costa Rica.

Disponível em:

[http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtua
l/instrumentos/sanjose.htm](http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtua
l/instrumentos/sanjose.htm). Acesso em: 11 abr. 2018.

RODAS, Sérgio. Para especialistas, intervenção federal no
RJ é inconstitucional e não dá resultados. **Consultor**
Jurídico. Disponível em:

[https://www.conjur.com.br/2018-fev16/intervencao-
federal-rio-inconstitucional-nao-dara-resultados](https://www.conjur.com.br/2018-fev16/intervencao-
federal-rio-inconstitucional-nao-dara-resultados). Acesso
em: 17 abr. 2018.

SANTOS, Marcelo Nere Dos. Intervenção Federal– Uma
medida de exceção. **Revista da Ejuse**. Aracajú, Segipe. n.
25, p. 233-247, 2016

SENADO FEDERAL. **Declaração Universal dos**
Direitos Humanos. Disponível em:

[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/5058
69/declaracao.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/5058
69/declaracao.pdf). Acesso em: 11 abr. 2018.

SENADO FEDERAL. **Senado aprova decreto de**
intervenção federal no Rio de Janeiro. Disponível em:

[http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-
planalto/noticias/2018/02/senadoaprova-decreto-de-
intervencao-federal-no-rio-de-janeiro](http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-
planalto/noticias/2018/02/senadoaprova-decreto-de-
intervencao-federal-no-rio-de-janeiro). Acesso em: 09 abr.
2018.

STF. Habeas Corpus. HC 106.566 SP/2014. Relator: MIN. GILMAR MENDES. DJ:

16/12/2014. **JusBrasil**. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178728167/habeas-corpus-hc-106566-sp-sao-paulo9944578-2920101000000>. Acesso em: 11 abr. 2018.

STF. **Intervenção federal**: bibliografia, legislação e jurisprudência temáticas. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaBibliografia/anexo/Intervencao_Federal_jun2010.pdf. Acesso em: 08 abr. 2018.

ENTRE O UNIVERSALISMO E O RELATIVISMO CULTURAL: A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA TRANSCENDENTAL DE INTEGRAÇÃO E PROMOÇÃO DO MULTICULTURALISMO

BETWEEN UNIVERSALISM AND CULTURAL RELATIVISM: MEDIATION AS A TRANSCENDENTAL TOOL FOR THE INTEGRATION AND PROMOTION OF MULTICULTURALISM

*Daniele Aparecida Gonçalves Diniz Mares**

Resumo: A proteção internacional dos direitos humanos conclama uma urgente releitura de sua forma de implementação e tratamento, destacada do aprisionamento às teorias que, apesar de inter-relacionarem, se contrapõem numa aparente impossibilidade de aplicação simultânea. É nesse viés de integração teórica que a mediação pode ser aplicada como uma proposta dialógica, permitindo uma maior abrangência dos direitos humanos e o concomitante respeito e promoção da multiculturalidade existente. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, demonstrouse que a forma tradicional e autocrática de resolução dos conflitos de direitos humanos não se mostra adequada e eficiente, especialmente em razão da inexistência de meios coercitivos para se fazer cumprir as decisões impostas pelas cortes internacionais. Assim, o aprimoramento da mediação intercultural, com a capacitação dos mediadores e o uso adequado de técnicas próprias deste instrumento consensual, ensejará uma transformação social, com a promoção e dignificação de diversas culturas, permitindo

* Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Fundação Universidade de Itáúna-UIT

uma maior aceitabilidade da decisão construída pelos envolvidos, com o maior respeito aos direitos humanos.

Palavras-chave: direitos humanos; mediação; multiculturalismo; universalidade, relatividade cultural

Abstract: The international protection of human rights calls for an urgent re-reading of its form of implementation and treatment, detachment from the imprisonment to theories that, despite interrelating, oppose in an apparent impossibility of simultaneous application. It is in this theoretical integration bias that mediation can be applied as a dialogical proposal, allowing a greater comprehensiveness of human rights and the concomitant respect and promotion of the existing multiculturalism. Through bibliographic and documentary research, it has been demonstrated that the traditional and autocratic way of resolving human rights conflicts is not adequate and efficient, especially because of the lack of coercive means to enforce the decisions imposed by international courts. Thus, the improvement of intercultural mediation, with the training of mediators and the proper use of techniques of this consensual instrument, will lead to a social transformation, with the promotion and dignification of different cultures, allowing a greater acceptability of the decision made by those involved, respect for human rights.

Keywords: human rights; mediation; multiculturalism; universality, cultural relativity

Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo geral a análise crítica da forma de solução de conflitos envolvendo

direitos humanos, numa perspectiva que vai além da adoção individual e exclusiva de teorias antagônicas, buscando um diálogo, um intercâmbio entre as construções ideológicas e jurídicas hoje apresentadas.

A escolha do tema proposto justifica-se em razão de sua relevância prática e teórica, considerando-se que os métodos adjudicativos tradicionais utilizados, destacadamente no cenário internacional, não se mostram aptos à solução dos conflitos em direitos humanos, em razão das diferentes e sensíveis concepções culturais de cada estado e da inviabilidade prática de imposição das decisões autocráticas proferidas pelas cortes internacionais. Por isso, torna-se importante esclarecer ao longo do debate proposto, que a utilização da mediação, como forma de promoção do conhecimento e aprimoramento das relações sociais, pode permitir uma maior aceitabilidade pelas partes que participarem de forma efetiva na construção das decisões.

Além disso, pretende-se demonstrar que o prestígio a uma isolada linha teórica, pode culminar em danos substanciais a toda comunidade internacional e interna, razão pela qual, entende-se que o sopesamento e o empoderamento permitidos pela mediação, oportunizarão soluções mais racionais e justas.

No decorrer do trabalho pretende-se levantar aporias e problematizar o debate do tema na perspectiva crítico-epistemológica, evidenciando a existência da porosidade da proposta apresentada, de modo a estimular outros debates e reflexões.

O estudo desafia uma análise das vertentes doutrinárias atualmente desenvolvidas para o tratamento das questões afetas aos direitos humanos, bem como sobre o emprego da mediação como instrumento democrático e participativo, numa perspectiva integracionista da diversidade cultural.

A princípio, serão apresentadas as teorias universalistas e relativistas culturais, traçando-se os principais contornos e objetivos de cada uma, bem como suas inconsistências e inconveniências práticas.

Na sequência, será realizada uma análise conceitual da mediação, explorando, especialmente os delineamentos do modelo transformativo da mediação cultural ou intercultural e sua aplicabilidade nas questões atinentes aos direitos humanos.

Analisar-se-á, por fim, a necessidade do aprimoramento das soluções amistosas no cenário internacional, com a ampliação e implementação da mediação cultural, como forma de integração das diversas culturas existentes.

Foi nesse contexto propositivo que se delimitou o objeto da pesquisa: a utilização das teorias universalista ou relativista cultural em detrimento uma da outra é capaz de solucionar, a contento, os embates relativos aos direitos humanos? A imposição das normas de direitos humanos a todos os estados, de forma igualitária e sem a observância das peculiaridades decorrentes das diversidades culturais não fomentaria uma segregação ainda mais nociva a esses direitos tão caros à humanidade?

Através da pesquisa bibliográfica e documental, foi possível problematizar o debate teórico da temática proposta, ultrapassando-se a abordagem dogmática, para, assim, apresentar uma leitura crítica de institutos trazidos como referenciais das resoluções de conflitos de direitos humanos na esfera internacional e interna. A escolha do método dedutivo viabilizou a delimitação do objeto pesquisado, partindo-se de uma concepção macroanalítica, qual seja, o estudo das formas adjudicativas e amistosas atualmente utilizadas nas soluções de conflitos internacionais relacionados aos direitos humanos para uma abordagem pontual da mediação, especialmente a

intercultural e transformativa como ferramentas hábil a assegurar a democraticidade do provimento final, mediante a construção de análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas dos envolvidos no caso concreto.

1. Direitos humanos – universalismo *versus* relativismo cultural

Os direitos humanos, assim compreendidos como aquela categoria direitos originários dos direitos dos homens, mas que deles se distinguem em razão de sua normatização no cenário internacional, são ou pretendem ser a base ideológica e valorativa fundante das legislações internas de cada estado, sem limitação geográfica ou de qualquer outra ordem.

Historicamente, os direitos humanos, tomaram os contornos hoje conhecidos, a partir da segunda metade do século XX, no cenário de pós guerra, onde se fazia premente e urgente a estipulação de garantias aos indivíduos em detrimento de atos de barbáries praticados de forma inescrupulosa por estados.

O marco consolidador das garantias, consideradas inerentes à pessoa humana, foi a instituição da paradigmática Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a qual, positivou os direitos civis e políticos de maneira universal.

A partir do alvitre lançado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, iniciou-se as controvérsias acerca de sua obrigatoriedade indiscriminada, e sobre a possibilidade de desconsiderar as peculiaridades culturais e valores específicos de cada comunidade ou estado, destacadamente, daqueles que não contribuíram ideologicamente para a sua elaboração.

Exsurge, então o conhecido duelo entre as doutrinas universalista *versus* relativistas, as quais, divergem, essencialmente, acerca da extensão e aplicabilidade de normas instituidoras dos direitos humanos, criadas seletivamente por um grupo sem representatividade global.

Sobre a doutrina relativista, nos ensina Valério de Oliveira Mazzuoli:

A doutrina relativista sustenta, basicamente, que os meios culturais e morais de determinada sociedade devem ser respeitados, ainda que em detrimento da proteção dos direitos humanos nessa mesma sociedade. Entende tal doutrina que não existe uma moral universal, e que o conceito de moral, assim como o de direito, devem ser compreendido levando-se em consideração o contexto cultural a que se situa. (MAZUOLLI, 2014. p.77)

Na perspectiva relativista, torna-se imperiosa a análise e consideração dos costumes locais, da multiplicidade de culturas e, sobretudo, a dificuldade de se conceber uma uniformidade moral. Em outras palavras, o relativismo prega a necessidade de se adequar o conteúdo dos direitos humanos aos seus destinatários.

De outra banda, apreende-se do postulado universalista que:

(...) os direitos humanos estão fundamentados na igualdade de todos os indivíduos, o mesmo pressuposto jurídico-político do sistema de direitos de cidadania que assegura os direitos no plano interno da maioria dos Estados de

direito contemporâneos. Esse sistema, que foi expandido pelo DIDH, seria o modelo mais eficaz para garantir as condições mínimas necessárias ao pleno desenvolvimento de cada ser humano. O titular de direitos é o indivíduo, e, para os universalistas, a aceitação dos instrumentos jurídicos internacionais pelos estados-nação, ainda que nominal, possibilitaria condições excelentes para a implementação e resguardo dos direitos humanos. (BARATTO, 2014. p.11)

Indubitavelmente, as aporias suscitadas pelas duas correntes acima mencionadas, demonstram a falibilidade de adoção absoluta por qualquer uma delas. Isso porque, não se pode negar que mesmo nos países de origem ocidental, existe uma diversidade cultural a ser considerada quando da aplicação de normas gerais e universais. E, a relativização, por sua vez, nos conduz, ainda que em potencial, à possibilidade de ser utilizada como meio de justificação de barbáries.

Não se pode olvidar que a isonomia e igualdade são valores caros, especialmente em ordenamentos democráticos, assim, a compatibilização entre os direitos humanos globalmente instituídos e a garantia de uma diversidade cultural, são objetivos a serem trilhados hodiernamente.

Com esse propósito, Karl-Otto Apel conclui que:

Independentemente dos sucessos ou fracassos na eliminação de guerras e implantação dos direitos humanos, os seguintes pontos parecem claros para mim: 1) As tentativas reiteradas de implantar uma ordem de paz e de direito cosmopolita correspondem a um dever moral dos homens (Kant).

- 2) A necessidade moralmente justificável de uma ordem de paz e de direito internacional, politicamente efetiva, implica pelo menos que se aceite a convivência regrada de várias culturas, isto é, de nações diferentes, de formas de vida e de tradições religiosas diferentes numa sociedade cultural, pois:
- 3) A decisão livre de pertencer a determinada comunidade cultural, por exemplo, a uma comunidade étnico-lingüística, constitui por si mesma um direito humano individual a ser reconhecido numa ordem de direito cosmopolita. Pois, não é possível respeitar a identidade individual de uma pessoa sem que se respeite, ao mesmo tempo, sua livre pertença a uma tradição cultural. (APEL, 2000. p.14)

Não obstante, a clara confirmação do universalismo dos direitos humanos, pelo parágrafo 5º da Declaração e Programa e Ações de Viena, promovida em 1993, o referido instrumento internacional, igualmente preconizou acerca da necessidade de se respeitar a diversidade cultural, senão vejamos:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus

Na mesma esteira, a ordem interna brasileira, nos remete à necessidade de garantia da multiculturalidade ao estabelecer o art.5º da Constituição da República a proibição de qualquer distinção, seja ela de que natureza for.

Destarte, seja considerando os escopos que permeiam a própria ideia de democracia, seja pela impossibilidade de se negar a existência de múltiplas culturas, torna-se imperiosa a busca por essa compatibilidade, a qual, conforme se propõe neste estudo, poderá ser implementada através do diálogo proposto pela mediação, destacadamente a mediação intercultural.

2- Mediação e mediação intercultural

Cada vez mais, o diálogo é reconhecido como melhor via a ser adotada nas soluções dos conflitos, especialmente, considerando a imediatidade e a sobrepujança verticalizada que muitas vezes permeiam as relações, sejam elas entre indivíduos, entre indivíduos e estados e entre estados.

A mediação, enquanto instrumento cujo primado é o diálogo, tem-se mostrado como experiência positiva na tentativa de promoção e integração dos mais variados aspectos indentitários dos indivíduos, cabendo destaque a balizada conceituação realizada na obra “Entre iguais e diferentes: a mediação intercultural:

A mediação é um procedimento
que privilegia a cooperação e a

participação dos mediados na procura de uma solução para os seus conflitos ou problemas, mutuamente satisfatória e potencialmente duradoura. Ao promover a participação na construção das soluções satisfatórias, promove simultaneamente a aprendizagem da cooperação, a construção dos laços sociais e a coesão social. (REIS, *et al*, 2016, p.12)

Apesar de sua existência milenar, a mediação, na década de 70 ganhou contornos e características diferenciadas, sendo considerada como forma de solução alternativa de disputas (*alternative dispute resolution*), juntamente com outros métodos consensuais de resolução de conflitos, como a conciliação, a negociação direta e a arbitragem.

A mediação se destaca pelo caráter voluntário e pelo diálogo e partilha de ideias promovidas por um terceiro facilitador que auxiliará os envolvidos na construção das alternativas à solução da controvérsia. Trata-se de uma solução criada pelas próprias partes, que, após a troca de experiências promovida pelo diálogo, conseguem identificar os males do conflito e concluem pela resolução de forma consensual.

A mediação se apresenta nas mais variadas e nobres vestimentas, à depender da natureza do conflito a ser trabalhado e da corrente teórica escolhida.

Certo é que as formas utilizadas para resolução dos conflitos relativos a direitos humanos, seja na perspectiva universalista ou relativista, não conseguem tratar adequadamente os conflitos.

Impende destacar os três modelos de mediação propostos por linhas teóricas que distinguem os métodos a serem desenvolvidos no procedimento mediatório, quais sejam, a escola de Harvard que se concentra no conflito,

visando à satisfação das pretensões dos envolvidos; a escola transformativa que se envolve com o processo de mudanças das relações interpessoais, mantendo ou recuperando laços sociais através do reconhecimento e aceitação das diferenças entre as partes e a escola circular-narrativa que privilegia o conteúdo, promovendo uma reflexão dialógica das partes.

A partir da linha teórica escolhida desenvolvem-se as mais variadas formas de mediação, como a comunitária, escolar, institucional, intercultural, etc., valendo ressaltar que não existe uma hierarquia entre os modelos de mediação, cabendo a sua escolha, conforme as peculiaridades de cada caso.

No âmbito dos conflitos decorrentes do multiculturalismo e direitos humanos, valemo-nos do que conhecemos como mediação intercultural, cuja base teórica é a transformação das relações sociais e o conceito é trazido de forma exemplar por Romero Giménez:

Entendemos la Mediación Intercultural —o mediación social en contextos pluriétnicos o multiculturales— como una modalidad de intervención de terceras partes, en y sobre situaciones sociales de multiculturalidad significativa, orientada hacia la consecución del reconocimiento del Otro y el acercamiento de las partes, la comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de conflictos y la adecuación institucional, entre actores sociales o institucionales etnoculturalmente diferenciados. (Giménez, 1997, p. 142)¹⁹⁴

¹⁹⁴ Entendemos mediação intercultural - ou mediação social em contextos pluriétnicos ou multiculturais - como uma modalidade de intervenção de terceiros, em e sobre situações sociais de multiculturalismo significativo,

Ao tratarmos da mediação cultural ou intercultural é importante considerarmos que tal técnica está além de um mero mecanismo de solução de controvérsias, já que permite uma verdadeira transformação através do processo de aprendizagem e de novas formas de sociabilidade.

Nessa senda, a mediação intercultural possui o condão transcendental de resolver os conflitos, indo além dos limites territoriais e culturais, restabelecendo e fortalecendo os laços sociais entre estados e indivíduos inseridos em comunidades de diferentes bases culturais.

Assim, entender o conflito e dispensá-lo tratamento adequado, poderá resolvê-lo com mais eficiência e definitividade, já que o mesmo é inerente à condição humana e, portanto, inevitável (VASCONCELOS, 2015. p. 45).

A análise dos aspectos indentitários dos indivíduos que compõe cada estado e de suas variadas culturas, em contraponto com aquilo que lhes são impostos por ordenamentos criados por concepções e ideologias distintas não só podem, como devem ser trabalhadas pela mediação como se verá no próximo tópico.

3- A integração multicultural e a mediação em direitos humanos

Não é recente a possibilidade de utilização de solução amistosa ou dialogada pelos órgãos internacionais,

orientada para o reconhecimento do Outro e a aproximação das partes, comunicação e comunicação. a compreensão mútua, a aprendizagem e o desenvolvimento da convivência, a regulação dos conflitos e a adaptação institucional, entre atores sociais ou institucionais diferenciados etnoculturalmente. (tradução livre)

cabendo destaque a Carta das Nações Unidas em seu artigo 2(3), o qual determina que os membros da organização devem “resolver suas disputas internacionais de formas pacíficas de modo que a paz, a segurança e a justiça internacionais não sejam comprometidas”¹⁹⁵ .

Além disso, a Carta da ONU, em seu art. 33 disciplina que “States shall accordingly seek early and just settlement of their international disputes by negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements or other peaceful means of their choice”¹⁹⁶ .

De igual forma, o regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 1980, já estabelecia em seu art. 40 a disposição da comissão pela consensualidade.

Conforme se depreende dos dados lançados oficialmente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a mesma intermediou soluções amistosas, sobretudo desde o início dos anos 1990 e, até o mês de setembro de 2011, aprovou 97 relatórios de solução amistosa, impactando não só grupos específicos, como setores da população, ao conseguir, exemplificadamente, a devolução de terras ancestrais e a titulação da propriedade em nome dos povos indígenas, adoção de políticas públicas para garantir seu direito o direito da mulher a uma vida livre de violência e discriminação, bem como a capacitação de funcionários estatais, em questões

¹⁹⁵ “settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered”(tradução livre)

¹⁹⁶ “As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça, à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha” (tradução livre)

referentes ao acesso das mulheres à justiça. (BRASIL, CIDH, 2018)

O art. 48¹⁹⁷ da Convenção Americana e o art. 40.1¹⁹⁸, do Regulamento da CIDH, dispõe que a Comissão, em qualquer etapa do exame de uma petição ou caso em que se alegue uma violação de direitos humanos, por iniciativa própria ou a pedido das partes, se colocará à disposição destas, com vistas a uma solução amistosa do assunto, fundamentada no respeito aos direitos humanos estabelecidos na Convenção, na Declaração e em outros instrumentos pertinentes, independente, inclusive, da ratificação da Convenção pelo estado.

Portanto, diante desse panorama de polêmico debate acerca da definição e abrangência de direitos humanos, uma solução impositiva de quaisquer teorias,

¹⁹⁷ A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: a. se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso; b. recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente; c. poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes; d. se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhes proporcionarão todas as facilidades necessárias; e. poderá pedir aos Estados interessados qualquer

¹⁹⁸ Em qualquer etapa do exame de uma petição ou caso, a Comissão, por iniciativa própria ou a pedido das partes, pôr-se-á à disposição destas a fim de chegar a uma solução amistosa sobre o assunto, fundamentada no respeito aos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Declaração Americana e em outros instrumentos aplicáveis.

seja a universalista ou a relativista, enseja situações danosas no cenário internacional e interno.

É exatamente, nessa perspectiva de considerar a validade das duas teorias postas é que se propõe a sua coexistência, sem a necessidade de imposição de uma sobre a outra. E, nesse viés é que a mediação funcionará como ferramenta importante para, diante do caso concreto, identificar todas as questões que envolvam a diversidade cultural, promovendo, uma interação e integração entre estas e as normas internacionais de direitos humanos, ampliando a proteção não só do indivíduo em si, mas também da sociedade em que o mesmo se vê inserido.

Essa percepção de utilização da mediação, apesar de em certa medida já ser aplicada pelas comissões internacionais de direitos humanos, percebe-se que ainda é incipiente a sua metodologia, já que, em verdade, a forma como atualmente é empregada, mais se assemelha à negociação e conciliação do que com a mediação propriamente dita.

Essa diferenciação é de importância reconhecida uma vez que a mediação se mostra mais eficiente no trato de relações continuadas como as existentes entre os estados, e, especificamente, a mediação intercultural, terá o condão de promover a integração cultural necessária à melhor compreensão dos direitos humanos por ocasião dos conflitos existentes.

Em outras palavras, o que se propõe é a comprometida e adequada utilização da mediação, a qual, muitas vezes exigirá uma equipe transdisciplinar para melhor entender o conflito e despertar nos envolvidos o sentimento de pertencimento e legitimidade necessários à construção da melhor solução da causa.

Assim, os organismos internacionais, especialmente as comissões de direitos humanos, deverão incentivar a solução consensual dos conflitos em direitos

humanos, em detrimento das decisões impositivas e desprovidas de força coercitiva e exigibilidade prática, informação pertinente e receberá, se isso lhe for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; além de implementar uma reestrutura, no sentido de aperfeiçoamento das soluções amistosas, promovendo a capacitação em mediação como técnica específica e diferenciada, sem prejuízo, por óbvio da necessidade de implementação a mediação também no âmbito interno.

Destarte, a troca ideológica, cultural e jurídica viabilizada pela mediação será capaz, além de trabalhar o conflito em si, de ampliar os espectros dos envolvidos e daqueles que interpretam as normas jurídicas internacionais e internas, promovendo, a integração social, permitindo na sua forma mais completa e pura a proteção dos direitos humanos.

4. Conclusão

O conflito, considerado fenômeno social inerente às relações humanas não deixará de existir, sendo indispensável que cada dia mais nos enveredemos em busca de caminhos menos árduos a sua resolução. Na perspectiva dos direitos humanos, tal ilação não se mostra diferente, sendo imperioso o rompimento com arquétipo de resolução de querelas apenas pela via tradicional e adjudicativa, uma vez que a ineficiência de tal modelo é inquestionável.

Assim, a resignificação da forma de implementação dos direitos humanos, de maneira a compatibilizar a legitimidade das diversas e incontestáveis culturas é o desafio contemporâneo a ser enfrentado no âmbito internacional e interno.

Reconhecer a falibilidade do modelo atual é de extrema importância para se buscar melhores alternativas. E, nesse aspecto, a mediação se apresenta como instrumento democrático e assegurador do diálogo qualificado entre culturas e ideais distintos.

Outrossim, entender as teorias universalistas e relativistas como propostas que se complementam ao invés de entendê-las, tão somente, no campo do antagonismo ideológico significa enriquecer as propostas e debates no campo dos direitos humanos.

Nesse ínterim, pode-se concluir que a correta utilização pelos organismos e cortes internacionais da mediação cultural, dispensando qualificação do(s) mediador (es), os quais muitas vezes deverão dispor de especialidades multidisciplinares e a valorização da ferramenta consensual, fortalecerá os vínculos relacionais entre estados.

No cenário interno, a mediação também é um excelente aliado da promoção da interculturalidade, na medida em que se pode trabalhar diretamente os indivíduos pertencentes a culturas diversas, promovendo trocas de experiência enriquecedoras e uma evolucionariedade desejada.

Para isso, além do trabalho de capacitação, divulgação e informação que deverá ser realizado pelos organismos internacionais e internos, se deverá contar com o comprometimento dos envolvidos, os quais serão ao mesmo tempo os executores dos atos processuais e sentinelas, velando pela higidez do processo de solução amistosa dos conflitos, com o fortalecimento jurídico dos direitos humanos e o restabelecimento das relações sociológicas.

Objetiva-se, também, assegurar a legitimidade democrática do provimento final, mediante a participação

dialógica das partes na construção direta da solução e resolução mais adequada do conflito.

Institucionalizar a mediação no âmbito das comissões e organismos internacionais sem compreendê-la de forma sistemática, e com o objetivo meramente formal, de nada ou pouco adiantará, razão pela qual, a dignificação e adequada aplicação da mediação, como técnica que permite conhecer e trabalhar as razões do conflito e o despertar dos envolvidos à construção da solução é medida que se propõe neste estudo.

Portanto, a reflexão acerca do papel desempenhado pelos organismos internacionais na solução consensual dos conflitos de direitos humanos, contribuem para o aumento da possibilidade de se atentarem para a validade e legitimidade do modelo da mediação cultural como forma de reconhecimento de diversas culturas e da necessidade de se estender a proteção dos direitos humanos a um maior contingente possível. Através dessa pesquisa, levantou-se aporias e demonstrou-se a porosidade da temática abordada, de modo a despertar a curiosidade epistemológica no que atine ao desenvolvimento e realização de novos estudos que venham a compreender sistematicamente de forma crítica a mediação como alternativa transcendental de promoção e integração de diversas culturas.

Referências

APEL, Karl-Otto. *O Problema do Multiculturalismo à Luz da Ética do Discurso*, traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. In *Ética – Cadernos Acadêmicos*, volume 7. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2000.

BARATO, Márcia. *MULTICULTURALISMO E DIREITOS HUMANOS*. Conexão Política, Teresina v. 3, n. 1, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Computer/Downloads/3547-12427-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 abr 2018.

BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 29 abr 2018.

BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Disponível em: <http://www.cidh.org/Cuestionarios.soluciones.amistosas.PO.htm> Acesso em: 29 abri 2018.

BRASIL. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm> Acesso em: 29 abr. 2018

DIDIER JUNIOR, Fredie; (Coord.) *JUSTIÇA MULTIPORTAS* mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016.

GIMÉNEZ ROMERO, C. (1997). *La naturaleza de la mediación intercultural*. In Revista de Migraciones 2.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. In: Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

REIS, Alcinda Maria Sacramento Costa dos, *et al.* *ENTRE IGUAIS E DIFERENTES: a mediação intercultural atas das i jornadas da rede de ensino superior para a mediação intercultural*. Lisboa: Alto Comissariado para as Migrações (ACM, I.P.), 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção*. In: GOMES, Luiz Flávio;

PIOVESAN, Flávia. *O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 4 ed. São Paulo: Método, 2015.



Co-funded by Erasmus +
Chair Jean Monnet
Programme of European Union



Conhecimento

ISBN 978-65-990101-7-0



www.conhecimentolivros.com.br