

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 14, número 3, set./dez. 2019



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 14, número 3, set./dez. 2019

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Room)

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS
v. 14, n. 3 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – set./dez. 2019



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA), editada pelo Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

FACULDADE SANTO AGOSTINHO (FASA)
©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura

Diretora Acadêmica: Profa. Ms. Naiara Vieira Silva Ivo

Coordenadora do Curso de Direito: Profa. Ms. Tatiana de Souza Araújo Antunes

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil
Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello

Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: OMNIA VFX

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a: (All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address) Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

v. 14, n. 3 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – set./dez. 2019 – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 209– v. : 19 x 26 cm.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

SUMÁRIO

A MORADIA COMO MERCADORIA E A RELAÇÃO DA EXCLUSÃO SOCIOTERRITORIAL E SOCIOAMBIENTAL COMA CRIMINALIDADE. Talissa Truccolo Reato, Cleide Calgaro, Liton Lanes Pilau Sobrinho	11
ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL E A RESPONSABILIDADE DOS “NÃO LITIGANTES”. João Gabriel Figueiró Salzano	26
ANÁLISE DE PROGRAMAS JUDICIAIS DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL. Samantha Ribeiro Meyer- Pflug Marques, Patrícia Pacheco Rodrigues	42
GARANTIAS AMBIENTAIS E AS CRISES DO ESTADO: Uma leitura a partir do artigo 225 da Constituição Federal. Adélia Alves Rocha, Hélen Cristiany Pimenta de Oliveira, José Luis Bolzan de Moraes	56
DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL EM AÇÕES COLETIVAS EM CASOS DE DANOS MULTILocalizados: ANÁLISE JURÍDICA A PARTIR DO CASO DO ROMPIMENTO DAS BARRAGENS DA VALE S/A EM BRUMADINHO/MG. Camilo Zufelato, Caio Gracco Pinheiro Dias	66
ENTRE RETOMADAS E AUTODEMARCAÇÕES – LUTAS INDÍGENAS POR RECURSOS NATURAIS, TERRITÓRIOS E DIREITOS NO BRASIL. Martha Priscylla Monteiro Joca Martins, Luciana Nogueira Nóbrega	85
INCORPORAÇÃO DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ANÁLISE DO VALOR ATRIBUÍDO ÀS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS E SEUS EFEITOS NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. Filipe Augusto Silva, Deilton Ribeiro Brasil.....	100
METODOLOGIA JURÍDICA: A TÉCNICA INVESTIGATIVA DO ESTUDO DE CASO. Fernando Goya Maldonado	124
O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE EM PORTUGAL E SUA ADOÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO. Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis, Tamires Gomes da Silva Castiglioni	139
POLÍTICAS DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO PELO CRIME DE ESTUPRO. Gilson Cássio de Oliveira Santos, Matheus Lucas Fonseca	155

EDITORIAL

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos trilha um belo caminho rumo a sua consolidação nacional e internacional. O presente volume 14, número 3, referente ao quadrimestre de 2019, traz muitos artigos científicos com profundidade incontestável e de abordagens importantíssimas com os atuais cenários nacionais e internacionais. Em se tratando de publicação quadrimestral, como é caso da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, obter permanente exogenia representa a prova incontestável de penetração em várias partes do mundo. E é o que este volume 14, número 3, pretende empreender. Sobretudo, alcançar novos centros de produção acadêmica de excelência. Para tanto, segue após essa minha fala um pontual olhar panorâmico escrito pelo prof. Ms. Gilberto Florêncio Faria.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Montes Claros, 04 de setembro de 2019.

É com imensa satisfação que apresentamos para a comunidade acadêmica nacional e internacional mais um número da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos. Os artigos a seguir apresentados dão um panorama sobre quão diversas, interessantes e pertinentes são as temáticas que orientam as pesquisas dos operadores do Direito hoje no Brasil e no mundo.

O déficit habitacional no Brasil é de aproximadamente 8 milhões de unidades habitacionais embora o direito à moradia figure expressamente entre os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal. No artigo “A moradia como mercadoria e a relação da exclusão socioterritorial e socioambiental com a criminalidade” da doutoranda Talissa Truccolo Reato, Professora Doutora Cleide Calgaro e do Professor Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho autores e autor abordam o assunto numa perspectiva crítica.

A positivação do princípio da boa-fé no Código de Processo Civil de 2015 trouxe consequências importantes para todos os envolvidos na dinâmica processual. O mestrando João Gabriel Figueiró Salzano em “Abuso de direito processual e responsabilidade dos não litigantes” propõe uma ampliação na análise daqueles que podem litigar de má-fé, com as consequentes responsabilizações.

Ainda em relação ao CPC de 2015, pertinentes são os estudos que tem por foco a questão da mediação dos conflitos. Este é o propósito da Professora Doutora Samantha Ribeiro Meyer- Pflug Marques e da mestranda Patrícia Pacheco Rodrigues em “Análise de programas judiciais de mediação de conflitos no Brasil”. A análise de estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil constrói um panorama que amplia a compreensão sobre o tema.

Já são quase cinco décadas de debates sobre o direito ao futuro, previsto, na Constituição de 1988,

no pacto civilizatório firmado no caput do artigo 225. Em “Garantias ambientais e as crises do Estado: uma leitura a partir do artigo 225 da Constituição Federal” as doutorandas Adélia Alves Rocha e Hélen Cristiany Pimenta de Oliveira, juntamente com o Professor Doutor José Luis Bolzan de Moraes, analisam as ações de Estado e a efetividade de suas proposições nesse sentido.

O mesmo artigo 225 prevê a tríplice responsabilização por dano ambiental. Danos aliás que no Brasil tem se repetido tristemente. Em “Da competência territorial em ações coletivas em casos de danos multilocalizados: análise jurídica a partir do caso do rompimento das barragens da Vale S/A em Brumadinho/MG” os Professores Doutores Camilo Zufelato e Caio Gracco Pinheiro Dias analisam a doutrina e a jurisprudência brasileiras sobre o tema.

São reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. É o que dispõe o caput do artigo 231 da Constituição. As doutorandas Martha Priscylla Monteiro Joca Martins e Luciana Nogueira Nóbrega no estudo intitulado “Entre retomadas e autodemarcações – lutas indígenas por recursos naturais, territórios e direitos no Brasil” investigaram como essas práticas podem ser interpretadas diante do direito estatal.

Depois de mais de setenta anos da Declaração dos Direitos Humanos ainda há muito a ser escrito e garantido. Em a “Incorporação de tratados de Direitos Humanos no Brasil: análise do valor atribuído às normas de direitos humanos e seus efeitos no controle de convencionalidade” o Doutor Filipe Augusto Silva e do Professor Doutor Deilton Ribeiro Brasil discorrem sobre as principais correntes que tratam sobre o valor atribuído aos tratados internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Temas relativos à metodologia jurídica sempre encontrarão acadêmicos e profissionais interessados devido ao seu caráter instrumental. Nesse sentido, o estudo denominado “Metodologia jurídica: a técnica investigativa do estudo de caso” do Doutor Fernando Goya Maldonado apresenta a estratégia de pesquisa do estudo de caso. A forma didática através da qual é apresentada, certamente estimulará pesquisas sociojurídicas.

Muitos estudos ainda tratarão das consequências das mudanças ocorridas recentemente na legislação do trabalho brasileira. Em “O contrato de trabalho intermitente em Portugal e sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro” a Professora Doutora Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis e a Mestra Tamires Gomes da Silva Castiglioni, a partir da perspectiva do direito comparado, lançam luzes sobre tal questão.

Para finalizar, pesquisa recente aponta que menos de vinte por cento dos apenados são ressocializados no Brasil. Em “Políticas de ressocialização do apenado pelo crime de estupro” o Professor Doutor Gilson Cássio de Oliveira Santos e o bacharelado Matheus Lucas Fonseca

contribuem para uma maior discussão no ambiente acadêmico a respeito de um tema bastante negligenciado historicamente.

Este número consolida ainda mais o trabalho sério e dedicado realizado a muitas e valorosas mãos. Que a todos seja agradável a leitura. Bons estudos.

Prof. Ms. Gilberto Florêncio Faria

ARTIGOS

A MORADIA COMO MERCADORIA E A RELAÇÃO DA EXCLUSÃO SOCIOTERRITORIAL E SOCIOAMBIENTAL COM A CRIMINALIDADE

Talissa Truccolo Reato (Universidade de Caxias do Sul)¹

Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul)²

Liton Lanes Pilau Sobrinho (Universidade do Vale do Itajaí; Universidade de Passo Fundo)³

RESUMO: Objetiva-se analisar as perspectivas da moradia e sua abordagem como mercadoria e não como direito fundamental no Brasil relacionando com exclusão socioterritorial e criminalidade. O problema questiona como a segregação social implica no aumento da criminalidade em decorrência da moradia não ser operada como direito fundamental, mas sim como mercadoria. A investigação está dividida em três partes. A metodologia foi desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. É uma pesquisa básica, exploratória e bibliográfica. Ao final, conclui-se que a exclusão socioterritorial e socioambiental são prementes em nosso País, onde o direito à moradia já não é mais um direito e sim uma mercadoria.

Palavras-chaves: Criminalidade. Direito fundamental. Mercadoria. Moradia. Socioambientalismo.

ABSTRACT: It aims to analyze the perspectives of housing and its approach as a commodity and not as a fundamental right in Brazil relating to socio-territorial exclusion and crime. The problem questions how social segregation implies increased crime as a result of housing not being operated as a fundamental right, but as a commodity. The investigation is divided into three parts. The methodology was developed by the hypothetical-deductive method. It is a basic,

1. Doutoranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2019/). Bolsista Prosup/CAPES (2019/). Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2016/2018). Taxista Prosup/CAPES (2016/2018). Realizou estância de pesquisa (atividades docentes e investigatórias) na Faculdade de Direito da Universidade de Sevilla - Espanha (2017). Especialista em Direito Processual pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2014/2015). Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2009/2014).

2. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutoranda em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, na condição de taxista CAPES. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade de Caxias do Sul. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” da Universidade de Caxias do Sul-UCS e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” da Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Atua como pesquisadora no Grupo de pesquisa “Regulação ambiental da atividade econômica sustentável (REGA)” da Escola Superior Dom Helder Câmara.

3. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do PPGDireito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilla - US. -Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional ambiental, Direito Constitucional.

exploratory and bibliographical research. In the end, it is concluded that socio-territorial and socio-environmental exclusion are pressing in our country, where the right to housing is no longer a right but a commodity.

Keywords: Crime. Fundamental right. Product. House. Socioenvironmentalism.

INTRODUÇÃO

A moradia é um direito fundamental no Brasil de cariz social, por conseguinte, trata-se de uma premissa elementar para a consolidação da dignidade da pessoa humana. Ademais, compõe a moradia um aspecto físico (o bem imóvel) e um aspecto imaterial (o espaço de relações). Destarte, moradia, habitação e residência se relacionam, mas não são sinônimos. Acontece que a moradia, na práxis, está sendo abordada mais como uma mercadoria do que como um direito. Esta conjuntura eclode na inflição do biopoder, na exclusão social e territorial e na questão da criminalidade.

Destarte, considerando o objetivo geral, que é a análise da moradia e de sua abordagem como mercadoria e não como direito fundamental no Brasil, sobretudo relacionando com exclusão socioterritorial e criminalidade, a pesquisa está fracionada em três momentos. A primeira parte é a que situa na Constituição Federal do Brasil de 1988 a posição do direito à moradia como um direito fundamental. Além disso, esta parte diferencia moradia de habitação e de residência, inclusive no plano internacional, e explicita o que se entende por moradia.

A parte intermediária apresenta as mazelas das ações institucionais do direito à moradia, a exclusão social e territorial, expõe o que se entende por biopoder, aduz que na visão da moradia como mercadoria o preço dela varia conforme a localização, entre outros aspectos. O momento final apresenta que a mais forte segregação social acontece por causa da localização da moradia, de modo que se expõe um tópico sobre as favelas. Ademais, comenta-se a acomodação do Estado em relação ao problema de exclusão socioterritorial e quais seriam as atuais propostas estatais para resolver a sua “preocupação” com a questão das favelas. Ao final, exterioriza-se que a exclusão em comento abre espaço para a violência e para a criminalidade (inserindo o tema em um recorte criminológico crítico). Nesta investigação a linguagem textual está posta via leitura sistemática. Usa-se o método hipotético-dedutivo. A pesquisa pode ser classificada como básica, exploratória e bibliográfica, com isso, ao final pretende-se demonstra que o direito a moradia, na verdade não é um direito mas sim uma mercadoria de troca, onde o problema da exclusão socioterritorial está cada vez mais premente e longe de ser resolvido em nosso País.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO BRASIL

O direito fundamental à moradia no Brasil hodiernamente está disposto no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil outorgada em 1988, no qual constam outros

direitos sociais. A atual redação foi determinada pela Emenda Constitucional número 90 de 2015 (BRASIL, 1988)⁴. Contudo, o direito à moradia foi incluso expressamente no artigo 6º da mencionada Constituição somente no ano de 2000 (SARLET, 2011, p. 67), por meio da Emenda Constitucional número 26, tendo a redação alterada novamente em 2010, por meio da Emenda Constitucional número 64, até alcançar o texto vigente desde 2015.

Determinada a alocação normativa do direito à moradia, aduz-se que a temática moradia é objeto de indagações “tanto no campo jurídico-econômico como no sociopolítico. A análise da temática se dá em diversos ramos da ciência, pelo fato de a moradia ser uma necessidade do homem tão essencial como a vida, sendo condição *sine qua non* para uma existência humana digna” (SOUZA, 2013, p. 21). Deste modo, dada a relevância da moradia para a humanidade e considerando as profusas ambiguidades existentes entre moradia, habitação e residência importa, para prosseguir sem inexactidões, realizar uma distinção terminológica entre tais vocábulos. Assim, primeiramente, o conceito de moradia extrapola o de habitação, pois congrega a parte física da habitação e a rede de serviços, mas apresenta também elementos da subjetividade, ou seja, a moradia é considerada um espaço de relações entre os que residem juntos, assim como das relações com seu entorno. A moradia é o *locus* onde se expressa grande parte do processo sócio-histórico da trajetória das pessoas. Desse modo, vai além da aquisição de um domicílio, expressa características valorativas que refletem aspectos culturais da comunidade (KAUCHAKJE; SCHEFFER, 2017, p. 20).

Ainda no viés das diferenciações de nomenclatura, tomando em conta que a moradia é entendida como um elemento basilar do ser humano e um bem extrapatrimonial, a residência seria, portanto, o simples local onde se encontraria o indivíduo e a habitação seria o exercício efetivo da moradia (ou seja, a relação entre sujeito e imóvel, decorrente dos direitos pessoais ou direitos reais). Isto significa que no que tange a habitação o enfoque é local, o bem imóvel, uma vez que se pode exercer a habitação em um hotel, em uma casa de praia, etc. No caso da moradia, urge considerar o enfoque subjetivo, uma vez que pertence à pessoa o exercício da moradia, sendo-lhe inerente, por haver o dever de outrem possibilitar referido exercício da moradia à coletividade, dever este que não pertence apenas ao Estado, mas também à quem por ele atua, facilita ou representa (SOUZA, 2013, p. 29).

Destarte, a moradia como um direito social fundamental no Brasil decorre, entre outros motivos, da existência do referido direito em Tratados nos quais o país é signatário. A importância da distinção terminológica pode ser explicada pelo fato de que na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na versão em língua portuguesa-brasileira, o artigo XXV dispõe que: “Todo

4. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 jun. 2019.

ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis” (ONU, 2009). Ocorre que, como visto, a moradia se sobrepõe à habitação por englobar mais do que o aspecto físico, mas também o elemento subjetivo (de relações de pertencimento). Logo, não significa que a tradução da Declaração esteja substancialmente equivocada (porque a habitação também é importante), mas, pelo exposto até o presente, o termo moradia é no contexto desta explanação o mais adequado, até mesmo por ser a expressão condizente com a Constituição Federal do Brasil.

Isto determinado, a moradia (e o direito à ela) precisa ser compreendida como sendo uma realização que acontece além da matéria (no sentido de objeto) visto que representa proteção, fornece a sensação de acolhimento e é o local no qual as relações inter-humanas acontecem. Além disso, a moradia está vinculada com algo que é crucial para a higidez do ser social: a questão da identidade, ou seja, com o que faz com que cada pessoa se reconheça como parte integrante de uma comunidade visando obter uma vivência plena como ser social.

Ademais, a moradia consiste em um “bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais na vida cotidiana [...]” (SOUZA, 2013, p. 39). O direito à moradia (em uma perspectiva um tanto material, mas que culmina na visão da moradia intáctil como formação identitária e relacional e também como elemento da dignidade da pessoa humana) significa a imprescindibilidade de morar em um local salubre, com água potável, com energia elétrica, com a coleta de resíduos, com acesso ao transporte, à saúde e à educação. Assim, a moradia se aproxima da narrativa de lar, de abrigo e de aconchego na dimensão subjetiva, podendo ser considerada um local físico com a capacidade de fornecer as condições para a sobrevivência que coadunam com o bem-estar psíquico.

Fato é que a moradia, basilar aos seres humanos, intervém no meio ambiente natural e construído, sobretudo nas áreas urbanas, de forma projetada ou não, conforme a existência de maior ou menor grau de planejamento (decorrente das condições socioeconômicas) e conforme o interesse na prosperidade social por parte dos detentores do poder. O direito à moradia, direito fundamental, tem adversidades para a sua implementação, especialmente porque, ao invés de ser prioritariamente tratado com o *status* que recebeu no ano de 2000, se tornou uma fidedigna mercadoria. Ocorre que esta mercadoria atinge a trajetória social, histórica e cultural dos seres humanos. Em muitos casos, lamentavelmente, a moradia passou a ser um ativo financeiro agente de exclusão social e territorial ao invés de ser sinônimo de dignidade, argumentação que se aprecia de imediato.

3 A MORADIA COMO MERCADORIA E A EXCLUSÃO SOCIAL E TERRITORIAL

O problema da moradia ser tratada como mercadoria (e não como direito fundamental) pode alcançar consequências impiedosas nas marcas da vida da população capitalmente

debilitada. As ações institucionais do direito à moradia quando existem “ora atuam fora dos parâmetros reais da população carente [...], ora como mero assistencialismo (deixando de levar em consideração a condição de sujeito do cidadão)” (BALDO, 2012, p. 98). Isto significa que para garantir o direito à moradia, que é um direito essencialmente social, é imprescindível a realização de um trabalho de reconhecimento dos seres humanos.

Tendo em conta o contexto pátrio que evidencia uma característica de exclusão social e territorial e também de desestrutura das formas organizacionais urbanas (que resulta em favelismo e degradação do meio ambiente), o Estado não se exime de tecer políticas habitacionais e ambientais que regulamentem a política urbana. A existência de leis que disciplinam, legitimam e estabelecem alguns entes públicos para efetivar as previsões normativas são insuficientes para proporcionar uma vida digna com o real direito à moradia (adequada e preservada) (BALDO, 2012, p. 98). Neste viés, a mercantilização da moradia tem agravado ainda mais este quadro de falta de efetividade deste direito à moradia como um direito fundamental.

Destarte, a habitação⁵-mercadoria “é instrumento de acumulação do capital, de controle e legitimação política, de satisfação de necessidades humanas. E, caso fosse resolvida a satisfação desta necessidade humana, deixaria de existir um instrumento de acumulação e controle.” (PERUZZO, 1984, p. 117). Sendo assim, percebe-se que a lógica de biopoder (engendrada por Foucault) pode ser visualizada no caso da moradia ser anunciada como uma mercadoria. Primeiramente é preciso compreender biopoder como a explosão “de técnicas numerosas e diversas para obter a subjugação dos corpos e o controle de populações” (FOUCAULT¹⁹⁸⁸). Isto significa que no momento em que se subtraem moradias (por diversas razões) relocando pessoas de um local para outro (implicando em perda de bens materiais e em privação do reconhecimento de pertença e identidade, como ocorreu em Mariana e Brumadinho) o biopoder é exercido. Ademais, no momento em que na esperança de uma mudança na qualidade de vida, se oferecem financiamentos habitacionais imoderados, nos quais o valor das prestações é caríssimo em proporção aos rendimentos mensais do núcleo familiar, não havendo possibilidade de suportar os gastos sem prejudicar as necessidades básicas (da família e da própria moradia), causando crises e preocupações (que podem levar até mesmo ao adoecimento), o biopoder é exercido.

Considerando que a moradia vem sendo reconhecida como uma mercadoria, o controle dos corpos acontece especialmente sobre a sua ótica subjetiva. Neste sentido, acresce-se que morar não é fracionável, ou seja:

Não se pode morar um dia e no outro não morar. Morar uma semana e na outra

5. Compreender como se fosse “moradia-mercadoria”, dado que o sentido é similar, sobretudo quando se percebe que até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na tradução em língua portuguesa-brasileira, utiliza “habitação” e não “mercadoria”, mas que se refere à moradia no sentido material e imaterial (bem imóvel mais a relação de pertencimento e de identificação com uma localidade).

não morar. No limite da necessidade, é possível – malgrado as consequências funestas – almoçar um dia e no outro não, almoçar e não jantar, “pedir um prato de comida” na porta da casa de alguém, uma roupa velha, um pedaço de pão, ou seja, a fome é incorporada a algumas estratégias de sobrevivência. Não é possível pedir um pedaço “de casa” para morar, um banheiro para se tomar banho, um tanque para lavar roupa, uma cama para dormir um pouco, exceto, é claro, se se trata de relações pessoais (parentesco e amizade), de aluguel de quartos, de lavanderias, etc. e. é claro, pagando-se por este uso (RODRIGUES, 2011, p. 14).

Destarte, no instante em que se reconhece a moradia, na prática, como uma mercadoria, (como qualquer bem de consumo) é exigido que se pague por ela. Assim, o preço muda conforme for a localização da moradia em relação aos equipamentos coletivos e à infra-estrutura existente nas proximidades (RODRIGUES, 2011, p. 14). Em que pese a moradia seja muito mais do que o bem imóvel, quanto menos estruturado for o lugar em que ela se encontra fixada, menos se atende as especificações da dignidade humana, ainda que haja o sentimento de pertencimento dentro da comunidade. Sendo assim, mesmo que a pessoa se identifique com a comunidade, quanto mais pobre economicamente aquela agremiação for, mais vigorosa é a exclusão social e territorial.

Sendo assim, o discurso sobre exclusão pretende transformações sociais, sendo também um enunciado em favor das relações sociais existentes, mas que não são acessíveis por uma parte da sociedade. Neste viés, a concepção de exclusão “é útil, portanto, para expor à consciência social as contradições de suas boas intenções e expor a necessidade histórica e política de reconhecer os involuntários limites sociais e as condições sociais do justo afã de mudar” (MARTINS, 2002, p. 47). Acontece que esta vontade de alterar o quadro, pautada na lógica do biopoder, é praticamente nula, uma vez que não há um nítido empenho na implementação de ações institucionais visando garantir a moradia como um direito fundamental e não puramente como uma mercadoria.

Isto posto, sobre o sentido subjetivo da moradia (o mais afetado por ela ser considerada mercadoria) é premente expor uma canção assinada por Adoniran Barbosa há quase setenta anos:

Si o senhor não está lembrado, dá licença de conta
Que aqui onde agora está esse ardificio alto
Era uma casa velha, um palacete assobradado
Foi aqui, seu moço, que eu, Mato Grosso e o Joca
Construímos nossa maloca
Mais um dia, nós nem pode alembrar
Veio os homens com as ferramentas
O dono mando derruba
Peguemo todas nossas coisas e fumos pro meio da rua apreciar a demolição

Que tristeza que eu sentia! Cada táuba que caia doía no coração
Mato Grosso quis grita mas em cima eu falei
- Os homes tá cá razão. Nós arranja outro lugar.
Só se conformemos quando o Joca falou
- "Deus dá o frio conforme o cobertor"
E hoje nós pega a páia nas grama do jardim
E pra esquecê nós cantemos assim:
- Saudosa maloca, maloca querida.
Que dim donde nós passemos dias feliz de nossa vida (BARBOSA, 2019).

A maloca é identidade. A maloca é sentimento de reconhecimento. A subtração forçada dela é violência. A atrocidade de “perder” a moradia não é somente deixar de ter ou possuir um bem imóvel, é sobretudo não ter oportunidade e nem os recursos para defender um local em que cada um vivencia as suas experiências em face da força dos titulares do poder (biopoder). Esse tratamento da moradia como uma mercadoria gera exclusão social e territorial, afinal, o “outro lugar” arranjado para viver dificilmente substituirá a “maloca querida”.

Outrossim, como referido anteriormente, a moradia é verificada como uma mercadoria em outras situações além dos casos de retirada forçada de populações de lugares pontuais (os quais ocorrem por interesses econômicos explícitos ou também por desastres ambientais, nos quais os interesses econômicos estão menos manifestos, mas igualmente óbvios). Há, por exemplo, a questão dos financiamentos habitacionais com parcelas exorbitantes em relação a renda familiar. Pagar por tais cotas mensais não é outra coisa senão um tipo de violência ocasionada pela inabilidade social e estatal para satisfazer um direito fundamental.

A situação da moradia como mercadoria constrange e agride a dignidade dos humanos que existem em situação de carência e que, por consequência enviesada, se tornam desprotegidos e vulneráveis, excluídos e marginalizados dos centros urbanos. Desigualdade social é violência e gera violência por causa da revolta, revolta inclusive pela ausência de uma moradia adequada (e nisso se inclui saneamento básico, água potável, luz elétrica, acesso ao transporte, coleta de resíduos sólidos, etc.), revolta porque não morar, morar fracionado, ser retirado do local em que mora sem consentir (porque o poder econômico quis ou porque a natureza não suportou a intervenção humana), ter que pagar um preço descomunal em relação à renda familiar pela moradia é uma espécie de escravatura, entre outras situações que geram desesperança.

A moradia como mercadoria é fruto da sociedade de consumo. Sayak Valencia aduz que

la crudeza en el ejercicio de la violencia obedece a una lógica y unas derivas concebidas desde estructuras o procesos planeador en el núcleo mismo del neoliberalismo, la globalización y la política. Hablamos de prácticas que resultan transgresoras, únicamente, porque su contundencia demuestra la vulnerabilidad del cuerpo humano, su mutilación y su desacralización y, con

ello, constituyen una crítica feroz a la sociedad del hiperconsumo (VALENCIA, 2010, p. 17).

Por conseguinte, apesar da perversidade da lógica do biopoder, o mínimo que se precisa para relacionar moradia com dignidade são políticas de moradia apropriadas e íntegras. Quando o lugar de morada e, por conseguinte, de vivência das pessoas for sadio, a violência contra quem não é adequadamente abrigado diminuirá e, em contrapartida, a violência (causada pela revolta de quem não mora com condições dignas de sobrevivência) também tende a reduzir. Não se pode desassistir a confiança de encontrar um remédio para que a moradia seja um direito fundamental efetivo.

4 A RELAÇÃO ENTRE MORADIA-MERCADORIA, FAVELAS E CRIMINALIDADE

Para que a moradia obtenha, portanto, a oportunidade de se consolidar como um direito fundamental, urge a participação do Estado. Ocorre que, de acordo com Raquel Rolnik, é possível

identificar as raízes truncadas de um modelo de Estado capturado por interesses privados e conformado por uma cultura de opressão e exclusão, simultaneamente tensionado por um processo de combate à pobreza e inclusão via consumo e pela tomada da terra urbana e da moradia pelas finanças globais (ROLNIK, 2015, p. 295).

Sendo assim, a mudança no paradigma do Estado que atualmente está acomodado com a problemática da exclusão socioterritorial deve ser discutida (todavia em outra oportunidade) porque o Estado é o principal detentor da capacidade de impulsionar políticas de moradia apropriadas. Os excluídos socialmente e territorialmente, sobretudo por causa da ausência de moradia adequada, tem sua cidadania prejudicada. Assim, “o conceito de exclusão é, portanto, inseparável do de cidadania, que se refere aos direitos que as pessoas têm de participar da sociedade e usufruir certos benefícios considerados essenciais” (SCHWARTZMAN, 2004, p. 36).

A exclusão socioterritorial pelo fato da moradia ser considerada mercadoria se relaciona com um prejuízo na cidadania e, conseqüentemente, produz uma ligação com a segregação social. Destarte, no que tange moradia, exclusão e marginalização se pode dizer que o que constitui talvez a mais forte segregação social é localização da habitação. Neste sentido, “seria esconder a realidade deixar de constatar a segregação espacial cada dia mais forte entre locais de residência dos executivos e locais de residência dos operários e empregados” (LOJKINE, 1981, p. 227).

Assim, fato é que as pessoas mais carentes tendem a se instalar em periferias e/ou em morros, locais geralmente desprezados para instalar moradias. No Brasil, estes espaços de vivência são

conhecidos como favelas. Sendo assim, importa salientar primeiramente que a vida na favela nem sempre é símbolo de retrocesso porque pode ser

o primeiro passo no caminho do desabrigo para o abrigo, ou a estação intermediária na estrada que leva da pobreza abjeta à esperança. A favela existe porque país algum está em condições de produzir moradias adequadas por um preço que esteja dentro das possibilidades dos trabalhadores. É ela o abrigo que a era industrial proporciona à sua plebe. A moradia continua sendo a Gata Borralheira da Revolução Industrial, e a favela é a modesta cobertura que lhe tem sido destinada por tempo indefinido (ABRAMS, 1964, p. 17).

Quem mora nas favelas, em geral, não é proprietário jurídico das terras que ocupa, de modo que “contestam as formas institucionais que regem o direito ao uso do solo urbano, na medida que pela necessidade de morar, de sobreviver, ocupam cotidianamente um pedaço de chão.” (RODRIGUES, 2011, p. 39). Dessa forma, evidente que tais moradias, afastadas dos centros ou atravancando a paisagem da região mais sofisticada urbanisticamente, não contam com a mesma infraestrutura das partes mais afortunadas das cidades, isto é, não é incomum a ausência de saneamento básico, de água, de luz, etc.

Portanto, a favela advém da necessidade de onde e de como morar. Ou seja, quando não for possível adquirir uma casa pronta, nem terreno para construir, tem-se que encontrar uma saída. Para parte da população a solução é a favela. A favela é, portanto, produto da soma de determinados processos, sendo eles a expropriação de pequenos proprietários rurais e a exploração da força de trabalho no campo, que conduz migrações rurais-urbanas; a migração urbana-urbana das pequenas para as médias e para as grandes cidades; o empobrecimento da classe trabalhadora; o alto preço da terra urbana e das edificações (uma mercadoria inacessível). Portanto, a favela exprime a luta para sobreviver e pelo direito ao uso do solo urbano (RODRIGUES, 2011, p. 40).

Retomando-se a atuação do Estado (o qual a partir de uma mudança paradigmática pode agir como principal detentor da possibilidade de implementar ações institucionais para melhorar a condição do direito à moradia), observa-se que, na prática, no que tange as favelas, a preocupação do Estado tem sido no decorrer dos anos marcado por duas propostas básicas, sendo a primeira:

erradicação da favela, através da remoção dos moradores e a liberação da área antes ocupada, para outros usos, com o objetivo de extirpar estes aglomerados, que sem dúvida interferem no preço da terra das imediações. A existência das favelas desvaloriza a terra das proximidades. Ao remover a favela, remove-se um dos obstáculos para aumentar a renda da terra, ao mesmo tempo que se leva "para mais longe" os seus moradores e sua pobreza. A outra possibilidade é a

permanência da favela, com erradicação de suas características - urbanização e melhorias com introdução de infra-estrutura (água, luz, esgoto sanitário) e a abertura de vias mais amplas de circulação. A urbanização prevê a permanência da população na área ocupada, porém com modificações substanciais na aparência e na legalidade, pois supõe a divisão da favela em lotes ou frações ideais de um terreno. Esta atuação também altera a dinâmica do preço da terra, propiciando - pela retirada das características de favela - um aumento de renda aos proprietários das áreas vizinhas (RODRIGUES, 2011, p. 41).

Na primeira situação, de remoção dos moradores, nota-se uma desatenção em relação ao direito à moradia dos habitantes (que são afastados) afetando especialmente a seara subjetiva deste direito. No instante em que a comunidade é esvaziada (com o discurso de reconstruir em outro lugar uma vida melhor, mas que na verdade mascara a intensão de afastar a pobreza da cidade, e não diminuí-la), pode-se dizer que ocorre uma verdadeira desconsideração com a relação identitária que as populações que vivem na favela tem com o lugar. Não significa que as pessoas escolham viver em condições adversas, muitas delas não tiveram outra opção e, portanto, firmaram vínculos que não podem simplesmente ser removidos para que se aumente a renda da terra. O que se quer dizer é que moradia não pode ser gerida como se fosse mercadoria, retirar as pessoas de favelas e as relocar em outros locais, ainda que em condomínios, afastados do núcleo da cidade não é a solução para os problemas, aliás, referida prática pode inclusive aumentar o sentimento de marginalização, uma vez que as pessoas passam a se sentir como marionetes pressionadas pelo biopoder.

Na segunda situação, descontrói-se as características da favela. Fato é que, por um lado, introduz-se uma estrutura que propicia mais dignidade; por outro lado, guetifica-se a favela, isto é, a urbanização ao lotear a área modifica o que a própria comunidade produziu, o que os representa, interferindo na localidade e nas moradias, as quais são o lugar em que se expressa a história das pessoas que ali vivem. Tratam-se de caracteres de grandeza que exprimem a cultura da comunidade. Desta maneira, com o intuito de tornar as favelas mais apresentáveis para os olhos de investidores e para favorecer os espaços vizinhos, novamente verifica-se a moradia como uma mercadoria e não como condição de existência digna, isto é, como direito fundamental. Referidas situações interferem no que é mais importante para uma pessoa: a sua dignidade humana. Quando a moradia é tratada como mercadoria ocorrem abalos no sentimento de reconhecimento e de pertencimento, sobretudo quando se removem pessoas de comunidades mais pobres ou se erradicam características do corpo social. Estes casos não são incomuns nos espaços das favelas, de maneira que é possível associar mencionada perda de identidade com o afloramento de delitos, como produto da segregação social.

Pode-se relacionar local de moradia, pobreza e violência urbana no Brasil no seguinte sentido: “embora a pobreza de renda não sirva como guia para o crime e a violência, um conjunto de fatores contribuiu para tornar os locais de moradia dos pobres nas grandes cidades ambientes

de violência extrema” (IPEA, 2006, p. 01). Estatísticas sobre as condições de habitação das moradias precárias informam que os grupos populacionais menos favorecidos sofrem desvantagens econômicas e sociais tão ou mais graves que a dos pobres de renda em geral, ainda que as moradias ineptas não sejam habitadas apenas por pessoas pobres de renda. Entre os principais prejuízos estão o baixo acesso aos serviços urbanos básicos, a baixa participação feminina no mercado de trabalho, a alta taxa de desemprego, ocupações precárias e o menor acesso à educação. Sendo assim, evidente que políticas públicas de combate à pobreza urbana precisam ter maior eficácia ao incorporarem ações direcionadas para a melhoria das condições de moradia dos pobres na cidade (IPEA, 2006, p. 19).

Ademais, Raquel Rolnik evidencia que a exclusão territorial torna indivíduos, famílias e comunidades vulneráveis, abrindo espaço para a violência. Logo, o nexos entre violência e exclusão territorial (pela não efetividade do direito fundamental à moradia) é muito claro quando se cruzam os dados de homicídios com os índices de exclusão territorial (ROLKIN, 1999). Destarte, criminalidade e o direito à moradia (ou também o direito à ordem urbanística adequada) estão conectadas, sobretudo porque “violência nasce da falta de esperança ou de perspectiva de vida melhor. A falta de trabalho, de moradia e de lazer geram vazio no coração, o que permite a instauração da violência. O ofensor pode ser motivado pela falta de esperança de dias melhores” (ROSA, 1964, p. 181).

Isto posto, quando se propõe investigar a “importância da interseccionalidade no debate criminológico crítico” se aborda, neste caso, a intersecção de identidades sociais relacionadas com a dominação e, por conseguinte, com o biopoder. Reforça-se que biopoder precisa ser compreendido como a “tecnologia do poder sobre a 'população' enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o poder de 'fazer viver’” (FOUCAULT^{1999, p. 295}). Tecida esta determinação, retoma-se que a moradia como mercadoria afeta a identidade das pessoas e, no momento em que elas são afastadas do âmago comunitário (ao serem relocadas ou pela erradicação das características sociais) se solidifica o comando dos detentores do poder, a dominação. Sendo assim, a criminalidade, neste contexto, pode emergir justamente porque age como um rebote da manipulação dos corpos. Isto é, a criminalidade acaba sendo uma forma de reação das pessoas que não tem acesso a uma moradia digna, de quem tem a sua moradia sacada, de quem perde o reconhecimento como um ser social. A relação entre moradia, pobreza e criminalidade é estreita, na medida em que as pessoas precisam de um lar adequado para se desenvolverem, caso contrário a tendência é revolta e, por sua vez, revolta pode levar ao cometimento de transgressões. Assim, urgem ações institucionais para reverter o atual panorama a fim da moradia receber o tratamento de direito fundamental e não de mercadoria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É complexo escrever sobre a moradia como uma mercadoria e as implicações da falta de efetividade deste direito fundamental (que provocam exclusão socioterritorial) quando não se

sofre tal sentimento de segregação e marginalização, ou seja, quando se é um simples observador. Porém, em que pese falte um abalo empírico, o que foi manifestado no estudo não deve ser desconsiderado, especialmente porque o impacto do prejuízo de cidadania sofrido por quem sofre exclusão social e territorial influencia todo o desenvolvimento social e, assim, o objetivo de uma pesquisa científica é contribuir para a melhoria das relações a partir do despertar de assuntos delicados, como é o caso do tema apreciado.

Isto posto, algumas considerações precisam ser elencadas. A primeira delas tange o fato de que é preciso ter atenção no emprego da terminologia moradia, uma vez que, como visto, não é o mesmo que habitação e residência, os quais possuem um sentido menos subjetivo. Assim, quando se aborda a palavra moradia se está discorrendo sobre um bem material, o local físico, mas também (e especialmente) se está tratando de espaço de relações, nos quais há sentimentos, há lembranças, há reconhecimento de pertencimento. Assim, é uma lástima que a moradia, tão vital para a vivência humana, seja considerada um ativo financeiro, uma mercadoria.

Uma segunda consideração, muito relevante, diz respeito ao biopoder. Nota-se que uma das propostas básicas do Estado em sua “preocupação” com as favelas envolve a permanência delas com a erradicação de suas características. Como dito, se em um viés a urbanização traria melhorias na infraestrutura, por outro ângulo a favela perde a sua personalidade. No momento em que são ampliadas as vias de circulação nas favelas, ainda que facilite a mobilidade, aumenta-se o controle sobre os corpos. Logo, há incidência do biopoder. As pessoas acabam sendo docilizadas a viver em condições de exploração e degradação social e ambiental, onde seus corpos e suas personalidades são excluídas da sociedade que se denomina inclusiva. A vida se perfaz num adestramento social e excludente, onde não somente as pessoas sofrem, mas também o meio ambiente, o qual é degradado pela falta de condição das pessoas.

Além disso, se o objetivo real da melhoria da estrutura da favela (e de bairros pobres em geral) fosse a melhoria da qualidade de vida da população carente, de modo a reduzir o sentimento de marginalidade (que hoje favorece o espaço para violência e criminalidade) não haveria qualquer óbice criticável. Acontece que quando o objetivo da relocação das pessoas que moram nas favelas para outros locais ou quando o intuito da urbanização do ambiente das favelas for muito mais o de valorizar a vizinhança e os terrenos próximos (já que diversos bairros pobres estão perto de áreas nobres e de áreas turísticas) do que o de reduzir a exclusão socioterritorial, não dá para acreditar na efetivação da moradia como um direito fundamental. Quando a moradia for, de fato, um direito (e não uma mercadoria) toda a sociedade será beneficiada.

Também é relevante salientar nesta oportunidade que o que foi exposto não advoga que o Estado deva arcar pecuniariamente com a moradia de todas as pessoas, mas se sustenta que não se deve sobrecarregar a população carente exigindo prestações habitacionais acima da sua capacidade financeira, ou seja, urge repensar a política de moradia para que exista uma coerência no preço a ser pago por ela e pela decorrente infraestrutura que proporciona viver com dignidade.

A falta de moradia, que implica no prejuízo de cidadania e de dignidade, é uma situação que aborrece, que incomoda. Como verificado, pobreza não implica no cometimento de

crimes, mas os locais de moradia dos pobres se tornaram ambientes de violência, muito por causa da segregação social e da desigualdade social. Ademais, mudar as pessoas forçosamente de lugar é uma agressão, tal como é ofertar um financiamento praticamente impagável em relação às condições de renda da população mais carente. Ainda, não ter respeito com o meio ambiente a ponto de lama dissolver cidades (e memórias e vidas) é um insulto à moradia e, por consequência, à dignidade da pessoa humana. A criminalidade se expande pela falta de esperança, pela revolta, pela desestrutura social. Assim, embora a urbanização das favelas tenha um caráter discutível, pode ser um meio, apesar das intenções paralelas, de melhorar a qualidade de vida das pessoas, ou, minimamente, de melhorar a vida das pessoas. Portanto, crê-se que ações institucionais do direito à moradia (sobretudo políticas públicas de Estado) são a via mais nítida para desmercantilizar referido direito fundamental, desde que atendam os parâmetros da população carente e não sejam um mero assistencialismo tomado por propósitos paralelos. Reitera-se: quando a moradia for um direito fundamental toda a sociedade será favorecida.

REFERÊNCIAS

ABRAMS, Charles. **Habitação, Desenvolvimento e Urbanização**. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1964.

BALDO, Iumar Junior. **Direito à cidade**: uma possibilidade real a partir do acesso à moradia digna e sua função socioambiental. Curitiba: Multideia, 2012.

BARBOSA, Adoniran. **Saudosa Maloca**. Disponível em: <<https://www.lettras.mus.br/adoniran-barbosa/43969/>> Acesso em: 18 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 jun. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13ª Edição. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; RODRIGUES, Rute Imanishi. **Texto para discussão nº 1187**: moradia precária e violência na cidade de São Paulo. Rio de Janeiro, maio de 2006.

KAUCHAKJE, Samira; SCHEFFER, Sandra Maria. **Políticas públicas sociais: a cidade e a habitação em questão**. Curitiba: InterSaberes, 2017.

LOJKINE, Jean. **O Estado capitalista e a questão urbana**. Tradução: Estela dos Santos Abreu. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

MARTINS, José de Souza. **A sociedade vista do abismo: novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais**. Petrópolis: Vozes, 2002.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. UNIC/Rio/005, Janeiro 2009 (DPI/876). Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 17 jun. 2019.

PERUZZO, Dilvo. **Habitação: controle e espoliação**. São Paulo: Cortez, 1984.

RODRIGUES, Arlete Moysés. **Moradia nas cidades brasileiras**. São Paulo: Contexto, 2011.

ROLNIK, Raquel. **Exclusão territorial e violência**. São Paulo Perspec. vol.13 no.4 São Paulo Oct./Dec. 1999. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000400011> Acesso em: 18 jun. 2019.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças**. Tese de Livre-Docência Faculdade de Arquitetura e Urbanismo Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2015.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Ordem urbanística e a prevenção da criminalidade**. In: Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. -Ano 1, n. 1 (mar. 1964). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 3 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHWARTZMAN, Mario Henrique Simonsen. **As causas da pobreza**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VALENCIA, Sayak. **Capitalismo gore**. Espanha: Editorial Melusina, 2010.

ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL E A RESPONSABILIDADE DOS “NÃO LITIGANTES”.

Abuse of procedural law and the responsibility of non-litigants.

João Gabriel Figueiró Salzano

RESUMO: O artigo aborda a teoria do abuso de direito do direito civil, apresentando sua evolução histórica e conceituação. Em um segundo momento estuda sua aplicação no processo civil, especificamente após a positivação do princípio da boa-fé no art. 5º do CPC/2015. Busca apresentar a questão da responsabilização direta por litigância de má-fé do advogado, quando este atua por mandato e dos demais participantes “não litigantes”, como o juiz, ministério público e serventuários. O método de pesquisa é o bibliográfico e o objetivo é apresentar e atualizar o problema com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Teoria do abuso de direito. Processo Civil. Abuso de direito processual. Má-fé. Responsabilidade dos não litigantes.

ABSTRACT: The article discusses the theory of the abuse of law in civil law, presenting its historical evolution and conceptuation. Proceed to the study of its application in the civil process, specifically after the positivization of the principle of good faith. In a specific way seek to present the question of the lawyer's direct responsibility for litigation of bad faith, when acting by mandate and the others "non-litigating" participants. The research method is the bibliographical and the objective is to present and update the problem with the advent of the new Code of Civil procedure of 2015.

Keywords: Law abuse theory. Civil procedure. Abuse of procedural law. Bad faith. Responsibility of non-litigants.

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo geral estudar a responsabilidade civil por condutas (inicialmente ou aparentemente) lícitas, que exercidas com abuso do direito, levam reparação dos danos ocasionados – notadamente quando aplicada ao processo civil. Assim, busca-se discorrer sobre a teoria do abuso do direito e da aplicação da boa-fé processual.

O objetivo específico seria ver como se dá a extensão de sua aplicação junto ao processo

1. Mestrando em direito pela PUCRS. Especialista em Direito Público pela ESMP/RS. Advogado OAB/RS. E-mail: joao.salzano@acad.pucrs.br

civil, verificando hipóteses de sua ocorrência para responsabilização por dano processual diretamente no processo de procuradores, juízes e partes não litigantes; verificando é possível responsabilização destes pelo abuso de direito e dano processual ocorridos em relação processual em que atuam mediante mandato: ou e a responsabilização se trata de indevido ativismo judicial.

Assim, se realizará breve análise sobre a origem histórica da teoria do abuso de direito, deitando olhos na origem no direito romano e na influência romano canônica no instituto que terá sua conceituação mais aceita no direito francês, pós revolução francesa. Se pontuará os pressupostos mais aceitos na doutrina para caracterização dos casos em que cabível a reparação, dando um panorama dos diferentes entendimentos acerca da importância da vontade do agente na teoria do abuso de direito.

Será abordado o atual momento da legislação brasileira, que concretiza o instituto no ordenamento brasileiro juntamente com a boa-fé processual, bem como seus pressupostos, para em outro momento analisar a teoria do ponto de vista do processo civil e, ao final, buscar uma resposta, que de forma alguma tenciona ser definitiva, ao questionamento se o advogado pode ser diretamente responsabilizado pelo abuso de direito no processo civil. Há doutrinadores e magistrados (em um âmbito de tribunais locais) que defendem a necessidade de responsabilização pessoal dos advogados e demais não litigantes como forma de dar efetividade a repressão de condutas que atentem a boa-fé e probidade processual.

A pesquisa que se pretende é bibliográfica, trazendo ao final decisões jurisprudenciais de maneira exemplificativa, não sendo a intenção esgotar o assunto, havendo uma tendência histórica na jurisprudência para apontar a resposta ao questionamento proposto, tendência esta que se mantém, em análise perfunctória, no recente Código de Processo Civil de 2015.

2. A teoria da responsabilidade civil e do abuso de direito: delimitação histórica

A responsabilidade civil do direito ocidental guarda seu germe no Direito Romano, embora este nunca tenha desenvolvido propriamente uma teoria a respeito do tema, sendo os conceitos e institutos daí advindos fruto do desenrolar da casuística de então. Não se ignora que a ideia de punir o dano já estava presente no ordenamento mesopotâmico, com o código de Hamurabi, que instituiu ao causador do dano igual ofensa (lei de talião), ou mesmo a civilização helênica (Grécia) que já apontava uma reparação de dano objetiva, independentemente de uma afronta a norma predeterminada (PEREIRA, 1998).

Nos primórdios do direito romano quando da ocorrência dos *delictas* (delitos civis como o *furtum* e *noxia et iniuria*: furto, dano e injúria), era possível a vingança privada, independentemente da análise de culpa, se igualando a responsabilidade civil e responsabilidade penal. O ofendido teria direito de buscar contra o ofensor igual ofensa, não se tratava propriamente de reparação civil, mas sim de caráter punitivo privado.

Estes conceitos apresentam evolução ao longo dos anos na medida em que a pena privada passa a perder o caráter de punição e adquire contornos de reparação proporcional ao ofendido –

deixando de ser uma atividade privada e ficando a cargo da autoridade pública, dissociando-se da responsabilidade penal (PEREIRA, 1998).

Os *delictas* se mostraram, no entanto, insuficientes para a realidade social de então, havendo danos que acabavam não tendo compensação se levado em conta apenas este caráter objetivo de delito civil. Assim, se acabou somando a estes os *quasi delicta*, que recebiam tratamento equiparado: aqui estaria o risco causado aos transeuntes ao se colocar um objeto pendurado em um edifício; derramar líquido ou lançar coisa sobre a via pública; a responsabilização do capitão do navio, dono de hospedaria ou estábulo a indenizar furtos e danos causados aos bens de seus clientes; e o instituto *si iudex litem suam facit*, que sujeitava o juiz que sentenciasse de má-fé a ressarcir os danos causados. Sempre sinalando a já apontada ausência de uma teoria acerca da responsabilidade civil (PEREIRA, 1998):

Não chegaram os jurisconsultos romanos a substituir totalmente a vingança privada por uma norma geral definidora da responsabilidade civil. Jamais distinguiram completamente a pena da reparação, ou da ideia de punição e, conseqüentemente, trataram como ideias consímiles a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal. O que estava na mira das considerações eram as figuras típicas dos *delicta*, a que se aditaram os *quasi delicta*, tal qual no direito germânico a vingança de sangue (Wehrgeld) ligada à enumeração dos diversos delitos que fora dominada pelo sentimento de solidariedade familiar assume características de responsabilidade coletiva. Como observam Malaurie e Aynès, não se cogitava de satisfazer a vítima ou sua família, porém de atingir aquele que materialmente causou um dano (PEREIRA, 1998).

Já no período da República, a lei Aquilia, fruto de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquilio, abre novos horizontes na responsabilidade civil, alterando a ideia de multa pela reparação proporcional ao dano, a responsabilidade extracontratual (*aquilianiana*) e inserindo o conceito de culpa – uma vez que se antes se cuidava de apurar principalmente o *damnum*, era necessário inserir novo elemento para aqueles casos em que os danos advinham não de dolo (PEREIRA, 1998)².

Quanto ao abuso do direito, como vimos o direito romano em um primeiro momento era calcado nos *delictas*, assim, quem agia em direito próprio não prejudicaria ninguém – “*nemine laedit qui jure suo utitur*”. Tal princípio se mostrava injusto quando evidente o “*animus laedendi*” (intenção de prejudicar), mesmo no limite do direito subjetivo do ofensor, pelo que inseridos novos princípios como o “*nemine laedere*” (não lesar a outrem) e “*summun jus, summa injuria*” (excesso de direito, excesso de injustiça), “*pelo que é norma fundamental em toda sociedade civilizada não prejudicar a outrem*” (GONÇALVES, 2007, p. 61), assim, temos uma limitação aos direitos subjetivos.

2. Tem-se conhecimento de que a discussão doutrinária que debate se as inserções do conceito de culpa provêm da Lei Aquila, aqui nos filiando à corrente trazida por Caio Mario da Silva Pereira, que citando as *Institutas* de Gaio, traz em tradução: “*Matar injustamente significa matar com dolo ou culpa; nenhuma outra lei pune o dano causado sem injustiça; resta então sem punição quem, sem culpa nem dolo mau, comete um dano*”. (PEREIRA, 1998, p. 5)

De igual forma, a boa-fé, essencial para análise do instituto do abuso e direito, igualmente encontra suas raízes no Direito Romano, no digesto de Justiano:

A propósito, o conceito de justiça, desde os Romanos, assenta-se na noção de equilíbrio, de honestidade, de sensatez, de não causar danos. Basta lembrar do Digesto de Justiniano, o qual compreendia a justiça como a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito; de viver honestamente, bem como de não lesar outrem. (VIANNA, 2018, s. p.)

A origem do instituto do abuso de direito não passa longe de incontroversa pela doutrina, havendo estudiosos que apontam que na idade média se pode encontrar a origem do abuso de direito, lastreado na *aemulatio*, ou na proibição dos atos de emulação, por influência da moral cristã, que vedava o exercício de direitos de maneira prejudicial a outrem – com maior aplicação na seara dos direitos reais e das obrigações. A construção do conceito de abuso do direito derivaria desta percepção da existência de limites ao exercício dos direitos (FERNANDES, 2017).

Destes institutos desenvolvidos na Idade Média viriam a ser concebido na França, pós Revolução Francesa, a teoria do abuso do direito propriamente dita – e seria uma saída ao rigor da lei objetiva que se buscava implementar como forma de ruptura com o *ancien régime*. Prevalendo a concepção individualista e idealista do Código Civil napoleônico, que pretendia tornar o juiz tão somente a boca da lei através da interpretação literal dos seus dispositivos (como se isto fosse possível). Assim, a teoria do abuso de direito é contraponto a ideia de direitos subjetivos absolutos - sujeitos aos excessos do liberalismo-burguês (FERNANDES, 2017).

Passou-se a enfrentar, na prática forense, situações de exercício do direito com fins de prejudicar outrem, sem utilidade própria, bem como de maneira antissocial. A jurisprudência e doutrina evoluíram para a concepção do uso anormal do direito – sendo esta anormalidade constatada pela “*consciência pública, que caracteriza o abuso, já que todo direito, do ponto de vista social, é relativo.*” (FERNANDES, 2017).

Daí que o reconhecimento do abuso do direito como espécie de ato ilícito seria a condenação à filosofia individualista pela sociedade, buscando o direito uma teoria baseada mais na solidariedade e menos no egoconcentrismo³. Vê-se a influência do pensamento socialista que, conforme Boris Starck, contribui com a ideia de que os direitos não têm caráter absoluto, mas sim

3. “O extremo individualismo do direito no século passado não se compadecia com a aposição de limites ao exercício dos direitos. Foi, então, em nosso século, que os juristas repensaram o problema do exercício dos direitos, a princípio no da propriedade e depois em outras províncias, como o de família ou dos contratos. E daí veio efetivamente nascer a teoria do abuso do direito. Como assinalou Orozimbo Nonato, em notável conferência pronunciada no Instituto dos Advogados Brasileiros e publicada na Revista Forense, sob o título “Aspectos do Modernismo Jurídico e o elemento moral na culpa objetiva”, vol. 56, pp. 5 e segs., “são novas as fórmulas, mas o princípio que consagram já é velho como a lei escrita e os seus vestígios se rastreiam no direito romano”, quando proclamava, no dizer de Gaius, que “não devemos nos desmedir no exercício de nossos direitos” – *male enim nostro iure uti non debemus.*” (PEREIRA, 1998, p. 253)

que são relativos e devem sempre respeitar um objetivo social (NADER, 2016)⁴. Traz Castro Filho que “*Realmente, há um fim social em todo direito, que, ao contrário do que fora propugnado pela reação individualista do Século XVIII, só existe para assegurar a existência do homem em sociedade com outros homens.*” (1960).

Duas correntes se destacam, não sendo, no entanto, antagônicas entre si. A corrente subjetivista traz como elemento central o elemento de vontade do agente que, deliberadamente e com objetivo de prejudicar, extrapola o exercício de um direito, e uma corrente chamada objetivista, para qual não importa a intenção de prejudicar, sendo analisado se o direito é exercido em desacordo com sua finalidade social. Há ainda a teoria mista, que admite elementos de ambas as anteriores (CASTRO FILHO, 1960).

3 A teoria do abuso de direito no ordenamento brasileiro e seus pressupostos

O abuso de direito já vinha disciplinado no Código Civil de 1916, em seu art. 160, I, ao trazer que não se constituía ato ilícito o exercício regular de um direito – levando à interpretação de que aquele exercício irregular ou abusivo seria ato ilícito (GONÇALVES, 2007). A atual disciplina na legislação brasileira, já no Código Civil de 2002, traz no Livros III (dos Fatos Jurídicos), Título III (dos atos ilícitos), o artigo art. 187, que prevê expressamente que também comete ato ilícito o titular de um direito (até então lícito) que ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Os ditames do referido artigo constituem, assim, limitação ao exercício de qualquer direito no ordenamento brasileiro: uma vez que ultrapassando esta limitação socioeconômica, costumeira e a boa-fé objetiva, o exercício de todo e qualquer direito pode ser considerado abusivo. Assim, o agente está cometendo ato ilícito quando além de se limitar a tirar proveito necessário de seu direito o utiliza de maneira antissocial, nociva a terceiros (NASCIMENTO, 2015)⁵.

Percebe-se que a norma tem caráter aberto sendo possível a variação da interpretação do que seria abuso de direito ao longo do tempo, estando assim suscetível às alterações da interpretação da sociedade, em última análise. Assim, o que poderia ser entendido como não violador de algum dos limitadores trazidos acima, por exemplo os bons costumes, pode em outro momento assim ser considerado.

Cumpre, ressaltar, ainda, que o abuso de direito não se confunde com a fraude a lei, esta sendo aqueles atos que tem forma lícita mas buscam fim ilícito - como exemplo um casamento

4. “O reconhecimento do abuso de direito como espécie de ato ilícito é a condenação da filosofia individualista, que atribuía aos direitos subjetivos um caráter absoluto. Esta era a visão, hoje superada, do jurista Paulo: “*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*” (i.e., “Ninguém faz dano a não ser que faça o que não tem direito de fazer”). Desde o início do século XX, quando se abandonou definitivamente a concepção egocêntrica, a relevância do interesse social é considerada em nosso ordenamento e a partir da Lei Maior. Para o pensamento socialista, conforme Boris Starck, os direitos são relativos, devendo o seu titular utilizá-los conforme a sua função, “porque o direito tem um objetivo social que deve ser respeitado”. (NADER, 2016, p. 137)

entre um estrangeiro e cidadã brasileira que busca apenas evitar a extradição, não constituir uma entidade familiar. O efeito também é distinto, uma vez que o ato em abuso de direito leva a indenização dos danos ocasionados e a fraude a lei leva a nulidade do ato.

A responsabilidade por danos causados em abuso de direito é objetiva, prescindindo de culpa – isto pois o direito ofendido tem valoração mais elevada que o exacerbado exercício de um direito legítimo que causa dano a outrem, sendo assim ato ilícito, gerando o dever de reparação civil (GONÇALVES, 2007). Nesse sentido a definição trazida por NASCIMENTO:

Exercício de um direito de modo a desvirtuar sua finalidade social, consiste em um viés que compromete sua legitimidade, revelando a intenção, por parte de seu titular, de prejudicar, lesar. A doutrina salienta que o direito não é absoluto, mas limitado em sua extensão e submetido a pressupostos quanto ao seu exercício. Ora, quando um titular de determinado direito não obedece a tais limites, age, em verdade, sem direito. Cessa o direito quando começa o abuso, pois um único ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme o direito e contrário ao direito. O ato praticado com abuso é objetivamente lícito, mas subjetivamente injusto, assim caracterizado: 1. Exercício que transcende a necessidade determinada por sua destinação individual; 2. Exercício sem utilidade para o titular; 3. Exercício com dano para outrem (NASCIMENTO, 2015, p. 71)

Para gerar o direito à reparação civil por abuso de direito, imperiosamente o ato deve, entre outros pressupostos, ocasionar dano a outrem, nos termos do artigo 927 do diploma civil. Esta responsabilidade seria objetiva, isto é, independente de culpa, nos termos do Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “*A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.*”⁶”, amplamente aceita pela Doutrina.

A responsabilidade civil por abuso de direito tem em seus pressupostos basilares a demonstração do exercício de direito legítimo de maneira irregular. Assim, a ação do agente estaria albergada pela legislação vigente, mas, em algum ponto, o agente passa a um objetivo de lesar prejudicar terceiro. Quando ultrapassa os limites passa a agir sem direito. Objetivamente sua conduta é lícita, mas subjetivamente é injusta (NASCIMENTO, 2015).

Os pressupostos para caracterizar atos abusivos que possam levar a responsabilidade civil seriam assim a intenção de lesar outrem, a ausência de interesse sério e legítimo; e exercício do

5. “*O abuso do direito consiste, antes de tudo, em ultrapassar os limites assina lados ao exercitório de um direito. Se há violação de regras legais, o fato não apresenta dificuldade alguma de apreciação. Mas, muitas vezes, os limites de um direito são fixados somente pelo uso: comete abuso de direito aquele que exerce um direito de maneira anormal em comparação com o modo de exercício habitual do direito, tal o proprietário que monta em seu terreno uma indústria de natureza a causar prejuízo aos vizinhos.*” (NASCIMENTO, 2015, p. 73)

6. <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>

direito fora de sua finalidade econômica e social (NASCIMENTO, 2015). A análise é objetivo finalística, se perquirindo o fim perseguido pelo direito, no plano subjetivo e o postulado social protegido, sendo deste cotejo extraído se o seu exercício se faz em excesso.

4. A norma fundamental da boa-fé e o abuso do direito processual: litigância de má-fé

Viu-se anteriormente que o exercício dos direitos subjetivos sofre uma limitação pela teoria do abuso de direito. Somado à teoria da boa-fé, certamente o processo civil oferece larga abrangência para aplicação desta da teoria, no que tange aos direitos processuais. A teoria do abuso de direito guarda estreita vinculação com o abuso de direito (VIANNA, 2018).

Se pode falar, assim, em termos classificatórios em abuso de direito material e processual, ambos comungando de diversos pontos da teoria geral, mas este segundo tendo algumas singularidades que podem ser destacadas, sendo apontado pela doutrina que a tendência no processo civil é pela aplicação do princípio da probidade (STOCO, 2002).

Vivemos na era do *neoconstitucionalismo* em um Estado Constitucional, os direitos e garantias fundamentais previstos na constituição tem aplicabilidade imediata e atuam como parâmetro na aplicação da norma. A norma, por sua vez, não é mais àquela do Estado Liberal e o juiz não é apenas o “boca da lei”. A norma é resultado, segundo a Teoria da Interpretação, da (re)construção do sistema quando da aplicação concreta – a interpretação operativa que fala Ferrajoli (ZANETI, JR, 2017).

A lei (textualmente falando) pode ter mais de um significado interpretativo (norma) e a norma pode ser resultado de mais de um dispositivo legal (e também extra textuais). Os princípios integram, assim, a formação da norma jurídica e, ao final, o vértice desta aplicação é o texto constitucional (MITIDIERO, 2017).

O processo civil também apresenta sua constitucionalização, com o princípio da boa-fé promovido à norma fundamental, determinando o comportamento de todos aqueles que participam do processo, determinando que o pedido e as decisões judiciais através dela interpretados (art. 322, §2º e art. 489, §3º, CPC/2015), com reflexos ainda no âmbito recursal (art.1.013, §3º, II, CPC/2015) e na ação rescisória (art. 966, V, CPC/2015) (SILVA; MAZZOLA, 2017). Entendem Silva e Mazzola que esta inclusão da boa-fé no texto do Código de Processo Civil o resultado da degradação dos valores éticos da sociedade, que pela conduta os sujeitos afasta a natureza do processo como instrumento ético voltado a pacificar com justiça (2017).

A boa-fé é um princípio concretizado na legislação infraconstitucional - no CPC/2015 em

7. “No direito brasileiro, em que a introdução da boa-fé objetiva processual se deu a partir da primeira década do século XXI, o instituto ganhou destaque principalmente com os estudos de Fredie Didier Júnior e Brunela de Vincenzi, os quais, inspirados no êxito da doutrina civilista em lançar as bases da boa-fé objetiva no país, passaram a se debruçar sobre o instituto (previsto no art. 14, II, do Código Buzaid) e adaptar a doutrina de origem civilista à realidade do direito instrumental.” (PINTER, 2016, s.n)

seu no art. 5º; no CPC/1973, em seu artigo 14, II - que tem origem no direito civil, pelo que importante a análise prévia da teoria do abuso de direito, acima realizada de maneira sucinta. O referido artigo traz que aqueles que de alguma forma participam do processo – como é o caso dos advogados que atuam mediante mandato - deve comportar-se de acordo com a boa-fé. A doutrina brasileira, a partir da década inaugural do Século XXI, levou à concretização do princípio em lei infraconstitucional (PINTER, 2016).⁷

O fundamento constitucional do princípio da boa-fé processual estaria para Antônio Passos do Cabral como cláusula geral constitucional, decorrente do contraditório; para Carlos Alvaro Alberto de Oliveira, estaria no princípio da colaboração, decorrente da participação no processo (art. 5º, LV, CF/88); Brunela de Vicenzi aponta que a boa-fé seria decorrência do objetivo fundamental (art. 3º, I, CF/88) de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, portanto, colaboração e lealdade no trato social; Fredie Didier Jr. sustenta que a boa-fé seria uma nova etapa de concretização do devido processo legal. Menezes Cordeiro sustenta que a boa-fé processual é subprincípio da boa-fé geral e esta é decorrência do princípio da igualdade: vedando que iguais busquem vantagem no exercício de seus direitos (PINTER, 2016).

Sua conceituação no Código de Processo Civil se enquadra e confunde com os atos de má-fé como autor, réu ou intermitente, mas não está a estes casos limitada. Quem comete abuso de direito processual responde por perdas e danos (NASCIMENTO, 2015). A conceituação posta nos diplomas legais não era a tendência na América Latina, encontrando, no entanto, receptividade no direito brasileiro, como se vê no relatório geral latino-americano, trabalho realizado em 1998, que busca trazer um paralelo entre os países da América do Sul, Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru e Uruguai, trazendo:

Las legislaciones de los países citados, en su mayoría, centran su atención en el deber de buena fé o probidad, sin definir concretamente al abuso del proceso. Constitui excepción a la referida generalización el Código Procesal de Brasil de 1939, que en su art. 3º señalaba que “el abuso del derecho se verifica, por igual, en ejercicio de los medios de defensa, cuando el demandado aponga maliciosamente, resistencia injustificada a la tramitación del proceso.
(MOREIRA, 2001, p. 11–12)

Assim, busca o legislador combater a incorreção das partes em seu comportamento em juízo. O dever de boa-fé objetiva (CPC, art.5º), aponta uma expectativa de conduta a partir dos padrões gerais de comportamento ético de todos aqueles que atuam no processo, independente do caráter subjetivo ou da intenção do agente: em uma idéia de responsabilidade objetiva (CAMBI, 2017). A questão de ser a boa-fé objetiva, para as partes do processo, parece não ser objeto de maiores discussões:

No plano objetivo, a boa-fé apresenta-se como um padrão de conduta ideal a ser

observado. Pressupõe lealdade, probidade, honestidade, retidão, transparência, lisura, mútuo respeito e cooperação. Diz-se objetiva porque não leva em conta a intenção do sujeito que realiza a conduta jurídica. Ao contrário, apoia-se em modelo de conduta social considerado correto, reto, ético.²

A boa-fé processual, prevista no art. 5º do CPC/2015 (LGL\2015\1656), vem a ser a boa-fé objetiva, como tem afirmado a doutrina especializada.³ Essa também foi a conclusão do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), que, ao editar o Enunciado 374, averbou: “O art. 5º prevê a boa-fé objetiva. (VIANNA, 2018, p. 144).

O Código de Processo tipifica condutas que entende que a boa-fé estará sumariamente ausente – os casos caracterizadores da má-fé processual (CAMBI, 2017). Assim, no processo civil brasileiro com o Código de Processo Civil de 2015 as principais hipóteses de abuso de direito vem descritas na norma legal, notadamente no Capítulo II, intitulado “DOS DEVERES DAS PARTES E DE SEUS PROCURADORES”. Traz o art. 77 (antigo art. 14, CPC/1973), que são deveres das partes: expor os fatos em juízo conforme a verdade; não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

A discussão na doutrina o rol trazido no CPC seria exemplificativo, sendo que qualquer conduta violadora do dever processual de boa-fé (artigo 5.º do CPC/2015) pode ensejar a penalização por improbidade processual, na forma do artigo 81 do CPC/2015 (GAJARDONI, 2015); ou se por se tratar de relação prevendo condutas típicas com previsão de sanção, o rol seria taxativo, não admitindo interpretação extensiva (CAMBI, 2017).

Inclina-se pela primeira ideia, pela aplicação da teoria do abuso de direito, por entender que qualquer conduta que fuja da finalidade do direito ou realizada com fins de prejudicar o outro poderia ser considerada como litigância de má-fé, pelo que pode haver responsabilização. De igual forma o art. 80 traz hipóteses em que objetivamente se considera má-fé (abuso de direito). Por exemplo condena o recurso interposto com fins meramente protelatórios – assim, um remédio processual previsto em lei e cabível ao caso (assim, o exercício regular de um direito) passa a ser considerado conduta de má-fé (punida com multa e indenização) quando tiver objetivo apenas atrasar o curso processual; aqui sendo percebida com facilidade a teoria do abuso de direito.

O certo é que todos aqueles participantes do processo devem atuar de acordo com a probidade processual: inclusive autor, réu, intervenientes, advogados, Ministério Público, juiz, serventuários (VIANNA, 2018). O art. 79 do CPC/2015 traz expressamente a expressão

“litigar”, ou seja, autor, réu e intervenientes. Juizes, advogados Ministério Público (enquanto *custus legis*)... enfim, não litigantes não estão abarcados pela previsão do texto legal (VINNA, 2018) – limitante da interpretação jurídica (ZANETI JR, 2017). A questão é como se dá essa responsabilização.

As condutas impostas e vedadas podem levar à responsabilidade das partes por “dano processual”, trazida no CPC, artigos 79 e 81: multa indenizatória de 1% a 10%, indenização a parte contrária por dano processual e, ainda, honorários advocatícios e despesas processuais pela sucumbência. Além desta “tríplice responsabilização”, poderá haver ainda a responsabilização pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça, espécie de “litigância de má-fé qualificada”: artigo 77, §§ 1.º a 6.º, do CPC/2015; cuja penalidade é mais severa (GAJARDONI, 2015).

A questão é como se dá essa responsabilização.

O devedor é o “litigante de má-fé”, este aquele que está no processo pleiteando como autor, réu ou interveniente (VIANNA, 2018). Assim, quem irá suportar as penalidades é a parte, mesmo que, por vezes, por sua posição hipossuficiente dentro do processo (falta de conhecimento técnico) e sendo representada por um procurador, não tenha envolvimento pessoal direto na conduta penalizada.

5. A atuação dos não litigantes e sua responsabilidade civil por dano processual: vedação ao ativismo judicial

Se todos devem pautar suas condutas no processo pela boa-fé processual, como se dá a responsabilidade daqueles que não são “parte” da ação é a questão a ser enfrentada.

A responsabilidade civil dos advogados, em relação aos seus constituintes, é de matiz contratual, uma vez que o mandato é forma de contrato prevista no Código Civil. O mandato judicial impõe responsabilidades ao advogado perante seus clientes: responsabilidade esta, via de regra, de *meio* não de *resultado*⁸, devendo o procurador executar com proficiência sua profissão, não sendo responsabilizado pelo insucesso de uma causa. Assim, haverá sua responsabilização quando incorrer em erro de fato e de direito (GONÇALVES, 2007).

Não obstante, a pesquisa jurisprudencial, no entanto, demonstra que não raro juízes estendem a litigância de má-fé aos procuradores, diretamente no processo, a se notar pelo seguinte teor das ementas a seguir. Já se antecipa o entendimento da leitura, mas demonstra que a atualização da pesquisa frente ao novo CPC não se mostra irrelevante:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-

8. Se vislumbra responsabilidade de resultado quando, por exemplo, o advogado é contratado com fins específicos de realizar uma atividade, como, por exemplo, redigir a minuta de um contrato (GONÇALVES, 2007, p. 426).

FÉ A ADVOGADO. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA ENTRE O CONTEÚDO DO ATO RECLAMADO E O DO ACÓRDÃO PARADIGMA (ADI 2.652), QUE TRATOU APENAS DA APLICAÇÃO DE MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA POR PARTE DE ADVOGADO PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (STF - Acórdão Rcl 25313 Agr / Mg - Minas Gerais, Relator(a): Min. Teori Zavascki, data de julgamento: 11/11/2016, data de publicação: 24/11/2016, 2ª Turma)

RECURSOS DE REVISTA DOS ADVOGADOS DO RECLAMANTE - MATÉRIAS COMUNS - ANÁLISE CONJUNTA - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Conforme disposto no art. 249, § 2º, do CPC/73, o Juiz não pronunciará a nulidade dos atos processuais quando puder decidir o mérito da questão a favor da parte a quem aproveita a declaração de nulidade. **LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DOS ADVOGADOS - ART. 32, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.906/94 - DESCABIMENTO. A previsão expressa no art. 32, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94 é a de que a conduta inadequada do advogado em juízo deve ser apurada em ação própria. A condenação do advogado às penalidades impostas ao litigante de má-fé deve observar o devido processo legal, sendo-lhe assegurados o contraditório e a ampla defesa em processo autônomo. Logo, ainda que evidenciada a conduta desleal, não tem cabimento a condenação do causídico ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé. Precedentes.**

Recursos de revista conhecidos e providos. (TST - Acórdão Rr - 627-62.2012.5.15.0156, Relator(a): Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, data de julgamento: 23/08/2017, data de publicação: 25/08/2017, 7ª Turma)

Mandado de Segurança. Impetração contra aresto que impõe sanção por litigância de má-fé a advogado que não integra a lide. Cabimento.

Litigância de má-fé. Imposição a advogado que atuou apenas como procurador da parte. Descabimento. Sanção que, no sistema processual, está reservada apenas para as partes e intervenientes. Possibilidade de responsabilização apenas por ação própria. Aplicação do art. 32 da Lei 8.906/94.

Segurança concedida. (TJSP - Acórdão Mandado de Segurança 2245115-70.2016.8.26.0000, Relator(a): Des. Araldo Telles, data de julgamento: 13/08/2018, data de publicação: 19/08/2018, 5ª Grupo de Direito Privado)

A reparação civil é subjetiva, prescinde a demonstração de culpa (por mínima que seja),

além, certamente, de eventual dolo. Assim, caso considerado culpado em ação que atenda os ditames da ampla defesa e contraditório, em virtude do contrato de mandato, poderá ser condenado a arcar com aquilo que poderia ter sido obtido com uma correta atuação do profissional (indenização pela perda de uma chance), além de prejuízos decorrentes do processo e até mesmo danos morais (GONÇALVES, 2007).

Pelo exposto, entendemos que não é possível a condenação do advogado, pessoalmente e diretamente, pelas penalidades impostas a litigância de má-fé e dano processual: quando atua representando a parte em processo, deve esta ser responsabilizada pela escolha e contratação do profissional. O que não quer dizer, de forma alguma, que não pode ser responsabilizado em ação indenizatória pelo seu constituinte que arcou no processo pela conduta do constituído (PEREIRA, 1998):

Se percebe que este foi o caminho trilhado pelo legislador no recente Código de Processo Civil. O CPC em seu art. 77, §6º, quando trata dos deveres das partes e procuradores, estabelece que *“Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2.º a 5.º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará”*. Os referidos parágrafos se referem aos atos atentatórios à dignidade da justiça e sua penalização.

Assim, constatada a má conduta do advogado, o juiz deve officiar à OAB, de ofício ou a requerimento da parte, para que seja procedimento administrativo para este fim – quando possibilitado o contraditório. Caso verificado que o advogado pode ser igualmente responsabilizado, a parte interessada (a parte contrária na ação original), poderá executar na Justiça Comum (estadual ou federal) a penalidade aplicada (CARVALHO, 2019).

Vê-se, assim, que os advogados são destinatários da norma do capítulo sobre os deveres das partes e de seus procuradores, no tocante ao dever de probidade processual, mas a violação do dever de probidade, e eventual penalização, será objeto de apuração e deliberação pelos respectivos órgãos correccionais (OAB, Corregedorias etc.), e não, diretamente e na mesma ação, pelo Poder Judiciário (a quem compete encaminhar-lhes o caso para análise) (GAJARDONI, 2015). A referida norma se encontra no Estatuto da OAB, art. 32, que traz que *“O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”*. O parágrafo único aponta que, em caso de lide temerária, *“o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”* (GAJARDONI, 2015).

Há uma opção do legislador ordinário que manteve no atual CPC a ideia de responsabilização é apenas das partes, devendo a parte prejudicada, após pagar as multas previstas e indenizar o ofendido, ingressar com ação regressiva contra seu, então, procurador – à ação regressiva, parece, deve haver a antecedente apuração pela OAB, nos termos acima trazido (CARVALHO, 2019). Tem-se conhecimento da tramitação no congresso nacional, ainda pretendendo a alteração do CPC/1973, do Projeto de Lei n.º 4074/08º, que pretendia a alteração do art.18 de então para majorar a multa e possibilitar a responsabilização direta dos procuradores

– projeto que restou arquivado em 2011, reforçando que responsabilidade é da parte e ao advogado só pode ser chegar em ação indenizatória própria e com comprovação de culpa.

Como visto, o entendimento é de que atuando no exercício do mandato deve o mandante ser responsabilizado pelos atos do mandatário que em seu nome possa ser considerado como abuso de direito/má-fé processual, cabendo a este a ação indenizatória pelos prejuízos em que foi condenado, a ser discutido em ação própria e em responsabilidade subjetiva, nos termos do art. 667, CC/02. Em caso de ato atentatório a dignidade da Justiça, deve ser responsabilizado em processo próprio junto a OAB.

Se, no entanto, estiver o advogado procede *ultra vires mandati*, isto é, agindo em abuso ou excesso de poder, pode ser responsabilizado perante terceiros: responsabilidade esta aquiliana (extracontratual) (PEREIRA, 1998). Aqui, entendemos que podemos visualizar uma penalização direta do advogado por abuso de direito processual – como exemplo, podemos citar ação proposta em nome de terceiro que não outorgou procuração ao advogado ou prática não autorizada no mandato.

A solução é similar para o dano processual causado pelo do juiz, que nos termos do art. 143 CPC/2015, em caso de proceder com dolo ou fraude no exercício das funções e “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providências que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.”, além do art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35/79). Para o Ministério Público duas saídas: enquanto *custus legis*, art. 181 CPC/2015, devendo ser responsabilizado regressivamente após ação própria, ou, eventualmente, quando atuar como parte (ex.: autor em ação civil pública), poderá ser condenado às penalidades da litigância de má-fé; para servidores da justiça, art. 37, §6º, CF/88, com responsabilizada regressiva (VIANNA, 2018).

Assim, para juiz e Ministério Público, quando agirem em “dolo ou fraude no exercício”, e para servidores em caso de dolo ou culpa, a responsabilidade será em ação regressiva, após responsabilização do Estado, com respeito o devido processo legal (VIANNA, 2018). Quando atuar como parte, nos termos do art. 17 da Lei da Ação Civil Pública, pode o Ministério Público (e não o seu agente pessoalmente) sujeito às sanções por litigância de má-fé, desde que presentes os pressupostos jurídicos pertinentes (VIANNA, 2018).

Responsabilizar diretamente qualquer “*não parte*”, pode configurar caso de ativismo judicial pernicioso ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, cumpre esclarecer que ativismo judicial é, para muito além de um mau uso político do conceito, àquela interpretação judicial que foge dos limites estabelecidos para a interpretação do ordenamento jurídico, notadamente quando realiza controle de constitucionalidade (ABBOUD, MENDES, 2019). A teoria da interpretação estabelece que a norma será resultado da interpretação tópico-sistemática do

9.<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/128451-ADVOGADO-TAMBEM-PODERA-SER-PUNIDO-EM-CASO-DE-LITIGIO-DE-MA-FE.html>

direito, assim, é construída em face ao caso concreto, (re)criando o direito (FREITAS, 2010) – pouco importando se declara ou cria o direito (ZANETI JR., 2017).

O ativismo ocorre quando, se abandonando os limites trazido pela lei e jurisprudência, pela subjetividade de decisões baseadas em ideologia ou política, ou em um senso de justiça ou moralidade (ABBOUD; MENDES, 2019). Trata-se de problema de discricionariedade judicial, que não pode ser classificada como positiva ou negativa, uma vez que abandonando a lei e a Constituição Federal, sempre será a negativa do Estado de Direito, como traz Abboud e Mendes:

Não se pode diferenciar uma espécie boa e outra má. Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto. (2019).

A teoria da interpretação e da argumentação não constitui uma carta aberta para a criação do direito pelo judiciário, mas sim a limitação do mesmo. Seu controle se dará pela fundamentação, interna e externa, que possibilitará ao sistema como um todo analisar se presente arbitrariedade na decisão judicial (ZANETI JR, 2017).

Ante o exposto, no caso da responsabilização do advogado diretamente no processo por má-fé processual – bem como dos demais litigantes – não respeite a legislação, limite da interpretação mesmo em um pós-positivismo, acreditamos que estará incorrendo o juiz em arbitrariedade, salvo nos casos em que, sem procuração ou excedente o mandato, o advogado age com má-fé processual, uma vez que, aí, não estaria atuando por procuração, sendo verdadeiro terceiro na relação processual.

6. Conclusão

Com o presente trabalho acreditamos ter alcançado o objeto de traçar breves linhas sobre a responsabilidade civil e o abuso de direito, analisando a evolução do instituto e sua internalização no processo civil brasileiro, sabendo se sua presença anteriormente no ordenamento, mas dando atenção ao novo Código de Processo Civil.

Entendemos que atuando enquanto procurador não deve ser o advogado diretamente responsabilizado por danos processuais e multas decorrente do abuso do direito, devendo ser o mandante responsabilizado e, este, tendo suportado o pagamento, ingressar com ação indenizatória contra o procurador: que deverá atender o devido processo legal e observar a responsabilidade subjetiva do procurador, em processo administrativo a ser movido junto à OAB. Acreditamos que esta foi a recente opção do legislador infraconstitucional, que manteve entendimento anterior que é, *s.m.j*, compartilhado pela jurisprudência, não sendo o caso de haver uma omissão legal ou lacuna no ponto.

Quanto aos atos ocorridos *ultra vires mandati*, em que há abuso ou excesso de mandato (ou até inexistência de mandato), que, por romper a relação contratual, poderia entender pela responsabilização pessoal do procurador. Entendemos que o tema merece maior reflexão e pesquisa.

Quanto aos demais litigantes, aqueles que não são parte na ação, como juiz, Ministério Público (enquanto custos legis) e serventuários, deve ser manejada a ação própria em respeito ao devido processo legal, com responsabilização do Estado e, este indenizando, movendo ação regressiva quanto ao agente do dano. Igualmente, em caso de prerrogativas funcionais, precedido da respectiva apuração de má-conduta pelo órgão competente.

A condenação direta no processo – salvo quando está como parte ou além do mandato – em nosso entendimento, extrapola a possibilidade de interpretação do sistema jurídico por não respeitar a limitação trazida pela legislação, sendo este limite no pós-positivismo ao ativismo judicial. Não é o caso de lacuna legal, mas sim de expressa menção na legislação infraconstitucional do *iter* para responsabilização dos não litigantes, que, embora não possam ser diretamente responsabilizados, devem obedecer à boa-fé processual.

Referencias

- ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judiciário introduzido a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**. vol. 1008. P. 43-54. 2019.
- CAMBI, Eduardo et al. **Curso de processo civil**: completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CARVALHO, Yeda Marina Pinto de. Da impossibilidade de condenação solidária dos advogados por litigância de má-fé. **Revista dos Tribunais**. vol. 1003. p. 347–358. 2019.
- CASTRO FILHO, José Olímpio De. **Abuso do Direito no Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1960.
- FERNANDES, SOUZA Luiz Sérgio. Abuso do direito. In: **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.**, 2017.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo : comentários ao CPC de 2015 : parte geral**. São Paulo: Forense, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Civil Brasileiro entre dois Mundos. **Revista da EMERJ**, [s. l.], v. 4, n. 16, p. 11–22, 2001.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Volume VII**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NASCIMENTO, Carlos Valder Do. **Abuso do exercício do direito : responsabilidade pessoal**.
-

2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PINHEIRO, Luiz Claudio. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/128451-ADVOGADO-TAMBEM-PODERA-SER-PUNIDO-EM-CASO-DE-LITIGIO-DE-MA-FE.html>. Acessado em 21/10/2019.

PINTER, Rafael Wobeto. A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais. *Revista de Processo* | vol. 253/2016 | p. 129 - 160 | Mar/2016 | DTR\2016\4313

SILVA, Bruno Freire e; MAZZOLA, Marcelo. Litigância de má-fé no novo cpc. Penalidades e questões controvertidas. Responsabilidade do advogado. **Revista de Processo**. vol. 264. p. 51 – 81. Fev/2017.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Apontamentos sobre a litigância de má-fé no CPC/2015. **Revista de Processo**. vol. 280/2018. p. 143 – 167. Jun/2018.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3a ed. Salvador: JusPODIVM

ANÁLISE DE PROGRAMAS JUDICIAIS DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL.

Samantha Ribeiro Meyer- Pflug Marques¹

Patrícia Pacheco Rodrigues²

RESUMO: Neste artigo analisamos programas implementados pelo Poder Judiciário, a Defensoria Pública e o Ministério Público dos Estados brasileiros, conforme o Relatório de estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil, promovido pelo Ministério da Justiça. Destacam-se as práticas que buscam a mediação de conflitos direcionada a efetiva pacificação social e reposição processual das vítimas de violência. O que pode ser replicado em tais práticas, é baseado no planejamento de políticas de aprimoramento de práticas consensuais de resolução de conflitos. Para tanto será utilizado o método dedutivo, por pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Razoável duração do processo; Poder Judiciário; Mediação de conflitos.

ABSTRACT: In this article we analyze the programs implemented by the Judiciary, the Public Defender's, and the Public Prosecutor's in Brazil, according to the "Relatório de estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil", promoted by the Ministry of Justice. They stand out as practices that seek the mediation of conflicts directed to an effective social pacification and the procedural reposition of victims of violence. What can be replicated as a practice, and to be based in the planning of policies to improve consensual conflict resolution practices. For this purpose, the deductive approach will be used in the bibliographic research.

Keywords: Access to justice; Reasonable duration of proceedings; Judiciary; Conflict Mediation.

Introdução

No presente tem-se por propósito analisar a eficiência dos modelos alternativos à justiça tradicional, se responderiam às expectativas das vítimas de violência, e se explicitaria uma nova ótica para a temática, permitindo às partes sentirem-se à vontade para falarem e serem ouvidas, com a expansão da técnica da escuta ativa na mediação de conflitos, já que a forma burocratizada que se dá a atual sistemática de Justiça, é um dos fatores que levam as vítimas a permanecerem nas relações violentas, sendo que a intermediação de um conciliador/mediador, que não emita juízo

1. Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho e advogada. <http://lattes.cnpq.br/4568093820920860>

2. Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) na linha de pesquisa: justiça e o paradigma da eficiência e delegada de Polícia Civil em São Paulo-SP. <http://lattes.cnpq.br/5702557396011791>

de valor sobre as partes, nem as julguem sobre os atos cometidos, facilitaria o diálogo e a satisfação mútuos com respeito e consideração. A função do mediador é:

pavimentar o caminho para o compromisso, para facilitar o relacionamento entre as partes de uma forma ou de outra para chegar a um acordo, na medida do possível, um acordo em que todos ganham algo que considerem valioso. O mediador não tem o poder de impor a solução que ele considere mais justa, equitativa ou proporcional. Deve ter a flexibilidade para aceitar a solução a qual as partes concordam, mesmo que ache que não é a melhor solução. (ALDAZ, 2010, p. 71, tradução nossa)³

Em 2000, o Conselho de Segurança da ONU aprovou a Resolução 1325 sobre mulheres, paz e segurança, que exige a participação das mulheres na construção da paz, a proteção das violações dos direitos humanos, e a promoção do acesso à justiça e aos serviços para enfrentar a discriminação. Assim como há o programa das Nações Unidas para o desenvolvimento em criar métodos alternativos para a resolução de conflitos (Resolução nº 2002/12 da ONU) que recomenda o uso de programas em Justiça Restaurativa para a resolução de conflitos em matéria criminal. “De um modo ou de outro, a ética moderna baseia-se no reconhecimento da dignidade de cada ser humano e no respeito pelo outro. A lei moral é baseada na dignidade.” (MATE, 2008, p.31, tradução nossa)⁴

A Justiça Restaurativa, para a referida resolução da ONU, significa: qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Ressalta ainda, que os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*). Subsidiando a questão histórica sobre a evolução do papel da vítima, que tem seu ponto central em considerar atualmente que:

a vítima "veio para ficar" em nossos sistemas processuais ou, dizendo de outro modo, passou de "ator de elenco a um dos protagonistas" da trama processual. [...] Não é possível hoje pensar em um sistema processual penal sem considerar que uma variável relevante de seu desenho inclui a intervenção e os direitos das vítimas em seu desenvolvimento. É suficiente observar para isso o desenvolvimento que os instrumentos internacionais estão tendo nesta área, mas

3. La función del mediador es allanar el camino para que se produzca el compromiso, facilitar la relación entre las partes de una forma u otra para llegar a un arreglo, en lo posible un acuerdo en el que todos ganen algo que estimen valioso. Carece el mediador del poder de imponer la solución que estime más justa, equitativa o proporcionada. Debe tener la flexibilidad de aceptar la solución en la que las partes estén de acuerdo a un que piense que no es la mejor.

4. De una manera u otras éticas modernas se basan en el reconocimiento de la dignidad de todo ser humano y en el respeto de otro. La ley moral se basa pues en la dignidad.

especialmente o impacto que a questão teve ao nível das legislações locais. (DUCE, 2014, p. 741, tradução nossa)⁵

Em 2000, o então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, lançou o Plano Nacional de Segurança Pública, que vigorou por apenas dois anos. Já em 2007 foi criado o PRONASCI (Programa Nacional de Segurança Pública e Cidadania) na gestão do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, ano em que também foi encaminhado ao Congresso Nacional o projeto de lei para criação do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).

Recentemente foi instituído o SUSP (Lei nº 13.675/2018) que cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) que tem como um de seus objetivos “estimular e apoiar a realização de ações de prevenção à violência e à criminalidade, com prioridade para aquelas relacionadas à letalidade da população jovem negra, das mulheres e de outros grupos vulneráveis” (artigo 6º, inciso IV, da lei nº 13.675/2018), mas que não aborda formas alternativas de justiça.

A recomendação na Comissão sobre o status da mulher na ONU, de 2013, também incentiva programas de educação e de reabilitação do homem em situação de violência, e há uma resolução do Conselho de Ministros da Europa, que também recomendam os grupos de educação de agressores como forma de enfrentamento à violência, e como parte desse enfrentamento.

Para Maísa Guimarães, psicóloga do Núcleo de Atendimento à Família e aos Autores de Violência Doméstica (NAFAVD), programa do Distrito Federal (DF), vinculado à Secretaria de Estado do Trabalho, Desenvolvimento Social, Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos, também ouvida em Audiência Pública do Senado Federal, disse que outra diretriz do trabalho é a construção de formas não violentas para a resolução de conflitos, já que para tentar resolver o conflito as pessoas vêm se utilizando da violência. Portanto, deve-se evitar um modelo legal superprotetor, que impede até mesmo a autodeterminação da vítima, em especial na violência de gênero, que poderia ser:

um terreno muito fértil na mediação, desde que não tente crimes graves e, sim, em vez fendas na família, terminando com um processo de separação ou divórcio, em que as partes tenham tido o conflito para além da esfera civil, mas com escassa transcendência na esfera criminal. (PÉREZ, 2010, p.113, tradução nossa)⁶

Temos previsão expressa do projeto Mulheres da Paz, integrante do PRONASCI que está no âmbito do Ministério da Justiça, que é destinado à capacitação de mulheres socialmente

5. la víctima ha “llegado para que dar se” en nuestros sistemas procesales o, dicho de o tramanera, ha pasado de ser “unactor de reparto a uno de los protagonistas” de la trama procesal. [...] No es posible me parece hoy día pensar un sistema procesal penal sin considerar que una variable relevante de su diseño incluya la intervención y derechos de las víctimas en el desarrollo del mismo. Basta observar para ello el desarrollo que están teniendo instrumentos internacionales en esta área, pero especialmente el impacto que el tema ha tenido a nivel de legislaciones locales.

atuantes nas áreas geográficas abrangidas pelo programa, que traz a “mobilização social para afirmação da cidadania, tendo em vista a emancipação das mulheres e prevenção e enfrentamento da violência contra as mulheres” (artigo 8º-D, inciso I, da lei n.º 11.530/2007).

A implementação do projeto Mulheres da Paz se dá mediante cursos de capacitação legal, com foco em direitos humanos, gênero e mediação pacífica de conflitos, além do desenvolvimento de atividades de emancipação da mulher e de reeducação (artigo 8º-D, §2º, incisos II e III, da lei n.º 11.530/2007)

O projeto Mulheres da Paz de acordo com o relatório, da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Violência Doméstica do Congresso Nacional - CPMIVCM, está presente: no Rio Grande do Sul que contava em 2012 com treze unidades do projeto (CPMIVCM, 2013, p.651) e no Rio de Janeiro como as ações de Políticas para as Mulheres, desde 2013, (CPMIVCM, 2013, p.610). Ainda conforme a CPMIVCM quem executa os projetos do Programa Mulheres da Paz são as prefeituras municipais, fazendo uma inter-relação entre as Secretarias de Assistência Social, de Saúde, de Educação. “As Mulheres da Paz também têm o papel de identificar, junto às suas comunidades, jovens que estejam em situação de vulnerabilidade e outras situações de violência doméstica e de gênero, para encaminhá-los ao Projeto de Proteção dos Jovens em Território Vulnerável” (CPMIVCM, 2013, p.835) também do Ministério da Justiça.

Como metodologia do projeto há mobilização comunitária, voltada para prevenção da violência e da criminalidade, incorporado ao plano da municipalidade, sendo que é realizado o pagamento de bolsas para as mulheres no desenvolvimento de suas atividades.

Em audiência realizada em Brasília, no dia 19 de abril de 2012, no Senado Federal, foi ouvida Sra. Cristina Villanova, representante do Ministério da Justiça (CPMIVCM, 2013, p.834) que estava diretora do Departamento de Políticas, Programas e Projetos. Disse que a Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp) tem ações para a formação dos profissionais de Segurança Pública na área do atendimento às mulheres em situação de violência, e foi elaborado, em parceria com a Secretaria de Políticas para as Mulheres, um curso específico que fica disponível na rede de ensino a distância, do Ministério da Justiça:

A Senasp oferece três ciclos anuais com aproximadamente duzentas mil vagas, e o curso para atendimento à mulher em situação de violência é um deles. Além disso, apoia cursos presenciais. Na matriz curricular para formação dos profissionais de Segurança Pública constam os recortes de gêneros, assim como o sistema de direitos humanos e enfrentamento à discriminação racial, dentre outros.

Em Audiência Pública realizada no Amazonas – Manaus, em novembro de 2012, pela

6. Un campo muy fértil en materia de mediación, siempre que no tratara de delitos graves y sí más bien desavenencias en el ámbito familiar, que acaban con un proceso de separación o divorcio, donde las partes han llevado el conflicto más allá del ámbito civil, pero con escasa trascendencia en el ámbito penal.

CPMIVCM, em questionamento a Defensoria Pública, daquele Estado, sobre a mediação ou conciliação em violência doméstica respondeu que “não tem dúvida de que todos dois [defensores], na sua atuação, trabalham com esse mecanismo de conciliação, pois este é um mecanismo ínsito à própria instituição, ele não poderia ficar afastado especificamente da Lei Maria da Penha”. (CPMIVCM, 2013, p.939).

O Programa Justiça pela Paz em Casa, iniciado em março de 2015, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com os Tribunais de Justiça estaduais, tem por objetivo ampliar a efetividade da Lei Maria da Penha agilizando o andamento dos processos relacionados à violência de gênero, assim como promove ações interdisciplinares para dar visibilidade ao assunto e sensibilizar a sociedade.

Diante desse cenário, de resgate a vítima e destaque aos grupos de vulneráveis o ordenamento jurídico deve estar aberto a críticas, evitando-se cargas de subjetivismos. Sistemas Judiciários não constituem estruturas inabaláveis, devem estar em consonância com o progresso, e o avanço que vem com a mudança, e indo além da jurisdição é que se poderá promover essa evolução do Direito.

A concepção de Direito puramente dentro do conteúdo dogmático, afasta a preocupação com a sociedade para a qual o Direito foi posto. O ideal, numa visão do Direito como ciência jurídica e social, importante, portanto, para ele os fenômenos sociais que devem ser levados em conta, assim como, pelos seus operadores. O Direito é atualizado tanto por aqueles que tipicamente o criam, Legislativo, quanto por aqueles que tipicamente o aplicam, Judiciário. Esta simbiose que faz com que as mudanças do contexto social, na qual está inserido, promova em si mudanças em consonância com as necessidades sociais, que atualmente exige uma Justiça mais célere, eficiente, e que efetivamente promova a pacificação social, nesse sentido que desenvolvemos o próximo capítulo.

1. Análise de programas judiciais de mediação de conflitos no Brasil.

A mediação vista como uma complementação do sistema judiciário, e não apenas para prevenir conflitos, mas para resolver, regular as partes e transformar o convívio social. Assim como para adequar as instituições, que podem se desajustar face as mudanças sociais e diante da globalização, em um conceito antropológico. Atualizar o Direito Processual Penal ao novo contexto intercultural, em relação as suas várias funções que quando clássicas:

circunscrevem o papel do processo penal para o desempenho do "direito de punir" do Estado, pode-se dizer que, no processo penal contemporâneo, não pode levar de volta para a unidade a multiplicidade de funções assumidas pelo processo penal, portanto, com tal função clássica de desempenho apenas do “direito de punir” do Estado, em sistemas democráticos contemporâneos têm aparecido e outros estão justapostos, tais como a proteção do direito à liberdade,

o direito à proteção da vítima e o direito de se reintegrar a pessoa sob investigação. (SENDRA, 2009, p. 50, tradução nossa)⁷

O relatório de estudo qualitativo sobre as boas práticas em mediação no Brasil, promovido pelo Ministério da Justiça, com a Secretaria de Reforma do Judiciário, em 2014, objetivou o estudo de boas práticas de mediação, existentes no cenário nacional, implementadas pelo Poder Judiciário, a Defensoria Pública e o Ministério Público, assim como por instituições de mediação ligadas ao Poder Judiciário. Foram descritas e submetidas à análise crítica visando serem replicadas, pretendendo oferecer subsídios para o planejamento de políticas de aprimoramento de práticas consensuais de resolução de conflitos. (GRINOVER et al., 2014, p.06)

Na região Sudeste, o trabalho identificou 78 casos na região Sudeste, e foi realizada atualização do banco de dados para considerar as edições de 2012 e 2013 do Prêmio Innovare (tem como objetivo identificar, divulgar e difundir práticas que contribuam para o aprimoramento da Justiça no Brasil), encontradas 06 práticas deferidas e 01 prática com menção honrosa em 2012 e na edição 2013 do mesmo prêmio foram encontradas 04 práticas deferidas.

Foram identificados 48 casos na região Nordeste, assim como consideradas as edições de 2012 e 2013 do Prêmio Innovare, contudo, nenhuma iniciativa inédita foi encontrada. Identificou 32 práticas de mediação na região Sul, na edição 2012 do Prêmio Innovare não foram encontradas experiências de mediação no Sul do país e na edição 2013 foram encontradas apenas duas práticas. Na região Centro-Oeste foram 16 casos, somados a 02 práticas deferidas da edição 2012 do Prêmio Innovare, e na edição 2013 do mesmo prêmio foram encontradas 06 práticas. Na região Norte, sendo que na edição 2012 do Prêmio Innovare foram encontradas 02 práticas deferidas, na edição 2013 do mesmo prêmio foi encontrada apenas uma prática.

Os critérios de escolha adotados, em geral, levaram em consideração a representatividade da prática, envolvimento dos atores do sistema de justiça, institucionalização, consolidação e existência de informações para a pesquisa de campo e coleta de dados, o que levou a escolha de um caso por região do Brasil, que serão analisados a seguir. (GRINOVER et al., 2014, p.24)

Após o mapeamento de experiências dos atores de Justiça, na região Sudeste, foi escolhido o primeiro caso, desenvolvido no Estado de São Paulo e relacionado à mediação no Judiciário, trata-se do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) da comarca de Jundiaí. A escolha se justifica por ser representativo de um movimento de criação dessas unidades judiciárias pela Resolução nº 125/2010, do CNJ, que “objetiva consolidar política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, com incentivo e aperfeiçoamento de mecanismos consensuais de solução de

7. Circunscriben la función del proceso penal a la actuación del “ius puniendi” del Estado, cabe afirmar que, em el proceso penal contemporáneo, no se puede reconducir a la unidad la multiplicidad de funciones que assume el proceso penal, pues, junto a dicha clásica función de actuación del “derecho de penar” del Estado, em los sistemas democráticos contemporáneos, han aparecido y se yuxta ponen otras, como los onla protección del derecho a la libertad, la del derecho a la tutela de la víctima y la de reinserción del propio investigado.

conflito, em especial a mediação e a conciliação.” (GRINOVER et al., 2014, p.24-25) A competência do CEJUSC Jundiá para a realização de mediação e conciliação processual e pré-processual envolve conflitos cíveis, fazendários, previdenciários e de família. “De todo modo, sua agenda é composta majoritariamente por conflitos cíveis e de família.” (GRINOVER et al., 2014, p.34)

“O objetivo do programa é alcançar a pacificação social, a ampliação do acesso à justiça e a efetividade das atividades jurisdicionais por meio da tentativa de estabelecer diálogo entre sujeitos conflitantes.” (GRINOVER et al., 2014, p.35) por intermédio de realização das sessões e audiências de conciliação e de mediação a cargo de conciliadores e mediadores, bem como o atendimento e a orientação aos cidadãos que possuem dúvidas e questões jurídicas, conforme artigo 8º da Resolução CNJ n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. São fiscalizados e instalados pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) dos tribunais, conforme artigo 7º da Resolução CNJ n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Como resultado da prática a satisfação do usuário com a mediação, verificou-se que “67% dos usuários entenderam que foi excelente a satisfação com a mediação, enquanto 29% entenderam que foi satisfatória, sendo que 1% entendeu que a satisfação com a mediação foi ruim e 3% entenderam que a questão não se aplicava aos seus casos.” (GRINOVER et al., 2014, p.35).

O segundo estudo de caso, da região Nordeste, foram os Núcleos de Mediação Comunitária de Fortaleza, a iniciativa com maior consolidação dentre as encontradas, com informações disponíveis e estar em funcionamento desde 1999, desde sua criação com vínculos com o Ministério Público e a Defensoria Pública do Estado do Ceará (GRINOVER et al., 2014, p.60). Os objetivos dos Núcleos de Mediação Comunitária, de acordo com a Resolução nº. 1/2007, focam em três pilares: educação em direitos, trabalho em rede e promoção da mediação comunitária enquanto forma de sensibilizar a população sobre a relevância da solução pacífica dos conflitos, contribuindo para a redução da violência e melhoria da qualidade de vida da comunidade. (GRINOVER et al., 2014, p.70)

Recebem conflitos de diversas naturezas que envolvam indivíduos da comunidade para mediação: ameaça, crime contra a honra, conflito de dívida, familiar, de vizinho, reconhecimento de paternidade, de apropriação, de imóvel, trabalhista, escolar, societário, do consumidor e pensão alimentícia. Há, também, procedimentos informais de encaminhamento de casos por Delegacias, Juizados especiais cíveis, Conselhos tutelares, Ministério Público e Centros de referência da assistência social. (GRINOVER et al., 2014, p.70-72)

Como metodologia é a entrega da carta-convite feita por um motoqueiro contratado pelo núcleo (e não pelo correio), o que garante a sua entrega de forma célere e em mãos, e a sessão de mediação pode ser realizada em até sete dias após o primeiro atendimento, em que um mediador, que conduz o procedimento, e um co-mediador, que relata o que ocorreu em formulário durante as pré-mediações, ao final, lavra-se o termo de mediação. (GRINOVER et al., 2014, p.73-74)

Os relatórios estatísticos anuais de 2010, 2011 e 2013 e o relatório semestral de 2014

também trazem o percentual de êxito nas mediações realizadas em cada núcleo. A média de êxito no ano de 2010 foi de 83,05%. No ano de 2011, foi de 87,51%. Já no relatório do ano de 2012, não foi apresentada a média de êxito. No ano de 2013, a média foi de 83,59%, enquanto que no primeiro semestre de 2014, a média de êxito foi de 85,37%. O que se percebe desses números é que a média de mediações exitosas vem se mantendo alta nos últimos anos. (GRINOVER et al., 2014, p.83)

O terceiro estudo de caso, na região Sul, o Programa Municipal de Pacificação Restaurativa de Caxias do Sul - Caxias da Paz, onde há altos índices de violência e contando com a participação ativa de representantes da sociedade civil, da rede socioeducativa (Poder Executivo) e do sistema de Justiça (GRINOVER et al., 2014, p.88), teve início em junho de 2010. O objetivo do Programa de Justiça Restaurativa de Caxias do Sul consiste em:

contribuir com as demais ações da política pública destinada à pacificação social por meio da implementação da metodologia restaurativa, consistente em processo de diálogo destinado a criar um espaço seguro para se discutir problemas sensíveis aos envolvidos e buscar uma melhora em seu relacionamento. Essa metodologia busca restabelecer relações sociais e reparar danos sofridos, colaborando com a redução da cultura punitiva e a construção de respostas mais efetivas aos conflitos. [...] O Programa abrange conflitos de naturezas diversas com conteúdo relacional continuativo associado a uma conflitiva crônica reiterada, submetidos ou não à apreciação judicial, com enfoque principal na assistência social, na educação, na segurança e na saúde. (GRINOVER et al., 2014, p.96-97)

O Programa além de ter as três Centrais (Judicial, Comunitária e da Infância e da Juventude), ainda atua em diversas ramificações na cidade de Caxias do Sul, “estando presente também nas escolas, igrejas, penitenciárias, casas de medidas socioeducativas para jovens infratores, entre outros locais, formando-se assim uma verdadeira rede de atuação enraizada.”(GRINOVER et al., 2014, p.101) Das diferentes metodologias para realizar práticas restaurativas, a utilizada no Programa de Justiça Restaurativa de Caxias do Sul consiste essencialmente na realização de Círculos de construção de paz. “Em breve síntese, essa metodologia consiste em sentar pessoas em uma roda para que dialoguem e busquem alcançar determinadas finalidades preestabelecidas[...].”(GRINOVER et al., 2014, p.104) O principal fator de sucesso apontado foi:

o envolvimento de diversos órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário no desenho, implementação, financiamento e monitoramento da prática. Outro elemento apontado consiste na consolidação de programa sólido que conta com o apoio de órgãos da administração pública e de organizações da sociedade

civil, especialmente após sua institucionalização mediante a edição da Lei Municipal nº 7.754/2014. (GRINOVER et al., 2014, p.109)

Após a análise dos dados, conclui-se que o programa obteve resultados significativos, “tanto na dimensão quantitativa, tendo em vista que atendeu 2.162 pessoas no período estudado, quanto no aspecto qualitativo, pois obteve resultados concretos e simbólicos de transformação do paradigma da conflitualidade e da violência.”(GRINOVER et al., 2014, p.114) O programa deverá expandir a disseminação das práticas restaurativas, especialmente “junto às escolas e universidades da cidade. Acredita-se que Justiça Restaurativa deva ser incluída na grade extracurricular universitária e que todas as escolas possam ter centros de prática restaurativa.” (GRINOVER et al., 2014, p.117-118)

O quarto estudo de caso, na região Centro-Oeste, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Mato Grosso do Sul (NUPEMEC - MS). O Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do Mato Grosso do Sul foi criado por meio do Provimento nº 230, de 30 de março de 2011 e teve como objetivo a regulamentação da Resolução nº 125, de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Possui parceria do Poder Judiciário com a Defensoria Pública Estadual e com as universidades Anhanguera e Estácio de Sá⁸. (GRINOVER et al., 2014, p.119) O NUPEMEC – MS difere do CEJUSC Jundiáí porque:

sua coordenação é atribuída a órgão colegiado composto por membros do TJMS. A centralização do programa no Tribunal tem potencializado a capacidade de divulgação e conscientização dos membros da magistratura a respeito de práticas autocompositivas de solução de conflitos e viabilizado uma expansão planejada do programa dentro do Estado. [...] foi possível denotar que a centralização da implantação e expansão do NUPEMEC no Tribunal de Justiça e não em magistrado de primeira instância colaborou para uma maior e mais rápida conscientização dos magistrados Sul Mato Grossenses a respeito da mediação, está viabilizando uma expansão uniforme do programa e torna mais fácil a captação de recursos. (GRINOVER et al., 2014, p.119-121)

Os mecanismos de solução de conflito utilizados no NUPEMEC são a mediação e a conciliação, e os conflitos a ele submetidos envolvem questões familiares ou cíveis, mas essencialmente com mediação de conflitos de família. (GRINOVER et al., 2014, p.122) Das sessões que resultaram em acordo, a avaliação sobre a satisfação do usuário:

8. A parceria do programa com as universidades Anhanguera e Estácio de Sá consiste no fornecimento por elas de espaço físico e recursos materiais, além de ser fomentada a participação de seus professores e alunos no programa como mediadores voluntários. (GRINOVER et al., 2014, p.121)

com o resultado da sessão e sobre a justiça de tal resultado foi positiva, destacando-se, contudo, que alguns respondentes não acharam o resultado da mediação justo pelo fato de não terem chegado a um acordo. Todos afirmam que procurariam novamente o programa e o indicariam a conhecidos. (GRINOVER et al., 2014, p.135)

O quinto, e último, estudo de caso, na região Norte, o trabalho desenvolvido pela Defensoria Pública no Município de Tucuruí, em interlocução com organizações da sociedade civil, “com uso de técnicas de mediação na busca de soluções coletivas para problemas que afetam a população hipossuficiente do município, tais como a proteção ao deficiente físico, idoso, criança e adolescente e mulheres vítimas de violência doméstica.”(GRINOVER et al., 2014, p.154)

A Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. Em seu art. 4º, inc. II, estabelece como função institucional da Defensoria Pública “promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos.” A metodologia do atendimento pela Defensoria Pública consiste em:

Após o atendimento, a Defensoria Pública encaminha um motorista para levar a intimação à parte contrária, contendo o dia e hora da sessão de mediação. Caso a parte não compareça ou se as partes não chegarem a um acordo, o defensor público irá representar aquela que buscou a instituição e ingressará com as medidas judiciais competentes. Já nas mediações interinstitucionais, a Defensoria Pública toma conhecimento das problemáticas envolvendo direitos coletivos de grupos vulneráveis por meio de seus contatos com grupos e organizações da sociedade civil, que remetem suas demandas para que sejam realizadas audiências públicas nas quais defensores públicos intermediam o diálogo junto aos entes públicos e privados envolvidos. (GRINOVER et al., 2014, p.158)

Na mediação interinstitucional merecem destaque as questões relacionadas à violência doméstica que teve ensejo após a divulgação do Mapa da Violência de 2012 (WAISELFISZ, 2011, p.37), em que o Município de Tucuruí ocupou a 10ª posição entre os municípios com maiores índices de homicídios contra as mulheres:

A Defensoria resolveu abordar esse problema de forma mais ampla, desenvolvendo o projeto da “Voz Ativa”, em que são realizadas palestras,

programas de rádio e outras iniciativas que visam à conscientização de comunidades sobre a problemática da violência doméstica. Como iniciativa inserida no projeto da Voz Ativa, a Defensoria se colocou como órgão de intermediação das tratativas entre a Eletronorte e o Conselho Municipal da Mulher para a cessão de um prédio para abrigar a Casa de Proteção da Mulher, tendo realizado audiência pública com participação de organizações de defesa dos direitos da mulher e indivíduos da comunidade. (GRINOVER et al., 2014, p.160)

Como resultados do projeto, de modo geral, constatou-se que “a maior parte dos casos resultou em acordo, sendo que a maioria dos respondentes declarou que tiveram a oportunidade de se expressar e que as regras foram bem esclarecidas no procedimento.” O Defensor Público coordenador do programa ressaltou:

[...] não tenho dúvida que a Defensoria Pública ela vai ter um papel muito importante até mesmo para desafogar a situação do Judiciário, que hoje em dia a gente vê os processos se arrastando durante 10 ,15 anos, as vezes por falta de uma conciliação efetiva. E se a gente realmente desenvolver essa conciliação, essa mediação, a gente vai fazer com que somente algumas demandas mesmo vão para o Judiciário, mas a maioria das questões vão ser resolvidas aqui. (GRINOVER et al., 2014, p.165)

No mesmo sentido das práticas aqui apresentadas está o prêmio do Poder Judiciário, Conciliar é Legal, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2010, vem como parte da Semana Nacional de Conciliação, alinhado à Resolução CNJ n. 125/2010, que busca: identificar, premiar, disseminar e estimular a realização de ações de modernização no âmbito do Poder Judiciário que estejam contribuindo para a aproximação das partes, a efetiva pacificação e, conseqüentemente, o aprimoramento da Justiça. Foram constituídos como temas o Respeito à mulher, desconstruindo a violência doméstica e construindo diálogos.

O Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP pela Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências, assim como promove o Prêmio CNMP que contempla os melhores trabalhos produzidos por membros e servidores do órgão de todos os ramos do Ministério Público brasileiro em várias categorias, merecendo destaque a defesa dos Direitos Fundamentais; transformação social; indução de políticas públicas e a diminuição da criminalidade e da corrupção, podendo também revelar novos caminhos para o acesso a Justiça.

Considerações Finais

A partir dos estudos apresentados se faz necessário o incentivo dos programas de

mediação e conciliação como uma política pública, já que esses projetos vêm sendo feitos, em sua grande maioria, por núcleos do Judiciário e do Ministério Público, entendidos como uma fase do processo, portanto inserido no conflito já judicializado, ou por ONGs autonomamente, sem diretrizes uniformizadas. Há necessidade de expansão da realização de práticas pré-judicialmente voltadas para a mediação de conflitos:

Com efeito, um alto grau de institucionalização implica regras consolidadas, que garantam o perfil e a continuidade no tempo de uma prática ou de procedimentos. Nesse sentido, uma experiência de mediação altamente consolidada seria aquela com condições de promover e consolidar métodos, de se manter no tempo, independentemente das pessoas que ocupem circunstancialmente posições de liderança. (GRINOVER et al., 2014, p.166)

Analisar com mais profundidade o conflito e perguntar as pessoas quais problemas possuem, e isso já no primeiro contato com as partes. Com um procedimento estruturado diante da solicitação concreta pela parte, os mediadores além de apresentarem o projeto ao qual se vinculam, o seu funcionamento, assim como também nesse momento fazem a difusão do próprio serviço, com a gestão da informação e orientação da parte, no sentido de quais as possibilidades jurídicas a seguir diante de seu caso concreto. O direcionamento eficiente para os demais serviços públicos, com o entendimento do problema é possível ao mediador gestionar qual o encaminhamento caso a caso. Contudo, os mediadores precisam de uma teoria que lhes forneça:

uma explicação e uma estrutura coerente para sua prática. A teoria contém os valores fundamentais da mediação e sua prática é baseada em crenças e princípios cardiais sobre pessoas e conflitos. Tudo isso molda nossas respostas aos clientes de mediação e influencia o que fazemos e dizemos. (PARKINSON, 2005, p.15, tradução nossa)⁹

Unificar as informações para que possa ter uma estatística confiável, que promova a ampliação dos serviços de mediação, assim como também melhor estruturar o que está em desenvolvimento em cada Estado brasileiro, e com isso possibilitar, no futuro, um serviço padronizado, unificado e em rede, que assegure o efetivo cuidado dos conflitos que lhes são postos, e a valorização dos profissionais de mediação, com o reconhecimento do trabalho desenvolvido, e a atuação da polícia de confronto apenas para os casos que exijam ações enérgicas, e a via judicial como última ferramenta para a solução de conflitos.

9. Los mediadores necesitan una teoría que les proporcione una explicación y un marco coherente para su práctica. La teoría contiene los valores fundamentales de la mediación y su práctica se asienta sobre creencias y principios cardinales acerca de las personas y el conflicto. Todo ello configura nuestras respuestas a los clientes de la mediación e influyen lo que hacemos y decimos.

Referências

- ALDAZ, Manuel Martínez de Aguirre. **Espacios para la mediación en nuestro ámbito penal - Una reflexión a partir de la experiencia belga y francesa.** In *La Medición - Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Coord. José Maria Carabante Muntada. La Coruña: Netbiblo, 2010.
- CPMIVCM. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência contra a Mulher.** Subsecretaria de Apoio às Comissões Especiais e Parlamentares de Inquérito. Brasília, Junho de 2013.
- CNJ. **Prêmio Conciliar é legal.** Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/premio-nacional-da-conciliacao>> Acesso em 14/10/2018.
- CNJ. **Programa Justiça pela Paz em Casa.** Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/lei-maria-da-penha/justica-pela-paz-em-casa>> Acesso em 13/10/2018.
- DUCE, Mauricio, et al. **La víctima en el sistema de justicia penal: Una perspectiva jurídica y criminológica.** *Política criminal*, 9,18, p.739-815, 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, SADEK, Maria Tereza, WATANABE, Kazuo, GABBAY, Daniela Monteiro, CUNHA, Luciana Gross e colaboradores. **Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil.** Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, Brasília, 2014.
- MATE, Reyes. **Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación.** Barcelona: Anthropos Editorial, 2008.
- ONU. Conselho de Segurança. **Resolução 1325/2000.** Disponível em <<http://www.onu-mulheres.org.br/areas-tematicas/paz-e-seguranca/>>. Acesso em 02/10/2018.
- ONU. Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento. **Resolução nº 2002/2012.** Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/conciliador-e-mediador/277-acoas-e-programas/programas-de-a-a-z/casas-de-justica-e-cidadania/onde-encontrar-casas-de-justica>>. Acesso em 13/10/2018.
- PARKINSON, Lisa. **Mediación Familiar Teoría e Práctica: Principios Y Estrategias Operativas.** Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.
- PÉREZ, Pilar Alhambra. **El juez ante la mediación penal.** In *La Mediación - Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Coord. José Maria Carabante Muntada. La Coruña: Netbiblo, 2010.
- SENDRA, Vicente Gimeno. **Manual de Derecho Procesal Penal.** Madri: Ediciones Jurídicas Castilho de Luna, 2009.
- SENADO FEDERAL. **Ata da 116ª reunião (extraordinária) da Comissão permanente de Direitos Humanos e Legislação Participativa.** Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/f28186a9-f4ae-4234-8ed4-0fb591d79557>>. Acesso em
-

02/10/2018

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência de 2012 - Os Novos Padrões da Violência Homicida no Brasil**. Instituto Sangari. São Paulo-SP, 2011. Disponível em <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf>. Acesso em 29/09/2019.

GARANTIAS AMBIENTAIS E AS CRISES DO ESTADO: Uma leitura a partir do artigo 225 da Constituição Federal

Adélia Alves Rocha¹

Hélen Cristiany Pimenta de Oliveira²

José Luis Bolzan de Morais³

RESUMO: A premissa constitucional do meio ambiente como bem de todos, inclusive das futuras gerações impõe aos Estados e Nações como dever, a promoção de políticas públicas que assegurem o acesso aos bens ambientais e a proteção destes, promovendo, simultaneamente condições de desenvolvimento social e econômico. Considerando o caráter intergeracional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os instrumentos de garantias para sua impulsão, propõe-se analisar o alcance das ações de Estado e a efetividade de suas proposições, sob o prisma do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e interesses das presentes e futuras gerações. Objetiva-se ainda, numa inferência analítica, identificar os instrumentos de garantia no ambiente de crise do estado valendo-se para tanto, de referencias bibliográficas que tratam dos referidos assuntos.

Palavras chave: Garantias Intergeracionais- Direitos Ambientais – Bem –estar social

ABSTRACT: The constitutional premise of the environment as a good for all, including future generations, imposes on states and nations as their duty to promote public policies that ensure access to and protection of environmental goods, while promoting conditions of social and economic development. Considering the intergenerational character of the right to the ecologically balanced environment and the instruments of guarantees for its impetus, it is proposed to analyze the scope of state actions and the effectiveness of their propositions, from the

1. Doutoranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestra em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Especialista em Direito Ambiental e Gestão Estratégia de Sustentabilidade pelo Instituto Educacional Santo Agostinho. Advogada. Professorado Ensino Superior.

2. Doutoranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestra em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Especialista em Docência do Ensino Jurídico e em Direito Tributário. Advogada.

3. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1984), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1989), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995), com estágio "anduíche"" na Universidade de Montpellier I - França e Pós-Doutoramento junto à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Foi professor da pós-graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1997-2018). Atualmente é professor do PPG Direito da Faculdade de Direito de Vitória- FDV, da Universidade de Itaúna e da Escola superior Dom Helder Câmara. Procurador do Estado do Estado do Rio Grande do Sul junto aos Tribunais Superiores (STF/STJ). Membro do conselho consultivo do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Consultor ad hoc da CAPES, CNPQ, FAPERGS, FAPESC, FAPEMIG e Università degli studi di Roma Tre.

perspective of the right to the ecologically balanced environment and the interests of present and future generations. The objective is also, in an analytical inference, to identify the instruments of guarantee in the state crisis environment by using bibliographical references that deal with these subjects.

Key words: Intergenerational Guarantees - Environmental Rights - Social Welfare

INTRODUÇÃO

As normas e princípios em matéria ambiental referem-se comumente a uma solidadiedade no acesso aos bens ambientais essenciais a sadia qualidade de vida, colocando em contextos institucionais, a exemplo da CF/88, expressamente a matéria ambiental destacando-se o aspecto intergeracional. Outros institutos não trazem a previsão expressa quanto à intergeracionalidade, mas é possível identificá-la por meio dos dispositivos que estabelecem a proteção ambiental a partir de um dever - de solidariedade, de responsabilidade para a proteção e manutenção do equilíbrio ecológico de sustentabilidade impressa pelos diferentes movimentos e convenções internacionais sobre meio ambiente.

E possível recorrer-se à ideia de uma análise ampliada do futuro a partir da construção de uma nova responsabilidade humana, de uma nova teoria ética como fundamento teórico para a hipótese de que a solidariedade constitui um vínculo limitador e ao mesmo tempo de ampliação da perspectiva de direitos fundamentais, inclusive de acesso ao meio ambiente “ecologicamente equilibrado”.

I - ESTADO, DIREITOS E GARANTIAS SOCIOAMBIENTAIS

Tem-se como uma das importantes funções de governo é a de alocação de recursos e instrumentos para viabilidade do que convencionou-se chamar de garantias constitucionais, dentre elas, o direito ao bens ambientais numa proposição ecológica de equilíbrio com a natureza e as diversas formas de vidas e suas necessidades.

Atribui-se ao Estado enquanto representante do povo, o papel de distribuir adequadamente os benefícios e encargos sociais através da execução de seus deveres e pela garantia de direitos (RAWLS, 2002). Sendo assim, para entender o atual papel do Estado perante as gerações futuras, faz-se necessário tecer as transformações pelas quais vem passando: a evolução do Estado Liberal para o Estado Socioambiental de Direito (Estado Democrático de Direito).

Em uma breve inferência histórica, tem-se na Idade Média, os soberanos representantes do clero, nobreza e corporações de ofício perderam força abrindo espaço para que o direito revelasse seus elementos de legitimação. (PEZZI, 2011). O primeiro dos atos legislativos que demarca a passagem da Monarquia Absoluta para a Monarquia Constitucional é o que se

concretizou na Assise de Clarendon, em 1166, mas o grande marco dessa transição foi a Magna Carta de 1215 oriunda do conflito entre o Rei João e os barões².

A distinção entre Estado e Indivíduo começou a se evidenciar somente no século XVII, como forma de contenção do poder. Até então, a soberania era confundida com os direitos do monarca, ficando os direitos individuais circunscritos a simples relação de caráter privado. O advento da era constitucional, iniciada com a promulgação da Constituição norte-americana de 1787, fez com que a ação estatal fosse disciplinada de um lado pelo delineamento de poderes e de outro, pela declaração de diversos direitos fundamentais. Assim, o Estado moderno é um Estado de Direito, regulado pelos preceitos da Constituição. (PEZZI, 2011, p. 19)

O Estado Liberal caracterizou-se pelo não intervencionismo econômico, sendo que “as iniciativas individuais, a livre concorrência e as leis do mercado funcionaram livremente, restringindo-se as funções básicas como defesa da ordem e segurança pública” (PEZZI, 2011, p. 19). Entretanto, o século XIX, a partir da Revolução Industrial, foi marcado pela omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos, o que resultou na crise no Liberalismo. (MALUF, 1983). Pós Segunda Guerra Mundial, as novas Constituições que surgiram não se preocuparam somente com a estrutura política, mas como o direito e o dever do Estado em reconhecer os direitos sociais. O conteúdo dos direitos fundamentais se amplia ainda mais. (MAGALHAES, 2011)

Os primeiros marcos do surgimento do Estado Social são encontrados na Alemanha, sendo que os passos iniciais foram nas questões afetas a acidente de trabalho (BUFFON, 2009). Reforçam Streck e Morais (2001, p. 86) que “no plano teórico, o Estado de direito surgiu na Alemanha na segunda metade do século XIX, como *Rechtstaat*, para posteriormente ser incorporado à doutrina francesa”. A expressão “Estado Social” é a primeira denominação utilizada naquele país, por obra de Lorenz Von Stein, no século XIX, mas o grande salto ocorreu no Reino Unido com o plano Beveridge de 1942, com nascimento do “Welfare State”. (BUFFON, 2009). A ação protecionista do Estado na seara social deu origem ao “Estado Providência, terminologia principalmente adotada pelos franceses, que defende que o Estado está obrigado a cuidar dos cidadãos, da mesma forma que Deus cuida das criaturas” (BUFFON, 2009, p. 25). A consolidação do Estado Social, do Bem-estar social ou do Estado-Providência está conectada intimamente ao constitucionalismo contemporâneo, tendo como marcos históricos a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimer de 1919. (BOLZAN DE MORAIS, 2011)

Esse modelo diverge do anteriormente vigente visto que, para o Estado Liberal, bastava garantir a paz social dos indivíduos livres e iguais para que seu papel restasse cumprido; já para o modelo do Bem-Estar, cabe ao Estado uma intervenção efetiva em diversos setores econômicos, sociais e culturais, no sentido de construir uma comunidade solidária na qual cabe ao poder

4. Disponível em <http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/2011/04/direitos-humanos-4.html>. Acessado em 06 de agosto de 2019.

público a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea. (BOLZAN DE MORAIS, 2011, P.30)

O novo modelo do Estado Social, o bem-estar, propõe a garantia plena do desenvolvimento da pessoa humana, fazendo com as leis saiam do ideário para a consecução de fins efetivos. Apesar da ausência de norma expressa, o artigo 3º do texto constitucional aclara que a República Federativa do Brasil adotou o princípio do Estado Social, ao elencar como objetivos do país, sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos sem preconceitos ou discriminações. (PEZZI, 2011). Portanto, do “estado social passa-se ao Estado Democrático de Direito, onde a nota distintiva é o caráter transformador da realidade.” (PEZZI, 2011, 23).

Uma das características do *status* constitucional das normas ambientais é refletir o caráter participativo na promoção do equilíbrio ecológico como condição de sobrevivência das espécies ao mesmo tempo em que sinaliza para um *dever ser* no âmbito normativo impregnado pela concepção de Estado Democrático de Direito. Este que na definição de BOLZAN DE MORAIS E STRECK (2013) possui como característica, a ideia de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito –vinculando-se ao *welfare state neocapitalista* “impondo-se à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”. (pg.88)

O Estado Democrático de Direito é princípio fundamental que reúne os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, não como simples reunião formal de seus respectivos elementos, tendo em vista que revela um conceito novo que os supera, mas como providência de transformação do status quo e garantia de uma sociedade pluralista, livre, justa e solidária, em que o poder emane do povo e seja exercido em benefício do povo, com o reconhecimento e a afirmação dos direitos humanos fundamentais que possam realizar, na sua plenitude, a dignidade da pessoa humana (CUNHA JUNIOR apud THOMÉ, 2014, P.68)

No modelo atual de Estado é possível “aderir a ideia de superação do modelo do Estado Social (que já havia superado o Estado Liberal) –pelo mesmo na forma assumida após a Segunda Grande Guerra – por um modelo Socioambiental, ou Pós-social” (SARLET E FENSTERSEIFER, 2013, p.54). Portanto, tal modelo surge como mecanismo aglutinador dos direitos ambientais às suas várias formas de garantias individuais.

É possível destacar o surgimento de um constitucionalismo socioambiental (ou ecológico) (...) avançando em relação ao modelo do constitucionalismo social, designadamente para corrigir o quadro de desigualdade e degradação humana em termos de acesso às condições mínimas de bem-estar. (SARLET E FENSTERSEIFER, 2013, p.54).

Nessa perspectiva, a expressão normativa trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, envolve aspectos da defesa democrática do direito comum ao ambiente *ecologicamente equilibrado* pretendido em realidade vasta, traçando os elementos norteadores das condutas sejam elas públicas ou privadas. É de se reconhecer ainda, que o caráter

de bem comum conferido pela referida Constituição, releva seus aspectos de participação democrática na defesa e na promoção dos direitos ao meio ambiente ao mesmo tempo que possibilita uma reflexão sobre a capacidade do Estado de manter tais direitos.

II- DIREITO AO MEIO AMBIENTE NO CONTEXTO NORMATIVO BRASILEIRO

A previsão de um direito no ordenamento constitucional certamente representa um importante instrumento normativo de viabilidade para sua execução, o que nas lições de José Afonso da SILVA (1994) a Declaração de Estocolmo abriu caminho para que as constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais, na perspectiva de “*direitos a serem realizados*”, sem desconsiderar outros importantes dispositivos em que os valores ambientais se apresentam sob o véu de outros objetos de normatividade constitucional.

Tem-se no contexto constitucional brasileiro elementos como soberania cidadã para defender e proteger o meio ambiente, a defesa do ecossistema como um dos princípios da ordem econômica, e a disposição adequada por meio dos mecanismos de governo para assegurar o acesso ao bem ambiental.

A existência de uma constituição³ ensina que: “a norma constitucional existe para ser aplicada”. As lições de CANOTILHO (2001, p. 1141-5), no plano da interpretação da normas constitucionais, fazem repercutir os ensinamentos da doutrina alemã – sobremaneira nas figuras de Konrad Hesse e Friedrich Müller – trazendo argumentos relevantes para a busca da concretização do *princípio da máxima efetividade*, do *princípio da interpretação efetiva*, ou, ainda, do *princípio da eficiência*, porquanto, hoje, o grande desafio dos constitucionalistas é, dentro das técnicas de interpretação⁴, atribuir à norma constitucional o sentido que maior efetividade lhe dê.

Tem-se o estudo da eficácia da normativa como relevante pressuposto cujo objetivo seja tornar concreto o desejo do legislador constituinte, ao consagrar diretivas de cumprimento por parte do ente estatal.

O *Status* constitucional da questão ambiental revela uma nova perspectiva sobre o meio ambiente e a ordem econômica dependente dos recursos naturais, pois possibilita que os princípios e regras gerais alí reconhecidos sejam tomados como direcionamento, como para a efetivação dos direitos, é a documentação de um propósito igualmente comum.

Não obstante, reconhece-se que os textos constitucionais, comumente, necessitam de regulamentação ulterior, objetivando, efetivamente, a fruição dos direitos constitucionais por

5. Nesse sentido: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da constituição*. – 2ª ed. São Paulo-SP: Atlas, 2004, cap. I, p. 21-45.

6. Acerca do tema, buscou-se referências na obra de Carlos Maximiliano: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*; em especial os capítulos alusivos a interpretação *sistemática e teleológica*.

todos aqueles que assim desejassem, desde que estivessem enquadrados, abstratamente, na hipótese normativa consagrada. MACHADO (2004, p. 22) ressalta que se deve “penetrar no nebuloso espaço da *aplicabilidade* das normas constitucionais. Na linguagem jurídica, por isso, aplicar a norma vai significar pô-la em contato com um referente objetivo (fatos e atos). A aplicabilidade, assim, exige interpretação, condições de possibilidade que no direito estão referidas a aspectos técnicos inerentes à estrutura das normas e da realidade normada. Na teoria jurídica, estas condições reportam-se à noção de eficácia.

Sobre eficácia, em poder-se-ia afirmar que é a possibilidade de estar a norma apta a ser aplicada, por reunir todos os elementos e meios necessários a sua operatividade.

Nestes termos, partindo da noção de *aplicabilidade*, conjugada com o conceito de eficácia, bem como da disposição constitucional de direito ao meio ambiente e o Estado como seu garantidor, questiona-se a eficácia dos instrumentos nesse propósito. É relevante observar que esses direitos estão intimamente relacionados a ação estatal e suas diversas expressões bem como suas fragilidades expostas em razão de sua insuficiência, característica do estado contemporâneo.

Isso significa que não é suficiente o seu reconhecimento como garantia política-global, exigindo-se a capacidade de resultado e a *eficácia jurídica e a efetividade prática*.

De acordo com MORAIS, numa inferência à FERRAJOLI, “A crise institucional corresponde ao de desconstitucionalização, que se alega ser promovido pelo neoliberalismo”, que se instaura “pela ausência de uma verdadeira esfera pública, autônoma e supra-ordenada à esfera privada”. (2017, p.21 e 22). Assim, essa dissonância reflete um “abismo” entre a previsão constitucional e o que se tem garantido.

Na perspectiva empírico normativa predominante em matéria ambiental, a mera descrição de comportamentos e proibições não comunga com a real prioridade estabelecida pela sociedade, seja ela de forma proativa ou simplesmente pela ausência de participação nas ações de efetivação do direito à estabilidade ecológica como condição da vida humana e dos demais seres.

III – BEM ESTAR SOCIAL E O DIREITO À SOLIDARIEDADE AMBIENTAL

Dentro da perspectiva do Estado do Bem Estar o direito não pode se furtar à análise dos problemas e desafios gerados pela degradação ambiental para as gerações presentes e futuras.

Cumpra ao Direito, portanto, a fim de restabelecer o equilíbrio e a segurança nas relações sociais (socioambientais) a missão de posicionar-se em relação a essas novas ameaças que fragilizam e colocam em risco a ordem de valores e os princípios republicanos e do Estado Democrático de Direito, bem como comprometem fortemente a sobrevivência (humana e não humana) e qualidade de vida. (SARLET E FENSTERSEIFER, 2013, p.44)

Cumpra ao Estado o reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado consoante o artigo 225 da CRFB, no sentido da inscrição de uma Teoria Constitucional e de Direitos fundamentais “ecologicamente adequada e comprometida. (SARLET E FENSTERSEIFER, 2013). O direito ambiental passa a ser reconhecido como direito

fundamental ligado a dignidade humana sendo que a principal destinatária da norma constitucional, em face de suas inter-relações com o meio ambiente é a pessoa humana.

Além disso, ao fazer menção ao direito ambiental das “gerações atuais e futuras” a CRFB em seu artigo 225 apontou a necessidade de assegurar a tutela jurídica do meio ambiente em decorrência da extensão de tempo médio, entre o nascimento de uma pessoa humana e o nascimento de seu descendente (FIORILLO, 2010). Portanto, compete a Constituição na esfera jurídica material tutelar “um direito ambiental a partir do patrimônio genético, observando, no plano jurídico processual, um critério preventivo como único meio de garantir um direito ambiental efetivamente direcionado às gerações futuras” (FIORILLO, 2010, p. 35)

Na seara ambiental, a perpetuação da espécie humana está diretamente ligada a “ideia de responsabilidade e dever jurídico (para além do plano moral) para com as gerações futuras” (SARLET E FENSTERSEIFER, 2013). OST⁵ esboça a sua preocupação na construção de pontes existenciais entre as gerações humanas, utilizando a questão ambiental como o paradigma mais evidente do que ele denomina de “**risco de discronia**”. Para o autor, a proteção do ambiente revela uma situação de “**destemporalização**”, na medida em que se está a admitir que o comportamento dos seres humanos contemporâneos (por exemplo, nos modos de produção e consumo) repercute de forma direta nas condições existenciais das futuras gerações, com a degradação e poluição ambiental aumentando de forma cumulativa para o futuro. (SARLET E FENSTERSEIFER, 2013, p. 51). Grifos nossos

O que se evidencia é a dimensão temporal das questões ambientais, visto que as pessoas que seriam afetadas pela degradação ambiental podem ainda nem ter nascido. Por isso, o maior desafio está em conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental para as gerações futuras e atuais. Portanto o “direito do consumo e o direito do meio ambiente construíram-se pouco a pouco como direitos quase “anti-econômicos” porque apareceram como fundados sobre princípios contrários ao direito e a economia liberais”. (FARJAT apud THOMÉ, 2014, p. 46)

Entretanto, a utilização e uso dos bens naturais é algo inevitável, sendo necessário hodiernamente, “na sociedade de risco, e a partir da constitucionalização da proteção ambiental, tem-se a plena convicção de que o Estado deve atuar (ou intervir) no domínio econômico com o intuito de, dentre outros objetivos, implementar o desenvolvimento sustentável”. (THOMÉ, 2014, p. 46)

No âmbito do Estado Socioambiental de Direito, a responsabilidade não é só estatal, mesmo porque “a partir da sua dimensão intergeracional, o princípio (e dever) da solidariedade aponta para um complexo de responsabilidades e deveres das gerações contemporâneas “viventes” em resguardar as condições existenciais para as pessoas que virão a habitar o planeta” (SARLET E FENSTERSEIFER, 2013).

O reconhecimento da dignidade das futuras gerações humanas, assim como da dignidade

OST, Francois. O tempo do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p.39-41

dos animais não humanos e da Natureza em si, surge como mais um elemento a formatar e ampliar a noção (e o alcance da proteção e reconhecimento pelo Direito) da noção de dignidade humana característica da tradição ocidental, especialmente desde Kant, e que nos tem servido como guia até o atual estágio do pensamento humano. (SARLET E FENSTERSEIFER, 2013, p. 52).

IV – CONSIDERAÇÕES

Tem-se comumente atribuído o direito ao desenvolvimento uma dimensão de tempo individual e coletiva. Além de partir da premissa de distinção dos chamados direitos individuais e coletivos é necessário desvincular-se de uma visão fragmentada dos direitos humanos, evitando-se a limitação e a asserção de que o direito ao meio ambiente sadio não acarreta limitações a determinadas manifestações e searas do direito, sejam eles individuais, coletivos ou intergeracionais.

Há que se considerar ainda que a mera disposição desses direitos ao *status* constitucional não garante sua eficácia, sobremaneira em tempos em que o Estado enfrenta uma relação de descrédito que, na referência de BOLZAN de MORAIS, (2017, pg.23) “esfacela o próprio papel de garantia do Direito”, ao que em sua visão, não se pode deixar sucumbir o sistema de garantias em nome de quaisquer que sejam os valores circunstanciais que pareçam prevalecer.

Analisando as disposições normativas e de institucionalização da defesa do direito ao meio ambiente, tem-se um arcabouço robusto, porém impotente se não manejado por quem efetivamente é detentor dessa garantia, por meio de uma efetiva participação social bem como por meio de seus representantes aqui entendidos também o setor econômico e o poder público.

Observa-se ser recorrente a referência da solidariedade como fundamento da preservação ambiental, o que impõe restrição de direitos atuais como medida de proteger o acesso aos bens ambientais das gerações vindouras. Nessa perspectiva há que se considerar a ligação existente entre os direitos de sustentabilidade, o direito intergeracional ao meio ambiente e as garantias fundamentais. Não se trata de restringir direitos fundamentais, mas modular a disposição e fruição dos bens ambientais de modo a garantir sua permanência para o futuro.

REFERÊNCIAS:

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Editora Atlas. 18ª edição – 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de Direito Constitucional: Tomo III*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

_____. *Interpretação Constitucional: reflexões sobre a (nova) hermenêutica*. In: *novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional*. P.161, 216. Org. Bernardo Gonçalves Fernandes. Editora Jus Podvm. 2010

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil – texto constitucional de 5 de outubro de 1988 – atual., até Emenda Constitucional nº 67 – 36ª ed. –*

Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. – Trad. Coutinho, Carlos N. – Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis e STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013

_____. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2ª ed. Col. Estado e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. – 10ª ed.; tradução: Fernando Tomaz – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. *Competências Constitucionais dos Municípios para legislar sobre meio ambiente*. Letra da lei- Curitiba, 2008.

CANSADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos HUMANOS E MEIO AMBIENTE – Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Porto Alegre. 1993

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. *Direito Administrativo*. 16ª Ed. São Paulo. Atlas. 2003.

FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental, aspectos teórico e prático*. 5ª edição – Editora Fórum –Belo Horizonte- 2015.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Leonardo. *Competências Constitucionais em Matéria Ambiental*. Revista dos Tribunais, vol. 687, p.78, São paulo: RT, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. – vol. I; 2ª ed.; tradução: Flávio Beno Siebeneichler – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Declaração. Isto não é um manifesto**. São Paulo. N-1 editores. 2014

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KRELL, J. ANDREAS. *A Posição dos Municípios Brasileiros no Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA)*. Revista dos Tribunais, vol. 709, p. 8/19, São Paulo: RT 1994.

LEFF, Enrique. *Epistemologia Ambiental*. (Tradução de Sandra Venezuela). 5ª edição. Ed.Cortez. São Paulo. 2010

LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática: os limites da dominação totalitária*.

Trad. Louveiro, Isabel M. 2a ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. – 25ª. ed. – São Paulo: Malheiros, 2017.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente, Doutrina e Jurisprudência*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2015.

MISHAN, Edward Joshua. *Desenvolvimento... A Que Preço?* Tradução de Aydano Arruda. São Paulo. IBRASA. 1976

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Ed. Saraiva. São Paulo. 1994.

- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26 ed., Editora Saraiva, São Paulo. 2008.
- SILVA, José Afonso Da. *Direito Ambiental Constitucional*. Editora Malheiros, São Paulo –SP-1994.
- SILVA, José Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª edição. Editora Malheiros. São Paulo.2003.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- THE WORD *Commission on Environment and Development. Our common future*. New York: Oxford, 1987.
- TOMÉ, Romeu. *O princípio da vedação de retrocesso ambiental no contexto da sociedade de risco*. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.
- VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 135.
- VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI*. Editora: Garamond Universitária. Rio de Janeiro.2005.
- VIOLA, Eduardo José. *O movimento ambientalista no Brasil (1974-1986): do ambientalismo à ecopolítica*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v.1, n.3, p. 5 a 26.
- PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limites à tributação no estado democrático de direito*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL EM AÇÕES COLETIVAS EM CASOS DE DANOS MULTILocalizados: ANÁLISE JURÍDICA A PARTIR DO CASO DO ROMPIMENTO DAS BARRAGENS DA VALE S/A EM BRUMADINHO/MG

Camilo Zufelato¹

Caio Gracco Pinheiro Dias²

RESUMO: A partir do histórico processual das ações motivadas pela tragédia do rompimento da Barragem de Córrego do Feijão, o artigo analisa a doutrina e a jurisprudência brasileiras sobre o tema da competência jurisdicional territorial em ações coletivas quando os danos têm abrangência regional ou nacional, de onde se conclui pela prioridade do foro do local onde ocorreu o dano, como medida capaz de melhor garantir o acesso à justiça das partes.

Palavras-chave: Tutela coletiva. Competência territorial. Lei de Ação Civil Pública. Grandes desastres ambientais.

ABSTRACT: Based on the procedural history of the lawsuits resulting from the rupture of the Córrego do Feijão Dam, the article analyzes the Brazilian doctrine and case-law on the issue of territorial jurisdiction in collective actions when the damages have a regional or national scope, from which we conclude by the priority of the forum of the place where the harm occurred, as a measure capable of better ensuring access to justice of the parties.

Keywords: Class action. Territorial jurisdiction. Lei de Ação Civil Pública. Large environmental disasters.

1. Introdução

São notórios os fatos relativos ao rompimento das barragens I, IV e IV-A, integrantes do Complexo Minerário da empresa Vale S/A, localizadas na cidade de Brumadinho/MG, mais especificamente no bairro denominado Córrego do Feijão, ocorrido no dia 25 de janeiro de 2019. Trata-se de um dos maiores desastres ambientais na história do país, resultando na violação de inúmeros direitos fundamentais, em especial o direito à vida e ao meio ambiente, ainda mais trágico e inaceitável porque sucede a outro desastre, igualmente grave, de responsabilidade da mesma empresa, ocorrido em circunstâncias bastante semelhantes, quando rompeu-se a barragem de Fundão, parte do Complexo Minerário de Mariana, soterrando o subdistrito de Bento Rodrigues, em novembro de 1995.

1. Doutor em Direito Processual pela FD/USP; Professor Associado da FDRP/USP

2. Doutor em Direito Internacional pela FD/USP; Professor Doutor na FDRP/USP

Desse evento ocorrido em Brumadinho resultou uma sequência de três demandas judiciais contra a empresa Vale S/A visando à tutela dos bens jurídicos afetados.

A primeira ação³ foi proposta pelo Estado de Minas Gerais, no mesmo dia do acidente, com pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, cujo pedido principal “visa a tutelar pessoas, bens e o meio ambiente em toda a extensão do Estado de Minas Gerais e que foram afetadas pelo acidente narrado”. Por se tratar de demanda proposta pelo Estado de Minas Gerais, invocou-se o art. 93, II, do CDC, para ver fixada a competência jurisdicional em uma das varas da Fazenda Pública da Capital do Estado, ou seja, Belo Horizonte. Distribuída, atualmente essa demanda tramita na 6ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte. Como se trata de tutela de urgência, na modalidade tutela antecipada, o autor deduz pedidos que em síntese versam sobre a decretação de indisponibilidade de ativos financeiros, ações, e bens da requerida para fazer frente aos gastos emergenciais decorrentes do rompimento da barragem (estimados em um bilhão de reais) e também para garantir a futura condenação pelos diversos danos causados (no montante de vinte bilhões de reais).

A segunda ação foi proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), também no mesmo dia do acidente, com pedido de tutela cautelar em caráter antecedente, para a defesa do meio ambiente (natural, cultural e urbanístico) e do erário, visando à adoção de medidas preventivas para se evitar maiores danos futuros, tais como a apresentação de relatórios acerca das medidas adotadas pela ré para minimizar ou evitar danos, bem como o bloqueio de valores (na ordem de cinco bilhões de reais) para garantir a efetivação de medidas emergenciais que devam ser tomadas. Esta ação foi proposta na 1ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Brumadinho⁴.

A terceira ação⁵ foi proposta pelo MPMG, no dia seguinte ao acidente, com pedido de tutela cautelar em caráter antecedente, “para a defesa dos direitos humanos das pessoas atingidas pelo rompimento das barragens”, e “para a defesa do direito fundamental de centenas de famílias que residem na área objeto da lide”. Requereu-se a indisponibilidade de bens da ré (na ordem de cinco bilhões de reais), bem como o “acolhimento, abrigamento em hotéis, pousadas, imóveis locados, arcando com os custos relativos ao traslado, transporte de bens móveis, pessoas e animais, além de total custeio da alimentação, fornecimento de água potável, observando-se a dignidade e adequação dos locais às características de cada família, sempre em condições equivalentes ao *status quo* anterior ao desastre, para todas as pessoas que tiveram comprometidas suas condições de moradias em decorrência do rompimento das barragens, pelo tempo que se fizer necessário”, bem como outras medidas, tais como a divulgação de boletins informativos acerca das pessoas desaparecidas, e também a relação de famílias retiradas de suas moradias e os respectivos locais que se encontram abrigadas. Esta ação também foi proposta na 1ª Vara Cível e

3. Processo n. 5010709-36.2019.8.13.0024

4. Processo n. 0001835-46.2019.8.13.0090

5. Processo n. 0001827-69.2019.8.13.0090

Criminal da Comarca de Brumadinho.

Em face da tramitação concomitante dessas ações, relativas aos mesmos fatos, em juízos distintos, o Estado de Minas Gerais requereu o reconhecimento da 6^o Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte como juízo competente e preventivo para a tramitação de todas as ações em curso relativamente ao evento ocorrido em Brumadinho, ao passo que o MPMG requereu que fosse assim reconhecida a competência da 1^a Vara Cível e Criminal da Comarca de Brumadinho.

Em audiência realizada em 20 de fevereiro de 2019, o juiz da 6^o Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte, proferiu decisão reconhecendo a competência daquele juízo para processar e julgar a ação e determinando que o Juízo da Comarca de Brumadinho remetesse à 6^a Vara da Fazenda Pública os autos das duas ações que lá foram propostas, em virtude da prevenção. Fundamentou a decisão afirmando que os

[i]nteresses difusos, coletivos e individuais homogêneos que foram atingidos com o rompimento da barragem de rejeitos de minério foram *regionais, em mais de uma cidade de Minas Gerais, o que atrai a competência do feito para a capital do Estado. Assim, pelo critério legal, este Juízo é competente para as ações envolvendo o rompimento da barragem do Córrego do Feijão.* (grifos nossos)

O magistrado também invocou o fato de o MPPG, em 2015, ter sustentado a competência da Comarca da Capital para o processamento das ações decorrentes do desastre provocado pelo rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana/MG, o que estaria em contradição com o posicionamento do *Parquet* naquela ocasião, em que defendia a competência do Juízo de Brumadinho, por ser o local dos danos.

Esses fatos suscitam interessante questão a ser analisada do ponto de vista doutrinário, acerca de como se deve determinar o juízo competente para o processamento de ações coletivas relativas a evento que provoca danos em áreas pertencentes a comarcas diversas, quando dentre as regiões afetadas não se encontra a da Capital do Estado. É o que nos propomos a fazer neste artigo, iniciando com uma revisão da doutrina e jurisprudência brasileiras sobre o tema, e buscando a melhor maneira de solucionar o problema no caso em análise.

2. Análise doutrinária e jurisprudencial

A competência nos processos coletivos é assunto dos mais complexos, pois o tratamento legislativo é insatisfatório do ponto de vista da clareza e precisão, o que gera discussões doutrinárias e, também, certa instabilidade jurisprudencial. Não por acaso já se referiu que esse seria o “calcanhar de Aquiles” da tutela coletiva no Brasil (VENTURI, 2007).

A partir do quadro legislativo que incide sobre as hipóteses de ameaça ou lesão a bem de natureza coletiva, é preciso verificar a verdadeira *ratio* estabelecida pelo legislador para só então fixar a

competência do órgão julgador.

Dentre as inúmeras facetas do instituto da competência no âmbito da tutela coletiva, a territorial é sem dúvida a mais complexa, especialmente quando se trata de evento que transcende uma única comarca, alcançando dimensões que requerem a interpretação da expressão legal danos de âmbito *nacional* ou *regional*, nos termos do artigo 93, inciso II, do CDC.

Além das dificuldades de se reconhecer o que seria um evento de dano *nacional* ou *regional* – sobretudo esse último –, o aspecto que gera maior dificuldade interpretativa é que nessas hipóteses a regra que fixa no Distrito Federal ou na Capital do Estado o juízo – *territorialmente* – competente para a causa, em princípio pode entrar em rota de colisão com a regra que determina a competência do *foro do local onde ocorrer o dano*, nos termos do art. 2º da Lei de Ação Civil Pública (LACP).

A razão é simples e constitui o ponto central do nosso argumento: *em se tratando de um dano regional, nem sempre a Capital do Estado onde teve lugar o dano terá sido diretamente atingida*. Ou seja, a regra que define a Capital como sendo o foro competente pode colidir com a aquela outra que fixa a competência no local do dano.

Assim, há que se proceder à interpretação sistemática do direito positivo brasileiro relativamente ao tema da competência na tutela coletiva, a fim de se compreender qual o sentido hermenêutico que de forma harmônica compatibiliza os dispositivos legais que regem o caso. O ponto de partida da análise do tema é o art. 2º da LACP, que de forma inaugural para a tutela coletiva estabeleceu a regra fundamental de que as ações civis públicas serão propostas *no foro do local onde ocorrer o dano*, ao que denominou, equivocadamente, de competência *funcional* para processar e julgar a causa.

Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Essa confusão terminológica do legislador, que, posto denomine *funcional* a competência do local do dano, está a determinar, na verdade, a competência *territorial* para as ações civis públicas, é já de há muito apontada pela doutrina. Ocorre que o legislador pretendeu atribuir natureza *absoluta* a essa modalidade de competência territorial, que para o regime processual individual tem natureza relativa, ao passo que a funcional sempre se caracterizou por ser absoluta (cf. BARBOSA MOREIRA, 2005, p. 255; DONIZETTI; CERQUEIRA, 2010, p. 203; GRINOVER, 2011, p. 146). A questão relevante, contudo, é que a *competência do local do dano coletivo* guarda relação com interesse público na fixação da competência no juízo que terá as melhores condições para processar a demanda, pela razão óbvia da proximidade do dano. Com

isso, ademais, evita-se a possibilidade de haver prorrogação da competência para outro juízo, ou mesmo acordo processual entre as partes acerca da competência territorial do órgão jurisdicional, afastando a tramitação da causa do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

Tratou também esse mesmo artigo, em seu parágrafo único, da regra fundamental da *prevenção do juízo*, fixando o foro em que houve a *propositura da ação* como sendo o preventivo para as demandas sucessivas que versarem sobre a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. Essa regra da prevenção do juízo tem especial relevância para as demandas coletivas dadas as características ínsitas dos conflitos coletivos – naturalmente tendentes a se espriarem por diversas localidades, segundo uma maior ou menor extensão do dano – muito mais que nas demandas individuais.

Em face exatamente da necessidade de tratar a competência territorial para os danos de maior extensão, o tema foi regulamentado pelo art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual estabeleceu a competência territorial do órgão julgador a partir de um escalonamento da extensão dos danos: no próprio lugar do dano, quando de âmbito local; na(s) capital(is) do(s) Estado(s) atingido(s), quando de âmbito regional; e nas capitais dos Estados ou no Distrito Federal, quando de âmbito nacional. Para os danos de extensão regional ou nacional, a competência é *concorrente* entre as capitais das regiões afetadas e o Distrito Federal, respectivamente.

Muito embora já tenha havido dissenso doutrinário acerca do sentido de *dano regional*, a atual jurisprudência do STJ entende que esse se caracteriza como sendo aquele que atinge *algumas comarcas*⁶, sem, contudo, especificar quantas.

Assim, tem-se que a regra fundamental da competência para as ações indenizatórias decorrentes de danos extracontratuais no processo coletivo segue aquela mesma do processo civil individual, ou seja, *o lugar do ato ou fato*, na tradicionalmente chamada *forum commissi delicti*, como previsto no art. 53, IV, do Código de Processo Civil.

Esse critério de fixação da competência no local do dano no processo civil individual, que na verdade constitui uma opção da parte autora, em benefício de quem a regra foi estatuída, pois se trata de competência relativa, sendo concorrente com a do local de domicílio do réu. (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 229–230). E assim o faz o legislador porque leva em conta exatamente a *facilitação da instrução probatória*, como bem destaca a doutrina:

Nas ações que tenham por objeto a reparação de dano, o foro competente será o do lugar do ato ou fato que gerou o dano (*forum commissi delicti*). O legislador criou regra fundada na presunção de que a instrução probatória será facilitada e por consequência melhor será a captação da verdade pelo juiz se o processo tiver seu trâmite no lugar em que ocorreu o ato ou fato gerador do dano. A regra

6. STJ, CC 17.532/DF, Rel. Min. Ari Parglender, 2a Seção, v.u., j. 29/02/2000.

somente se aplicará na hipótese de ato ilícito extracontratual. (NEVES, 2018, p. 96 - grifos nossos)

Eis a razão pela qual o art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, e o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, estabelecem como *regra fundamental para a competência territorial nas ações coletivas o local do dano*. A razão de ser desta escolha é a *proximidade geográfica do juiz com o evento, a facilitação na instrução probatória, e, também, o acesso à justiça das vítimas e seus sucessores*, como destacaram Rodolfo de Camargo Mancuso e Ada Pellegrini Grinover:

É plenamente justificável que assim seja, *dado ser intuitivo que é o juízo 'do local onde ocorrer o dano' o mais indicado, mais habilitado na espécie, pela proximidade física com o evento*. Demais disso, a ação é de índole cominatória/ressarcitória; o objeto prevalente é o dano produzido, e busca-se a recondução das coisas ao *statu quo ante*; [...]. (MANCUSO, 2011, p. 74 - grifos nossos)

O legislador guiou-se abertamente pelo *critério do local do resultado*, que vai *coincidir*, em muitos casos, *com o do domicílio das vítimas e da sede dos entes e pessoas legitimadas, facilitando o acesso à justiça e a produção da prova*. (GRINOVER, 2011, p. 146 - grifos nossos)

Especificamente em relação à competência para a ação civil pública ambiental, que coincide com o objeto das demandas sob Consulta, cujo objeto em princípio versa sobretudo sobre questões fáticas, Édis Milaré bem destaca que há uma notável importância que o órgão julgador tenha conexão direta com o local do dano ambiental:

Por trás da *regra do local do dano* identificamos, como seu fundamento, *a busca da eficiência da implementação ambiental*. Não só os *implementadores situados na área da danosidade têm, como regra, uma adequação psicológica mais acertada* ('o que os olhos não vêem, o coração não sente', como diz o adágio popular), *como os elementos probatórios são mais facilmente recolhidos e utilizados*. (MILARÉ, 2002, p. 225 - grifos nossos)

Como referido acima, o ponto nevrálgico da competência no processo coletivo diz respeito aos danos com maior extensão territorial, estabelecendo o art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor, que a competência seria fixada na capital do Estado ou do Distrito Federal quando os danos fossem de natureza regional ou nacional (cf. VENTURI, 2007, p. 96). Conforme também já mencionado *supra*, haveria uma aparente *contradição* entre essa regra e a que estabelece o local do dano, *uma vez que nem sempre a capital do Estado ou do Distrito Federal terá sido o local da ameaça ou do dano efetivo*. É questão bastante discutida no seio da doutrina

brasileira da tutela coletiva, cujas posições são imprescindíveis para se compreender o caso em análise.

Em primeiro lugar destacam-se as severas críticas dirigidas à *interpretação literal e isolada* do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor, que fixa a competência territorial na capital do Estado ou no Distrito Federal, sem dar qualquer atenção ao fato de se essa foi ou não diretamente atingida pelo dano. Por exemplo, em sua obra sobre a tutela jurisdicional de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, Élcio Venturi (2007, p. 276) anota que:

O próprio fato de o art. 93 do CDC fixar a competência para as Capitais dos Estados e para o Distrito Federal para as ações coletivas baseadas em danos regionais ou nacionais revela a *subversão da divisão judiciária nacional, contrariando, igualmente, o critério proposto pela Lei da Ação Civil Pública no que tange a priorizar o funcionamento do juízo mais próximo possível ao local dos fatos lesivos.*

De fato, indaga-se: qual o sentido e a lógica de se fixar a competência jurisdicional para o processamento de um ação coletiva que diz respeito a danos incidentes sobre o território de diversas comarcas de um mesmo Estado ao juízo de primeira instância de sua Capital, que, para *além de não ter competência territorial sobre aqueles, segundo a divisão estrutural do Poder Judiciário, por vezes se encontra totalmente afastado do local do dano, não tendo qualquer contato com a sociedade afetada ou com os fatos considerados lesivos aos direitos meta-individuais?*

[...]

É preciso, neste contexto, apontar solução verdadeiramente coerente, preservando-se tanto a garantia do juiz natural como a *competência do magistrado que melhor possa implementar o contraditório e a ampla defesa, aproximando-se da produção das eventuais provas necessárias* ao julgamento do feito. (grifos nossos)

Da mesma forma, Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 181–182), comentando a possibilidade de fixar a competência para julgar ações coletivas na Capital do Estado ou no Distrito Federal, independentemente de lá ter sido verificado o dano, observa:

A segunda crítica que deve ser feita ao art. 93 diz respeito à regra criada pelo seu inciso II, porque, *a depender da situação concreta e/ou a vontade do autor, a ação coletiva terá como competente um foro no qual o dano discutido não foi gerado e em algumas situações bem distante do local onde ocorreu. Entendo que nesse caso a regra viola a própria razão de ser da competência absoluta das ações coletivas, porque se a justificativa para impor a competência de um*

foro é a proximidade com as provas, pessoas e facilitação do exercício jurisdicional, como justificar uma regra que permite a competência de um foro em que nenhuma dessas vantagens existirá?

[...]

Não é preciso muito esforço para notar que nem todos os foros considerados como competentes pelo art. 93, II, do CDC, nas ações coletivas que versam sobre dano regional ou nacional, serão afetados por tal dano, de forma que *a aplicação do dispositivo legal no caso concreto poderá significar o desrespeito à regra consagrada no art. 2º da LACP que prevê como competente absoluto (funcional) o foro do local do dano.* (grifos nossos)

No mesmo sentido, Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti Junior, corretamente, ressaltam a especificidade da tutela coletiva, a exigir maior flexibilidade na interpretação das regras de competência, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto na *ponderação* entre a regras do local do dano e da Capital do Estado ou do Distrito Federal (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017, p. 131). Em apoio, citam decisão do TRF da 2º Região que vai no sentido de *não reconhecer a competência do capital do Estado quando essa não for diretamente atingida pelo dano:*

Além do mais, conforme o princípio da competência adequada, quando o dano for de âmbito regional ou nacional, para fins de fixação da competência, deve ser levada em consideração a *facilitação da produção da prova e da defesa do réu, a publicidade da ação coletiva, e a facilitação da adequada notificação e conhecimento do grupo.* Assim, deve a competência ser estabelecida com base no Juízo mais adequado. E nesta linha, pode-se afirmar que a competência territorial absoluta, ou funcional, justifica-se também pela proximidade do juiz em relação aos fatos, supondo a lei que ele possua melhores condições de compor adequadamente o conflito de interesses

[...]

Assim, o Juízo Federal da Capital do Rio de Janeiro, além de não possuir competência territorial consoante a divisão estrutural do Poder Judiciário, encontra-se afastado do local do dano, não tendo qualquer contato com a sociedade afetada ou com os fatos considerados lesivos aos direitos coletivos” (TRF-2, AG 240840, Rel. Des. Federal Carmen Silva Lima de Arruda, 6º Turma Especializada, j. 04/09/2014. Apud DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017, p. 141ss)

Assim, a correta interpretação do direito positivo vigente relativo ao tema da competência territorial para a tutela coletiva, demanda uma solução que integralize as dimensões local, regional e nacional, e deve partir, necessariamente, do respeito à *premissa fundamental que*

marca toda e qualquer demanda – individual ou coletiva – de natureza indenizatória por danos extracontratuais, ou seja, a fixação do juízo competente no local do dano.

Por local do dano deve-se entender, por óbvio, aquele no qual se produzem concretamente os efeitos da conduta ilícita, respeitando assim a proximidade do juiz natural com os fatos subjacentes à demanda, o que implica a facilitação na instrução probatória, a proximidade do julgador com os fatos sob julgamento, e, de modo especial para as demandas coletivas, o atendimento de um de seus pressupostos básicos, o de acesso à justiça em seu sentido mais elementar, que é a imediação do órgão julgador com as vítimas e seus sucessores.

Essa regra fundamental de que o órgão competente deve ser o do local do dano é inafastável e deve ser respeitada em qualquer hipótese concreta, ainda que o dano tenha dimensões regionais ou nacionais. Para tanto, a solução há de ser buscada na interpretação sistemática dos dispositivos legais incidentes sobre o tema da competência territorial.

Especificamente, o sentido do art. 93, II, do CDC deve ser construído de forma a ser compatível com a regra fundamental prevista no inciso I do mesmo artigo e no art. 2º da LACP, podendo ser assim sintetizado: *em casos de danos regionais ou nacionais, a competência será da capital do Estado ou do Distrito Federal quando estas localidades forem atingidas; quando não o forem, ainda que o dano seja regional ou nacional, o foro competente será aquele(s) da(s) comarca(s) atingida(s) pelo dano.*

Esta posição aqui defendida em realidade é tributária da extensa discussão doutrinária que redundou no texto do Projeto de Lei n.º 5.139 de 2009, o qual tramitou no Congresso Nacional e atualmente encontra-se arquivado, que visava reformar a LACP, regulamentando e corrigindo/esclarecendo exatamente aqueles pontos que demandam interpretação sistemática – como é o caso aqui em tela. Em seu artigo 4º, o projeto tratava do tema da competência territorial nas ações coletivas, da seguinte maneira:

Art. 4º. É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta.

§ 1º. *Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.*

§ 2º. A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial.

§ 3º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.
(grifos nossos)

Como se nota, o parágrafo 1º propunha a solução que teleologicamente respeita a regra fundamental de competência vinculada ao foro do local onde ocorreu ou deva ter ocorrido o dano

ou o ilícito, compatibilizando-a com aquela que fixa a competência na comarca da capital do Estado ou Distrito Federal quando o dano for regional ou nacional.

Essa solução, inclusive, recebeu elogios de Athos Gusmão Carneiro, que assim se manifestou:

O Projeto, destarte – art. 4º, *caput* –, afirma competente, em competência corretamente qualificada como absoluta, o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer (ameaça de lesão) o dano ou o ilícito, ou seja, o juiz mais próximo dos fatos, com a decorrente facilidade em pessoalmente (princípio da 'imedição') inquirir as testemunhas e coordenador as provas técnicas e periciais, bem como as tentativas para uma conciliação entre as partes.

[...]

Pareceu mais adequado, pois, como regra geral, o ajuizamento da ação coletiva em uma das comarcas diretamente atingidas pelos danos ambientais, e esta foi a solução adotada no Projeto ora em exame no Congresso Nacional” (CARNEIRO, 2010, p. 82–83) (grifos nossos)

Em que pese este Projeto de Lei não ter sido aprovado pelo Congresso Nacional, o fato é que constitui um indispensável documento de interpretação e atualização do microsistema das demandas coletivas, produzido pelos maiores especialistas sobre o tema no país, com intensa participação de entidades e órgãos públicos que atuam cotidianamente com os processos coletivos, e portanto, especificamente sobre o tema em apreço, deve iluminar o intérprete no momento de definição do juízo competente quando o dano for de dimensões regional ou nacional.

Vale ainda uma observação, a título de interpretação das regras de competência territorial de danos regionais ou nacionais, na tutela coletiva: há que se levar em conta que, segundo as características do dano coletivo experimentado, do ponto de vista do objeto litigioso do processo, se se trata de *thema decidendum* fundado em controvérsia fática ou em controvérsia de predominância de questões jurídicas – haverá, respectivamente, maior ou menor relevo na fixação da competência do local do dano. Isso porque para as controvérsias eminentemente fáticas é mais indispensável que o juízo competente guarde relação estreita e direta onde os fatos ocorreram, tendo em vista a questão instrutória; já para as demandas cujo objeto verse sobre controvérsia jurídica, e portanto sem instrução probatória, a vinculação territorial com o local do dano não tem a mesma força e intensidade que nos casos de controvérsia fática.

2.1. Um julgado de relevo: a *ratio decidendi* do caso Mariana e sua relação com o caso Brumadinho

O STJ, no Conflito de Competência n.º 144.922/MG⁷, em 2016, decidiu acerca da

competência do caso do desastre da Barragem do Fundão, em Mariana, no qual se encontram aspectos pertinentes à questão que analisamos.

Duas eram as controvérsias centrais naquele Conflito de Competência: i) a fixação da competência entre Justiça Federal ou Estadual; ii) a prevenção do juízo competente e as correlatas e sucessivas demandas versando sobre danos localizados, ainda que decorrentes do mesmo evento. No caso, o STJ estabeleceu a competência da Justiça Federal por se tratar de bem da União – *o Rio Doce* – fixando o juízo competente na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte. Porém, como se lê no parágrafo 18 da Ementa do julgado, visando garantir acesso facilitado ao Poder Judiciário e a tutela mais ampla e irrestrita possível, e considerando que o “*foro da Capital do Estado, Belo Horizonte, significaria óbice à facilitação do acesso à justiça, marco fundante do microsistema da ação civil pública*”, o Tribunal decidiu que a competência da 12ª Vara Federal de Belo Horizonte não poderia prevalecer sobre a do foro de residência dos autores ou do dano, naquelas ações individuais ou coletivas que versem sobre “situações que envolvam aspectos estritamente humanos e econômicos da tragédia”.

Com efeito, do ponto de vista da teoria dos precedentes judiciais, e à luz da controvérsia versada no presente caso, a verdadeira *ratio decidendi* do caso do desastre de Mariana não é a fixação da competência do foro da capital do Estado quando se tratar de dano regional, como aparentemente possa parecer, mas o contrário: é a *possibilidade, em razão de garantias processuais fundamentais*, como acesso à justiça e a tutela jurisdicional mais ampla possível, de que, *mesmo quando houver prevenção do foro da Capital ou do Distrito Federal, as ações, coletivas ou individuais, referentes a outros danos oriundos do mesmo evento, não serão reunidas no juízo prevento*, mas poderão tramitar perante o foro do local de residência dos autores ou do do local do dano.

Essa premissa básica do caso Mariana, que ademais constitui a regra fundamental da competência territorial para o microsistema das ações coletivas, deve ter aplicação para além das demandas por ressarcimento de danos individuais homogêneos, aplicando-se inclusive para as ações em defesa dos direitos difusos e coletivos, como a questão ambiental.

Nesse ponto, embora tenha ficado vencido no julgamento, votando para remeter o feito à 7ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, no voto do Min. Napoleão Nunes Maia encontra-se o reconhecimento da necessidade de o juízo competente ser aquele do local do dano:

13. A variável mais importante para mim, eminente Ministro, é esta: *onde estão as provas dos fatos?* [...] *Quando há uma pluralidade de lugares para se instalar uma ação, qual deve ser o escolhido? Aquele onde a prova é mais fácil; mais fácil para o autor e mais fácil para o réu. Por que deslocar?*

[...]

7. STJ, CC 144922/MG, Rel. Des. Fed. Convocada Diva Malerbi, 1ª Seção, maioria, j. 22/06/2016.

15. Penso que [a competência] deve ser [fixada] em Valadares, porque *é lá que se encontram as possíveis provas, perícias, testemunhas, inspeções locais etc.* É lá que estão os fatos. Como será feito em Belo Horizonte, Ministro? Ponha-se na pele do Juiz de Belo Horizonte para julgar um fato que ocorreu em Mariana ou lá nos confins, na Vila dos Confins, como diz Mário Palmério.

16. Acredito, Senhor Presidente, que, por racionalidade e razoabilidade, *deve ser fixado o lugar onde ocorreram os fatos e onde estão as provas, por facilidade processual*, tanto para o autor - Ministério Público -, como para as rés - Samarco e Vale do Rio Doce. (grifos nossos)

Ainda que se trate de voto vencido, esclarece que a fixação da competência territorial deve levar em conta a regra de ouro deste tipo de evento, ou seja, *que a comarca do juízo competente tenha sido atingida pelo dano*. A razão disso é óbvia: a proximidade com os fatos é determinante para o acesso e produção das provas. Quanto a esse ponto, o julgamento foi unânime. Para concluir, então, a verdadeira *ratio decidendi* do caso Mariana não parece ser a fixação da competência territorial na capital do Estado quando o dano é regional, mas sim a inafastável necessidade de se fixá-la onde ocorreu o dano.

3. Retomando: o caso da Barragem de Brumadinho

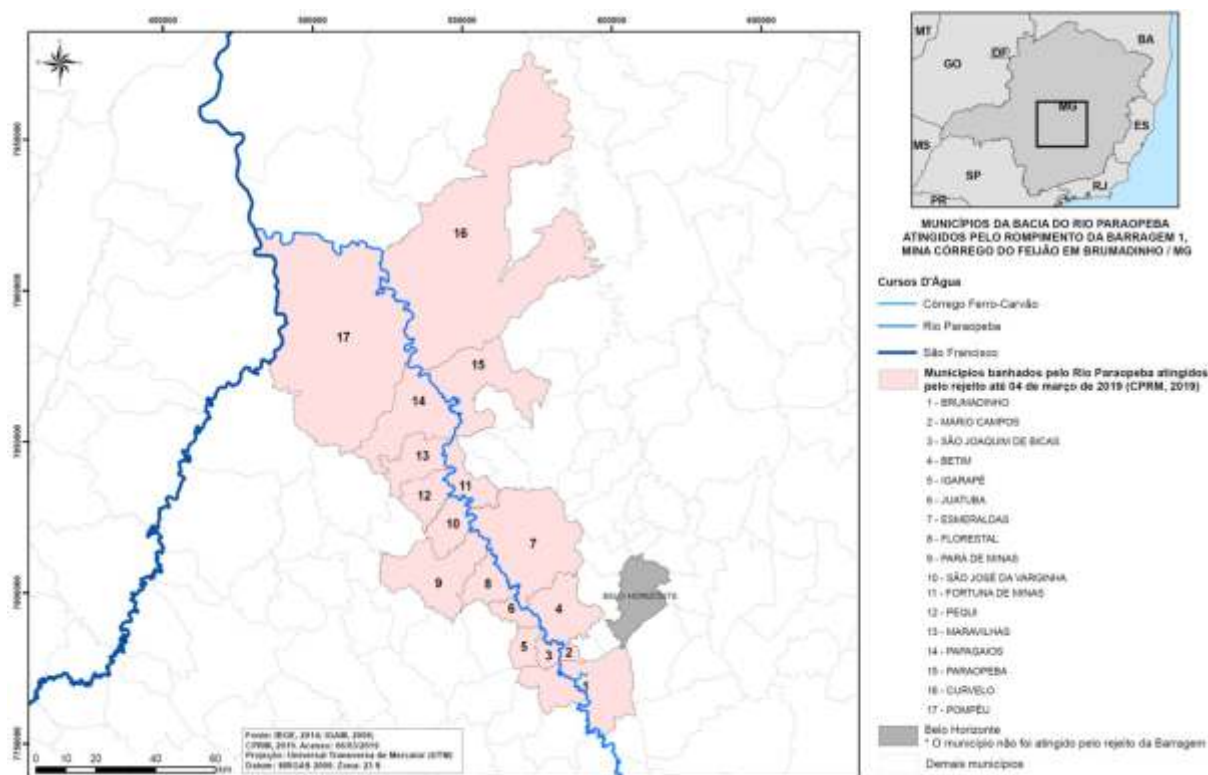
O rompimento das barragens I, IV e IV-A, integrantes do Complexo Minerário da empresa Vale teve lugar no município de Brumadinho, no dia 25 de janeiro de 2019. Como se trata de barragens do Córrego de Feijão, que se comunica com o Rio Paraopeba, as inúmeras facetas do dano (ambiental, humana, urbanística, etc.), de modo especial o vazamento dos resíduos minerais ao longo do Córrego, espalharam-se por diversos outros municípios, a jusante das barragens localizadas em Brumadinho, localidades essas que também foram atingidas pelo evento.

Até 04 de março de 2019, dezessete municípios já haviam sido afetados pelo evento, todos eles banhados pelo Rio Paraopeba. São eles: Brumadinho, Mário Campos, São Joaquim de Bicas, Betim, Igarapé, Juatuba, Esmeraldas, Florestal, Pará de Minas, São José da Varginha, Fortuna de Minas, Pequi, Maravilhas, Papagaios, Paraopeba, Curvelo e Pompéu. Felixlândia, Nova Morada de Minas, Três Marias, municípios que são banhados pelo mesmo Rio Paraopeba, todos a jusante, também sofreram consequências em função do mesmo dano, embora de menor grau (cf. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS - ANA et al., 2019).

Para fins deste artigo, há dois dados essenciais nesse relato:

- 1) trata-se de *dano regional*, pois atingiu, comprovadamente, 20 (vinte) municípios banhados pelo Rio Paraopeba;
- 2) dentre as comarcas afetadas, *não está a capital do Estado* de Minas Gerais, Belo Horizonte.

A figura abaixo indica geograficamente os contornos do dano coletivo produzido pelo



rompimento das barragens em Brumadinho, com as localidades por atingidas pelos rejeitos, deixando claro que o dano não alcançou os limites territoriais da Comarca de Belo Horizonte.

Nos termos da interpretação sistemática do microsistema processual coletivo brasileiro referida no tópico anterior, o fato de ser o dano de dimensão regional não atrai, imediatamente, e por si só, a competência territorial do juízo para a capital do Estado afetado. É indispensável que a Capital também tenha sido diretamente afetada pelo dano regional. Isso significa que, no cotejo entre os dois incisos do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, o juízo competente será aquele do local do dano, ainda que regional, pois *prevalece a regra fundamental da competência nos processos coletivos*, que é a máxima proximidade do juiz natural com as provas e as vítimas do dano.

É fácil perceber que pelas características do dano coletivo experimentado pelo rompimento das Barragens localizadas na cidade de Brumadinho há uma enorme necessidade de produção de provas, especialmente em relação ao elevadíssimo número de vítimas e seus familiares, os quais devem ser ouvidos em juízo, e mais do que isso, têm direito ao acompanhamento do processo, participação nos atos processuais, e das indispensáveis audiências públicas que foram realizadas, em função da necessidade de constante oitiva dos afetados.

Aplicar ao caso, de forma literal, o inciso II do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, além de violar a regra fundamental que fixa a competência territorial nas ações de responsabilidade extracontratual no local do dano – que como já referido não é exclusiva das demandas coletivas, mas sim de todo o direito processual brasileiro – viola outros princípios

fundamentais do devido processo legal, especialmente a facilitação do direito à prova, consectário natural do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e o acesso à justiça das vítimas e seus sucessores, pedra de toque de toda a atuação jurisdicional e elemento central da tutela coletiva.

À luz das características do evento, muito embora o dano seja regional, pois atinge diversos municípios, *o seu epicentro localiza-se exatamente na cidade de Brumadinho*, onde houve o rompimento das barragens que deu origem a todas as consequências do dano, de modo que esta Comarca tem uma natural sobreposição sobre as demais, que foram atingidas pelo mesmo evento, por isto aí deveria se fixar a competência do juízo para as demandas que versarem sobre os diversos aspectos decorrentes do mesmo evento. Basta pensar que lá estão as provas essenciais para apurar a responsabilidade da suposta causadora do dano; lá está a maioria das vítimas e seus familiares; lá está a maioria das famílias que foram desalojadas; lá está o município mais afetado, em todos os aspectos que um dano dessa natureza pode causar em um município tão dependente da extração de minérios como é Brumadinho.

Reconhecer a competência na capital do Estado, ou seja, Belo Horizonte, significaria transferir para uma comarca que, além de não ter sido afetada pelos danos, implicaria ainda o emprego de um descomunal esforço para a produção das provas, e especialmente para que as vítimas e seus familiares acompanhassem o feito, redundando assim em violação do devido processo legal e ao efetivo contraditório e ampla defesa.

Resta, pois, analisar a questão da prevenção do juízo competente para processar os feitos relativos à situação decorrente do desastre.

Como descrito no início, foram três as demandas de natureza civil ajuizadas em relação a esse desastre: uma, a primeira, ajuizada na comarca de Belo Horizonte, e duas, a segunda e a terceira, ajuizadas na comarca de Brumadinho. O parágrafo único do art. 2º da Lei da Ação Civil Pública afirma que a *propositura da ação* prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. O Código de Processo Civil, diferentemente do Código anterior, estabelece em seu art. 59 que o *registro* ou a *distribuição* da petição inicial torna prevento o juízo.

Isso significa que, para o microssistema processual coletivo, haverá fixação de competência, por prevenção, para as demais ações conexas no juízo em que foi proposta—entenda-se registrada ou distribuída⁸—a primeira ação.

8. “A Lei da Ação Civil Pública prevê, no seu art. 2º, parágrafo único, que a propositura da ação coletiva gera prevenção para outras que sejam posteriormente ajuizadas. Na vigência do CPC/73, havia uma discussão a respeito dos critérios que deveriam ser aplicados ao processo coletivo, se os da Lei da Ação Civil Pública ou os do CPC. Isso porque, poderia haver um grande lapso temporal entre a propositura da ação e o despacho ou a citação (especialmente entre a propositura e a citação). Os critérios do CPC/73 pareciam mais adequados que o da lei especial, pois somente se dava a prevenção se o juízo tivesse determinado a citação (entendia-se por despacho inicial o despacho positivo, por meio do qual o juiz determina citação). Como o CPC aponta outro critério de prevenção em não há praticamente lapso temporal entre a propositura da ação e o registro ou distribuição, parece aplicável ao processo coletivo o critério da lei especial.” (PIZZOL, 2017).

Considerando-se que prevenção é fixação de *juízo competente*, só poderá ser prevento o juízo que tiver, *in concreto*, competência para a causa. Nos termos acima aduzidos, em que pese a 6º Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte tenha sido aquela na qual o Estado de Minas Gerais ajuizou a primeira demanda em face do evento ocorrido em Brumadinho, não nos parece que teria competência para a causa, uma vez que não foi atingida pelo dano.

Disso resulta que, fixada a competência da 1ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Brumadinho, localidade essa atingida pelos danos, na qual foi proposta a ação pelo Ministério Público de Minas Gerais, ainda que esta seja, cronologicamente a segunda demanda a ser proposta, é ela que, para efeitos de prevenção, deve ser considerada a primeira ajuizada em foro competente, por se tratar de local onde ocorreu dano. Com isso, atrairia para a 1ª Vara de Brumadinho a competência para julgar todas as demandas conexas ou continentes àquela primeiramente distribuída pelo Ministério Público, exceção feita, na esteira do que ficou decidido no CC n.º 144.922/MG (caso de Mariana), àquelas ações, quer coletivas, quer individuais, que versem sobre eventuais danos de pertinência local.

Como destacado por doutrina de escol, na tutela coletiva a análise dos elementos definidores da causa de pedir ou pedido são muito mais fluidos e flexíveis do que na tutela individual, de modo que a conexão de causas deverá ocorrer visando-se evitar julgamentos contraditórios em relação ao mesmo evento. Aliás, há que se registrar que, nesse particular, mesmo a tutela individual avançou, prevendo a conexão de causas não somente quando houver identidade de causa de pedir ou pedido (art. 55, *caput*, CPC), mas também de processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias se forem decididos separadamente, mesmo sem que haja, estritamente, conexão entre eles (art. 55, § 3º, CPC).

Esta hipótese se adéqua perfeitamente às peculiaridades da tutela coletiva, e sobretudo ao caso em tela, razão pela qual, em nossa opinião, é o juízo de Brumadinho que deveria ter sido reconhecido prevento para todas as demandas que versarem sobre o trágico evento, ainda que eventualmente cada demanda contenha pedidos de tutela jurisdicional de uma dada faceta do dano, salvo peculiaridades locais que exijam excepcionar a conexão de causas, consoante decidido pelo STJ no CC n.º 144.922/MG. Com isso, tanto se facilitaria a produção das provas e a participação efetiva das partes, quanto se diminuiria o natural risco de decisões contraditórias.

Como afirmam Didier Junior e Zanetti Junior:

Essa cláusula geral do § 3º do art. 55 do CPC aplica-se integralmente ao exame da conexão em causas coletivas. Assim, tramitando diversas causas sobre um ilícito ambiental, reputa-se correta a sua reunião em um único juízo para o fim de evitar decisões conflitantes ou contraditórias, mesmo que tendo objetos distintos. Contudo, essa regra tem a limitação decorrente do princípio da imediação. O juízo adequado nas causas ambientais será tendencialmente aquele do local do epicentro do dano. Muitas vezes a contradição será aparente,

diante das peculiaridades locais do caso em análise (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017, p. 162).

No caso concreto, dizer que a 1ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Brumadinho é competente e preventiva para as três demandas coletivas em curso, significa também afirmar que, ainda que elas veiculem pedidos de tutela jurisdicional de distintas dimensões do mesmo evento, é nítida a conexão de causas entre elas, reforçando-se a necessidade de julgamento conjunto para se evitar contradições ou até mesmo sobreposições decisórias.

Contudo, por decisão do próprio MPMG, acatou-se a decisão do Juízo da 6ª Vara Federal de Belo Horizonte, fixando-se na Capital do Estado, por prevenção, a competência para julgar as ações conexas ao desastre de Brumadinho. Do que foi exposto, resta evidente que essa situação processual não é compatível com o que consideramos que seria a melhor aplicação das regras de competência na tutela coletiva no caso em tela. Não obstante, novamente na esteira do que o STJ decidiu no CC n.º 144.922/MG, a prevenção do Juízo da 6ª Vara Federal não exclui a competência dos juízos dos locais onde ocorreram danos decorrentes do desastre para julgar as causas individuais ou coletivas nas “situações que envolvam aspectos estritamente humanos e econômicos da tragédia”.

1. Desfecho: julgar uma tragédia mineira em Campinas?

Por fim, a revelar a complexidade do tema da competência territorial no processo coletivo em caso de danos de âmbito regional ou nacional, somado ao fato de que o microsistema processual coletivo brasileiro prevê mais de um tipo de demanda para tutelar a mesma situação jurídica, traz-se a colação o CC n.º 164.362, instaurado no STJ em março de 2019, para definição do órgão jurisdicional competente, entre duas varas envolvidas, para o julgamento de ação popular visando à indisponibilidade de valores no mesmo caso Brumadinho⁹.

Em síntese, foi proposta ação popular na 5ª Subseção Judiciária da Justiça Federal - Campinas, no interior de São Paulo, com pedido de bloqueio de ativos financeiros da empresa Vale S/A no montante de quatro bilhões de reais, para fazer frente aos danos causados no desastre de Brumadinho, cumulado com pedido de declaração de nulidade de atos comissivos da Vale e omissivos da União, do Distrito Federal e do Estado de Minas Gerais, bem como de condenação dos réus à recuperação do meio ambiente degradado e ao pagamento de multa por dano ambiental e de indenizações compensatórias por danos materiais e morais decorrentes do rompimento da Barragem de Córrego do Feijão.

Essa ação foi ali proposta tendo em vista que o autor da ação popular é domiciliado em

9. Até o momento de conclusão deste trabalho, não estava disponível no site do STJ o voto do eminente Ministro Herman Benjamin para que fosse utilizado *ipsis literis*. Diante disso, as informações e trechos aqui transcritos têm como fonte notícia veiculada pelo próprio STJ (“Ação popular sobre tragédia de Brumadinho será julgada na Justiça Federal de Minas Gerais”, 2019).

Campinas. O juízo, contudo, declinou da competência em favor de uma das varas federais de Belo Horizonte, sob o argumento de que o processamento da demanda deve-se dar no local da ocorrência dos fatos; contudo, também o Juízo da 17ª Vara Federal de Belo Horizonte declarou-se incompetente, entendendo que a ação deveria ser ajuizada na Subseção Judiciária do domicílio do autor da ação popular, ou seja, em Campinas.

Diante desse conflito negativo de competência, o STJ, em voto de relatoria do Ministro Herman Benjamin, decidiu pela competência da 17ª Vara Federal de Belo Horizonte, esclarecendo que se trata de medida que *privilegia o local do dano como sendo o juízo competente*, e, portanto, operando uma *distinção* na jurisprudência do próprio STJ acerca da competência da ação popular no local do domicílio do autor. Segundo o relator:

As circunstâncias do caso concreto devem ser analisadas, de forma a ajustar o Direito à realidade [...] não se pretende aqui revogar o retromencionado entendimento do STJ sobre a competência, haja vista que é indubitavelmente legal e ancorado em precedentes. Mas, deve ser realizado um *distinguishing*, tendo em vista as peculiaridades do caso que leva a que este julgamento se proceda nos termos da eficiência e da eficácia que se deseja na hipótese desses processos e com a complexidade inerente.

Na atual hipótese, tem-se que a Ação Popular estará competindo e concorrendo com várias outras Ações Populares e Ações Civis Públicas, bem como com centenas, talvez até milhares, de ações individuais, razão pela qual, em se tratando de competência concorrente deve ser eleito o foro do local do fato. (“Ação popular sobre tragédia de Brumadinho será julgada na Justiça Federal de Minas Gerais”, 2019)

É notável que na fundamentação do ministro relator duas questões são fulcrais para a definição da competência do juízo no local do dano: tratar-se de questão ambiental, cuja produção da prova é essencialmente feita no local dos fatos, e proximidade com a comunidade afetada:

Tal medida se mostra consentânea com os princípios do Direito Ambiental, por assegurar a apuração dos fatos pelo órgão judicante que detém maior proximidade com o local do dano e, portanto, que revela maior capacidade de colher as provas de maneira célere e de examiná-las no próprio contexto de sua produção [...]

[ter sido a ação popular instituída para] o exercício da fiscalização e da própria democracia pelo cidadão [não implica necessariamente a competência do foro mais conveniente para o autor, porque] casos haverá, tais como o destes autos, em que a defesa do interesse coletivo será mais bem realizada no local do ato

que, por meio da ação, o cidadão pretenda anular. Nessas hipóteses, a sobreposição do foro do domicílio do autor ao foro do dano ambiental acarretará prejuízo ao próprio interesse material coletivo tutelado por intermédio dessa ação, em benefício do interesse processual individual do cidadão, em manifesta afronta à finalidade mesma da ação por ele ajuizada (“Ação popular sobre tragédia de Brumadinho será julgada na Justiça Federal de Minas Gerais”, 2019).

Em suma, e para o escopo do presente ensaio, merece destaque a fundamentação lançada, pois vai ao encontro dos argumentos aqui defendidos, no sentido de aproximar o órgão julgador do epicentro dos fatos, e também da comunidade afetada.

No caso desse conflito de competência, a discussão não é idêntica à do caso aqui analisado, pois o autor popular ajuizou a demanda em face da União, e, portanto, atraiu a competência da Justiça Federal, ocorrência essa que não se deu na ação proposta originalmente na Justiça Estadual de Brumadinho, que tinha como demandada a Vale S/A. Por isso, a Seção Judiciária mais próxima do local do dano é a de Belo Horizonte, já que não há Varas Federais em Brumadinho.

Em que pese essa peculiaridade da ação popular, claramente *obiter dictum*, a *ratio decidendi* do CC n° 164.362 do STJ é exatamente a mesma que deveria ser aplicada no caso entre os juízes estaduais de Brumadinho e de Belo Horizonte, ou seja, o juízo competente é o do local do dano.

Depois do julgamento do CC n° 164.362 do STJ, conseqüentemente a fixação da competência na 17ª Vara Federal de Belo Horizonte, esse juízo julgou a ação popular extinta tendo em vista exatamente a existência de outras demandas coletivas aviadas anteriormente à ação popular, cujo objeto era idêntico, bem como a ilegitimidade passiva da União. Em suma, a discussão judicial acerca do evento ocorrido em Brumadinho segue sendo feita na ação civil pública, perante o juízo considerado competente.

Em conclusão, reservamos nossa opinião no sentido de que o Juízo de Brumadinho deveria ter sido reconhecido competente e prevento para o exame das ações relativas ao desastre da Barragem de Córrego do Fundão. Não obstante o que ficou decidido no caso concreto, contudo, entendemos que a motivação das diversas decisões que foram tomadas nesse e em outros casos relativos a grandes desastres ambientais contribuem para reforçar, na jurisprudência, a regra que o legislador deixou de positivizar ao não aprovar o Projeto de Lei n. 5139/2009, mas que nem por isso é menos aplicável, de que a competência territorial na tutela coletiva em casos de danos multilocalizados é preferencialmente do local onde ocorreu o dano.

2. Referências

Ação popular sobre tragédia de Brumadinho será julgada na Justiça Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Acao-popular-sobre-tragedia-de-Brumadinho-sera-julgada-na-Justica-Federal-de-Minas-Gerais.aspx>>. Acesso em: 5 dez. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS - ANA et al. **Informativo Mensal da qualidade das águas do Rio Paraopeba, após o desastre na barragem B1 no complexo da Mina Córrego Feijão da Mineradora Vale/SA no município de Brumadinho – Minas Gerais.** Belo Horizonte: [s.n.]. Disponível em: <<http://200.198.57.118:8080/handle/123456789/3198>>. Acesso em: 5 dez. 2019.

BARBOSA MOREIRA, J. C. A expressão 'competência funcional' no art. 2º da lei da ação civil pública. In: MILARÉ, É. (Ed.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 247–255.

CARNEIRO, A. DE G. Da “competência” no projeto de lei da nova ação civil pública. In: **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JUNIOR, F.; ZANETTI JUNIOR, H. **Curso de direito processual civil, vol 4.** 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DONIZETTI, E.; CERQUEIRA, M. M. **Curso de processo coletivo.** São Paulo: Atlas, 2010.

GRINOVER, A. P. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, Vol. II.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MANCUSO, R. DE C. **Ação civil pública.** 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, É. A ação civil pública por dano ao ambiente. In: MILARÉ, É. (Ed.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85. Reminiscências e reflexões após dez anos de publicação.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, D. A. A. **Novo CPC comentado artigo por artigo.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

PIZZOL, P. M. Comentários ao artigo 59 do CPC. In: BUENO, C. S. (Ed.). **Comentários ao código de processo civil, vol. 1.** São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de direito processual civil, vol I.** 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENTURI, E. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, A. P.; MENDES, A. G. DE C.; WATANABE, K. (Eds.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 96–113.

**ENTRE RETOMADAS E AUTODEMARCAÇÕES – LUTAS INDÍGENAS POR
RECURSOS NATURAIS, TERRITÓRIOS E DIREITOS NO BRASIL**

**BETWEEN “RETOMADAS” AND “AUTODEMARCAÇÕES” - INDIGENOUS
STRUGGLES FOR NATURAL RESOURCES, TERRITORIES AND RIGHTS IN
BRAZIL**

Martha Priscylla Monteiro Joca Martins¹

Luciana Nogueira Nóbrega²

RESUMO: No Brasil, povos indígenas vêm ocupando terras (ato que denominam de *retomadas*) e/ou realizando por si mesmos a demarcação de seus territórios tradicionais (*autodemarcações*), o que vem se intensificando nos últimos anos. A pesquisa objetivou investigar como essas práticas podem ser interpretadas diante do direito estatal. Por meio da observação participante e de entrevistas junto ao Povo Tapeba no Ceará e com base nos documentos produzidos pelos Munduruku, no Pará, pudemos compreender as retomadas e as autodemarcações como estratégias político-jurídicas de luta por direitos, partindo de uma interpretação que privilegia perspectivas insurgentes, críticas e interculturais do Direito.

Palavras-chave: Povos Indígenas - Direitos Territoriais – Estados – “retomadas” – “autodemarcações”

ABSTRACT: In Brazil, indigenous peoples have been occupying territories (which they call “retomadas”) and / or by themselves demarcating their traditional territories (“autodemarcações”), which has intensified in recent years. The research aimed to investigate how these practices can be interpreted under state law. Through participant observation and interviews with the Tapeba People in Ceará and based on documents produced by the Munduruku in Pará, we were able to understand the “retomadas” and “auto-demarcações” as political-legal strategies for

1. Doutoranda em Direito pela Universidade de Montreal (Canada). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Atuação profissional e experiência de pesquisa em Direitos Humanos, Direito Socioambiental e Justiça Ambiental, com foco em direitos territoriais de povos indígenas e de povos e comunidades tradicionais, direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado, direitos de mulheres e direitos de crianças e adolescentes.

2. Pesquisadora nas áreas de direitos dos povos indígenas, interculturalidade, descolonização, conflitos socioambientais, democracia e América Latina. Doutoranda em Sociologia pelo PPGS da Universidade Estadual do Ceará. Mestre e graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Indigenista especializada da Fundação Nacional do Índio, desde 2010. Tem experiência nas áreas de Antropologia do Direito e Justiça Socioambiental, com ênfase em direitos das populações tradicionais, povos indígenas, conflitos socioambientais, análise antropológica da produção jurídica, direitos das mulheres no Brasil, dentre outros. Integra o Grupo de Estudos e Pesquisas em Etnicidade da UECE.

the struggle for rights, starting from an interpretation that privileges perspectives insurgents, critics and intercultural of the Law.

Keywords: Indigenous Peoples – Territorial Rights – National States – “retomadas” – “autodemarcações”

Introdução: sobre retomadas e autodemarcações

No Brasil, vivem aproximadamente 900.000 indígenas (em média 0,5% da população brasileira) e 305 etnias, que falam português e/ou mais de 274 línguas (IBGE, 2016). Essa população está em processo de crescimento demográfico e, em sua maioria, vive em Terras Indígenas (TIs), as quais são áreas demarcadas de usufruto coletivo e exclusivo de povos indígenas.

A maior concentração de terras indígenas regularizadas se encontra no norte do Brasil, coincidindo com a região denominada de Amazônia Legal. No Brasil, atualmente, há 562 TIs regularizadas e 127 terras indígenas estão em processo de regularização fundiária (FUNAI, 2017), sendo que parte das terras indígenas regularizadas ainda não se encontra na posse plena dos povos indígenas, ou seja, ainda não foi efetivada a retirada dos não índios da TI.

A principal reivindicação dos povos indígenas tem sido em torno de seus direitos territoriais, os quais podem ser compreendidos como os direitos às terras tradicionalmente ocupadas essenciais à sua sobrevivência física e cultural, ao acesso, uso e gestão de recursos naturais presentes em seus territórios, assim como o direito a serem consultados de modo livre, prévio e informado sobre atos que possam afetar a permanência em e a gestão de seus territórios.

Malgrado a importância, o direito a terem suas terras reconhecidas, demarcadas e protegidas tem sido constantemente violado. Os processos de demarcação demoram anos para ser concluídos, afetando de várias maneiras sua sobrevivência como um povo. Como exemplo, cita-se o Povo Xukuru, que aguarda a demarcação de suas terras há mais de duas décadas, cujo caso foi, recentemente, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O cenário previamente existente de ameaça aos direitos socioambientais indígenas (incluindo os territoriais) tem se agravado ainda mais. As centenas de propostas legislativas consideradas anti-indígenas que vêm tramitando no Congresso Nacional, as recentes manifestações do Executivo Federal, no sentido de impedir o reconhecimento das terras indígenas, e as interpretações judiciais que restringem os direitos desses povos (NÓBREGA, 2011) encontram hoje um momento político-econômico ainda mais desfavorável às pautas

3. A carta convocatória da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) para o Acampamento Terra Livre 2017, uma mobilização nacional indígena que ocorre todo ano em Brasília, traz elementos, a partir do olhar indígena, que auxiliam na melhor compreensão desse contexto. Para acessar a carta, ir em: <<https://mobilizacaonacionalindigena.wordpress.com/2017/03/20/convocatoria-acampamento-terra-livre-2017/>> Acesso em 10 de abr. 2017.

indígenas³. Assim, os Povos Indígenas, organizados nacionalmente, tem realizado ações reivindicativas e de resistência.

Dentre essas ações, citam-se as retomadas e as autodemarcações. Enquanto as retomadas são ocupações de parcelas das terras reconhecidas pelos indígenas como áreas tradicionais e que estão em posse de terceiros, as autodemarcações são estabelecimentos de limites fronteiros do território, englobando-o em sua totalidade, realizadas a partir do auto-organização indígena. As autodemarcações podem contar (ou não) com retomadas de terras. As duas ações são estratégias de luta por direitos territoriais, e são consideradas pelos povos que as praticam como legítimas na luta pela garantia e defesa de seus territórios. Lideranças indígenas no Ceará dizem que:

Quando nós vamos fazer uma ocupação dentro de uma área nós pegamos o nome de 'retomadas', porque a gente utiliza o nome de retomadas, porque de fato nós vamos retomar uma área que anteriormente esteve em nossa posse e que por questões políticas, de massacre, de expulsão de indígenas, nós perdemos essa posse e nós hoje nos vemos em condições de ocupação, vamos lá e ocupamos (*apud* MARTINS, 2011, p. 17).

As retomadas e autodemarcações ocorrem em contextos de longa demora em processos de demarcação oficial e, por vezes, coincidem como atos de resistências a ameaças territoriais e socioambientais iminentes, como será relatado mais abaixo no caso do Povo Munduruku. Essas práticas não são recentes, Lino Neves (2012, p. 571) indica que:

A primeira iniciativa de “auto-demarcação” foi realizada em 1983-1984 (...) próximo à fronteira entre o Estado do Acre e o Peru, pelos índios Kulina e Kaxinawá que começaram a abrir picadas na mata com a finalidade de assinalar linhas limítrofes de suas áreas de ocupação com o propósito de defender as suas terras contra a invasão dos brancos e de indicar para o Estado brasileiro a insatisfação contra a falta de iniciativas oficiais de demarcação.

Rocha (2017) dialoga com o dado apresentado por Lino Neves, afirmando que a primeira autodemarcação no Brasil teria acontecido em 1980 pelos Potyguara (Paraíba) que “abriram as picadas [na mata]” para delimitarem seu território, ainda que não tenham utilizado o termo autodemarcação. A primeira retomada indígena no Brasil, segundo Gomes (2015), teria ocorrido em 1978, pelos Kariri-Xokó em Alagoas. Ainda que tais dados mereçam uma investigação histórica mais minuciosa, eles exemplificam a ideia de que essas estratégias vêm sendo exercidas há décadas por diferentes povos indígenas no Brasil.

No recente cenário, ainda que não haja dados oficiais de estudos sobre as quantidades de

retomadas e autodemarcações em curso, 11 Povos já realizaram ou estão em processo de autodemarcação no Brasil, segundo Rocha (2017). Cada uma dessas autodemarcações e retomadas possuem contextos distintos e ocorrem em fases diferentes do processo de regularização fundiária de terras indígenas, previsto no Decreto nº 1.775/96.

Nesse contexto, o presente estudo se insere, visando, a partir dos casos dos Povos Munduruku e Tapeba, refletir sobre a possibilidade de as autodemarcações e as retomadas ser juridicamente defensáveis.

1. A Autodemarcação Munduruku⁴

Em 19 de abril de 2016, a Funai publicou no Diário Oficial da União (BRASIL, 2016, p. 33) os estudos de identificação e delimitação da Terra Indígena Sawré Muybu (Pará), aprovando as conclusões do relatório circunstanciado de autoria da antropóloga Bruna Cerqueira S. Seixas, reconhecendo a terra como de ocupação tradicional Munduruku. O relatório estava pronto desde 2013 e o tempo que separa a conclusão do relatório à sua publicação teria sido o motivo (indicado pelos Munduruku) do início da autodemarcação.

Desde 2001, os Munduruku de Sawé Muybu que vivem às margens do rio Tapajós, contavam com a promessa de regularização da TI por parte do governo federal. Diante da demora da publicação do relatório de 2013, em setembro de 2014, representantes do povo Munduruku tiveram uma reunião com a Funai, em Brasília, onde a então presidente do órgão indigenista disse que o relatório ainda não havia sido publicado por conta de interesses políticos e econômicos na região, que envolviam a construção da hidrelétrica São Luiz dos Tapajós⁵. A presidente da Funai se comprometeu a encontrar com representantes do povo Munduruku novamente para tratar da publicação, contudo, 9 dias depois da reunião pediu exoneração de seu cargo sem assinar a ordem de publicação.

Em outubro de 2014, a Justiça Federal de Itaituba (Pará) determinou que a Funai publicasse o relatório em 15 dias. Contudo, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região (órgão judiciário superior) suspendeu a ordem judicial justificando que não estaria caracterizada a urgência do pedido de publicação. E a Funai, na ocasião, alegou que não havia data prevista para a publicação do relatório, pois estaria priorizando outras regiões do Brasil (TORRES, 2016).

Contudo, a urgência da demarcação é melhor compreendida diante da possibilidade de implantação da Usina Hidroelétrica (UHE) de São Luiz dos Tapajós, o qual poderia impactar socioambientalmente diversas comunidades tradicionais, como ribeirinhos e pescadores, e está integrado ao projeto “Complexo Hidrelétrico do Tapajós”, que prevê a construção de 7 usinas no

4. Os fatos aqui apresentados foram, em geral, colhidos a partir de vídeos, clippings e cartas públicas realizadas pelo Povo Munduruku e parceiros, que podem ser encontrados no site “Autodemarcação nos Tapajós” Disponível em <<https://autodemarcacaonotapajos.wordpress.com/sobre/>> Acesso em 10 de abr. 2017.

5. A reunião foi gravada em vídeo por indígenas Munduruku o qual está disponível em <<https://vimeo.com/111974175>> Acesso em 10 de abr. 2017.

rio Tapajós e seus afluentes. Esse projeto tramita desde 2012 e não obedeceu a processo público de consulta (livre, prévia e informada) envolvendo populações tradicionais e o povo Munduruku, principais afetados pelo empreendimento. Destaque-se que os impactos da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, situado no Rio Xingu, já eram sentidos pelos povos indígenas, razão pela qual os Munduruku temiam que o mesmo ocorresse com o Complexo Hidrelétrico do Tapajós.

Caso a terra indígena fosse reconhecida, a hidrelétrica não poderia se realizar, pois este empreendimento previa o alagamento de parte da TI, e a Constituição Federal de 1988 proíbe a remoção de povos indígenas de suas áreas de ocupação tradicional, somente autorizando em casos excepcionais, assegurando-se sempre o retorno deles às suas terras de ocupação tradicional uma vez cessado o risco (art. 231, §5º, da Constituição Federal).

Diante desse contexto de demora no processo de regularização fundiária, aliada a ameaças de impactos socioambientais, em 17 de novembro de 2014, os Munduruku lançaram a I Carta de Autodemarkação do Território Daje Kapap Eypi (Sawré Muybu)⁶, onde declararam que a autodemarkação de seu território vinha sendo realizada há um mês:

Agora decretamos que não vamos esperar mais pelo governo. Agora decidimos fazer a autodemarkação, nós queremos que o governo respeite o nosso trabalho, respeite nossos antepassados, respeite nossa cultura, respeite nossa vida. Só paramos quando concluir o nosso trabalho.

Em 18 de novembro de 2014, Juarez Saw Munduruku, cacique da aldeia Sawré Muybu, gravou um vídeo onde afirma que a autodemarkação tem uma importância singular para as futuras gerações, tendo sido impulsionada a partir da demora da demarcação por parte do governo federal e pelas ameaças constantes de garimpeiros, madeireiros, palmiteiros e pela barragem (UHE São Luiz do Tapajós)⁷.

Assim, dialogando com resultados apresentados no Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Sawré Muybu (produzido por uma antropóloga com a participação do povo Munduruku), e a partir de sua própria auto-organização e reconhecimento territorial, o povo Munduruku passou a realizar a autodemarkação. Com o auxílio de GPS, mapas, e instrumentos passaram a percorrer seu território, abrindo picadas na mata, fincando placas e grafias em árvores como marcos identificadores de seus territórios em um processo que durou de 2014 a 2015. Em 2016, os Munduruku passaram a sinalizar os marcos

6. A carta está disponível em <<https://autodemarkacaonotapajos.wordpress.com/category/cartas/page/2/>> Acesso em 10 de abr. 2017.

7. O vídeo está disponível em <https://www.youtube.com/watch?time_continue=178&v=BE7xy1sHrF8> Acesso em 10 de abr. 2017.

8. Ver informação em vídeo disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=4SrYb6hGzLg>> Acesso em 10 de abr. 2017.

9. Vídeo disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=o8uUa1kqIOM>> Acesso em 10 de abr. 2017.

identificadores de seus territórios com placas semelhantes às utilizadas pelo governo federal a fim de evitar que madeireiros, garimpeiros e grileiros pudessem se aproximar da TI⁸.

No curso do processo de autodemarcação, os indígenas Munduruku declaram ter encontrado diversos “garimpos ilegais e focos de extração ilegal de madeira dentro dos limites da TI” (BOAVENTURA, 2016, p. 302). Em um dos vídeos onde registraram a autodemarcação, demonstram como se dá a ação ilegal de madeireiros⁹. Outro aspecto importante diz respeito aos riscos e privações enfrentados pelos Munduruku durante a autodemarcação, conforme descreveram Aranha e Mota em reportagem para a Agência Pública em 2014¹⁰.

Como resultado de um longo processo de luta, após a publicação do relatório pela Funai em abril de 2016, em agosto de 2016 o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA) arquivou o processo de licenciamento ambiental da hidrelétrica São Luiz dos Tapajós, considerando também que a Funai, em documento apresentado ao IBAMA, “aponta óbices legais e constitucionais ao licenciamento ambiental do empreendimento, em razão do componente indígena¹¹”. Contudo, o procedimento de regularização fundiária da terra indígena Sawré Muybu ainda está em curso e as tensões sociais e políticas em torno da construção do Complexo Hidrelétrico do Tapajós segue.

2. Os Tapeba no Ceará

A demanda dos indígenas Tapeba pela demarcação de seu território tradicional remonta a década de 1980, em meio a um cenário mais favorável ao reconhecimento dos direitos dos povos indígenas. O primeiro estudo visando à identificação e à delimitação de uma área de ocupação tradicional para os Tapeba foi elaborado em 1986, ainda em meio à legislação pré-Constituição de 1988. Em razão das reações de não índios, em julho de 1988, o referido levantamento foi arquivado pela Funai, sob o argumento de que eram necessários estudos mais aprofundados (TÓFOLI, 2009).

Estudos posteriores foram realizados por Grupos de Trabalho (GT) designados pela Funai, os quais, em 1997, foram aprovados pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria Declaratória nº 967/97. Entretanto, a Prefeitura de Caucaia, município onde se encontra a TI Tapeba, entrou com uma ação judicial no Superior Tribunal de Justiça (STJ), afirmando que a citada Portaria era inválida, uma vez que ela se baseou em estudos que não contaram com a participação do município.

Em que pese a legislação à época não exigir a participação de representantes dos estados

10. ARANHA, Ana; MOTA, Jéssica. A batalha pela fronteira Munduruku. Agência Pública, 2014. Disponível em <<http://apublica.org/2014/12/batalha-pela-fronteira-munduruku/>> Acesso em 10 abr. 2017.

11. O despacho do IBAMA que arquiva esse processo de licenciamento ambiental está disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2016/arquivamento.pdf>> Acesso em 10 de abr. 2017.

e dos municípios nos trabalhos de identificação e delimitação de Terras Indígenas, reconhecendo que esses estudos tem natureza eminentemente técnica, o processo de demarcação da Terra Indígena foi anulado pelos Ministros do STJ, a partir de entendimento jurisprudencial contrário aos direitos dos povos indígenas.

Em 2003, foi constituído novo Grupo de Trabalho (GT) pela Funai para fins de identificação e delimitação da Terra Indígena Tapeba. O resultado dos trabalhos foi aprovado pelo Presidente da Funai em 2006. Novamente, o Município de Caucaia entrou com uma ação judicial no STJ, entendendo que a Funai estaria desobedecendo a decisão anterior daquele Tribunal, por não ter novamente incluído o município de Caucaia no Grupo de Trabalho. O STJ concordou com esse entendimento e mesmo sem previsão legal, anulou a portaria que criou o Grupo de Trabalho, bem como os atos praticados pelo GT.

Assim, em 2010, a Funai constituiu novo GT, incluindo representantes do Estado do Ceará e do Município de Caucaia. Em 2013, o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Tapeba, elaborado pelo GT de 2010, foi aprovado pela Presidência da Funai e publicado no Diário Oficial da União.

Pelo histórico documental narrado acima, destacam-se as inúmeras dificuldades enfrentadas pelo Povo Tapeba para o reconhecimento de seus direitos territoriais. Tais dificuldades decorrem, inclusive, das dificuldades de compreensão, por parte do Poder Judiciário, da legislação específica que rege os direitos dos povos indígenas no país, o que tem tornado o processo de regularização fundiária da Terra Indígena Tapeba um dos mais morosos do país.

O resultado desse longo processo é um território bastante recortado fisicamente, como é prova o mapa da delimitação publicado no Diário Oficial da União em 2013¹². Parte do território originário foi perdida em virtude da expansão da cidade de Caucaia e da especulação imobiliária, gerando uma pressão territorial considerável às áreas utilizadas pelos indígenas. Áreas de mata e de reservas naturais como areia e arisco foram densamente degradadas.

Nesse contexto, compreende-se que o fato de ter havido a identificação e a delimitação da Terra Indígena Tapeba não significou o fim da longa espera dos Tapeba por ver a sua TI regularizada. O resultado dessa saga ainda permanece imprevisível, já que o processo, conforme previsto na legislação, ainda tem inúmeras fases a serem vencidas.

Em paralelo a esses marcos históricos e judiciais, a luta do povo Tapeba pela demarcação do seu território tradicional segue viva. Nesses mais de 30 anos desde as primeiras reivindicações fundiárias, foram realizadas inúmeras retomadas, ainda que lideranças tenham sido assassinadas e outras permaneçam até hoje ameaçadas de morte.

A compreensão das lideranças indígenas Tapeba é de que as retomadas foram essenciais não só para impulsionar o processo de demarcação da Terra Indígena, mas também assegurar a

O mapa citado encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=27/08/2013&jornal=1&pagina=73&totalArquivos=128>.

posse plena de parcelas do território indígena, essenciais para garantir moradia, áreas de plantio, indispensáveis à reprodução física e cultural desse povo, dentre outros. Para Ana Lúcia Tófoli (2009, p. 223), “as 'retomadas de terras', iniciadas em meados da década de 1990, têm sido a forma encontrada pelo grupo para manter o controle de parte do seu território”. De acordo com levantamento realizado pela autora, os Tapeba já efetivaram retomadas em diferentes áreas que integram a territorialidade indígena, com motivações e objetivos diversos, retomando áreas para construção de espaços de lazer, educação (escolas), moradia, plantio, acesso a recursos naturais, dentre outros (*Ibid*, p. 224).

As retomadas entre os Tapeba, portanto, tem constituído em um importante modo de luta pelo território, servindo também como meio de pressão para que órgãos governamentais ajam em razão do conflito instalado, impulsionando as diversas etapas do processo de demarcação da Terra Indígena. Ao mesmo tempo, as retomadas, assim como as autodemarcações, têm sido questionadas política e juridicamente, como se demonstrará a seguir.

3. O processo de demarcação de Terras Indígenas no Brasil – um longo caminho para a efetivação de um direito

A promulgação da Constituição de 1988, no Brasil, inaugurou novos tempos para os povos indígenas no país, tendo reconhecido o seu direito a uma identidade coletiva própria, respeitando sua especificidade étnico-cultural a partir do reconhecimento de direitos diferenciados (LEITÃO, 1993). A Constituição marcou, assim, uma reviravolta do ser índio na sociedade brasileira: de indivíduo e grupo estigmatizado, passaram a ser vistos, ao menos pelo texto constitucional, como coletividades importantes para a formação da sociedade brasileira.

Nesse contexto, a Constituição previu dispositivos específicos para garantia dos direitos indígenas no Estado brasileiro, rompendo com a lógica assimilacionista e integracionista, afirmando a condição do Brasil de Estado de Direito Democrático e Pluriétnico (BRITO, 2008). Dentre esses dispositivos constitucionais, merece destaque o art. 231, que assegura os direitos dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas.

O conceito constitucional de terras tradicionalmente ocupadas não se restringe às terras nas quais os índios estabelecem suas casas, não está restrito à noção de aldeias que pressupõe uma inamovibilidade das famílias, englobando as terras utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar das populações indígenas e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Nesse sentido, embora não expresse, trata-se de direito ao território, conceito o qual pressupõe a mobilidade e a dinamicidade do uso e da ocupação da terra pelos indígenas.

Destacamos que as terras tradicionalmente ocupadas, conforme definido na Constituição, não equivalem a terras imemorais (SILVA, 1993). Tal compreensão ganha força sobretudo em áreas de colonização antiga, como, por exemplo, no nordeste brasileiro, onde

processos de territorialização e fluxos migratórios, causados pela colonização e por políticas assimilacionistas praticadas pelas agências indigenistas oficiais no início do século XX (OLIVEIRA, 2004), levaram os povos indígenas a exercer a posse em áreas restritas de seus antigos territórios, e a estabelecer novas relações étnico-culturais de territorialidades.

O elemento central escolhido pela Constituição não foi a circunstância temporal, portanto, mas uma circunstância modal: o modo tradicional como esses povos utilizam, ocupam, produzem, significam e ressignificam a terra, constituindo-a em um território. Para essa caracterização tradicional, a referência são as próprias definições indígenas, já que a relação com o território se dá “segundo seus usos, costumes e tradições” (art. 231, Constituição Federal de 1988).

Pelo modelo desenhado na Constituição, as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas são propriedade da União Federal (nos termos do art. 20, inciso XI, CF/88), sendo destinadas à posse permanente dos índios, a quem cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes. Contudo, sempre que uma comunidade indígena possuir direitos originários sobre uma determinada área, nos termos do §1º do Artigo 231 da CF, o poder público terá a atribuição (o poder-dever) de identificá-la e delimitá-la, de realizar a demarcação física dos seus limites, de registrá-la em cartórios de registro de imóveis e protegê-la contra qualquer tipo de turbação ou esbulho. É dever do Estado, através da União, promover a regularização fundiária das Terras Indígenas.

A terra, para os povos indígenas, não é um objeto que serve meramente à sustentação econômica ou à especulação financeira, em uma lógica estritamente produtivista. A terra é um complexo sistema vital no qual se inter-relacionam seres espirituais, rios, árvores, animais, seres humanos¹³. Assim, toda a área utilizada pelos índios em qualquer manifestação cultural, os locais a eles místicos, os cemitérios, os aldeamentos, os locais de caça, pesca e cultivo, os caminhos e passagens, ou seja, todas as atividades de manutenção de sua organização cultural, social e econômica é que constitui processos de significação da terra como um território e determina a posse de terras e os limites do território indígena (BARBOSA, 2001). Tais processos são diversos, assim como são diversos os povos indígenas no Brasil e suas compreensões,

13. Ilustrando tal afirmação, cita-se o exemplo do povo indígena Anacé, que ocupam tradicionalmente uma terra situada nos Municípios de São Gonçalo do Amarante e Caucaia, região metropolitana de Fortaleza. Nos anos em que Luciana Nóbrega (coautora do presente artigo) vem assessorando esse grupo étnico na luta pela demarcação de seu território, pôde constatar que a relação dos Anacé com os seus ancestrais é entretecida com a relação que eles mantêm com o território que ocupam: uma relação permeada pelo sagrado. Segundo Antonio Freire de Andrade, Anacé de Matões, em entrevista ao jornal Porantim, os índios que morreram na luta se encantaram e assim “surgiu a corrente dos encantados que vai do Gregório ao Morro do Sirica. Passa por cima do Jirau, Baixa das Carnaúbas, Baixa da Almeixa e aí 'brenha' na mata. Quem tiver força e poder de receber, é só passar por baixo. Eles dão força, ajuda” (PICANÇO, Marcy. **A luta do povo Anacé em meio ao complexo industrial do CE**. Jornal Porantim, dezembro de 2006, p. 6). A corrente dos encantados, portanto, tem uma materialidade geográfica, física. Não se trata de uma construção apenas metafórica, mas essas linhas, esses encantados estão, para os Anacé, fisicamente encravados no território por eles reivindicado.

significações e relações territoriais.

É por essa razão que no processo de demarcação, a consulta e a participação ativa, em todas as fases, do povo indígena cujo território será demarcado é absolutamente necessária porque, como aponta Carlos Frederico Marés (2009), a Constituição subordina o conceito de terras indígenas aos usos, costumes e tradições do povo que a habita.

Por fim, é preciso destacar que a demarcação das terras indígenas não visaria à definição de quem é índio. O papel do Grupo de Trabalho constituído pela Funai não seria o de definir se o grupo étnico é ou não indígena. O critério vigente no Brasil para essa definição está consubstanciado no art. 1º. da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, qual seja, o da auto-definição. É, portanto, a consciência da identidade indígena ou tribal que define o grupo étnico como indígena ou não. Assim, o papel do antropólogo, de acordo com Viveiros de Castro (2006), não é definir quem é índio, já que essa é uma pergunta jurídica, “um problema posto e resolvido pelo Estado”, mas sim “criar condições teóricas e políticas para permitir que as comunidades interessadas articulem sua indianidade”.

E qual seria o papel do Direito, ou melhor dizendo, do sistema jurídico? Outros aspectos ainda mais delicados emergem desse debate jurídico, quais sejam: as retomadas e autodemarcações são estratégias somente políticas ou se podem ser juridicamente defensáveis? E quem deve determinar os direitos territoriais indígenas, o Estado de modo unilateral, os Povos Indígenas, ou essa é uma negociação dialógica compartilhada? E se assim é o último caso, quais os termos desse compartilhamento?

O ato administrativo de demarcação do território indígena tem natureza meramente declaratória. Isto significa que o Estado apenas reconhece os direitos dos povos indígenas à terra que tradicionalmente ocupam. O caráter declaratório do procedimento de demarcação de terras indígenas é reflexo do caráter originário do direito desses povos ao território, competindo ao Estado apenas reconhecê-los e não constituí-los. Não se trata, pois, de constituir tal direito com a demarcação, ele preexiste e se legitima independentemente do reconhecimento oficial (BARROS LEITÃO, 1993).

Nessa ordem de ideias, não seria a demarcação que criaria qualquer direito indígena, conforme José Afonso da Silva, “os direitos dos índios sobre essas terras independem de demarcação. Esta é constitucionalmente exigida no interesse dos índios. É uma atividade da União não em prejuízo dos índios, mas para proteger seus direitos e interesses” (SILVA, 2016, p. 871). O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) diz que “o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, [...] independe de sua demarcação” (art. 25).

Logo, pode-se afirmar que o direito dos índios às terras que tradicionalmente ocupam independe do processo de demarcação que visa, apenas, a conferir segurança jurídica no sentido de fixar os contornos territoriais. A defesa desses territórios protegidos constitucionalmente seria possível, desse modo, ainda que não ultimado o processo de demarcação. Assim, a

autodemarcação Munduruku e as retomadas Tapeba, ainda que sejam estratégias políticas de luta por direitos territoriais, podem também ser protegidas juridicamente, como atos legais e legítimos. Importante destacar, como afirmam Carolina Mota e Bianca Galafassi (2009, p. 124), a demarcação, por si só, já é um elemento estranho às sociedades indígenas:

Limites territoriais apenas materializam regras de um ordenamento a eles [aos índios] infligido – ordenamento este que repousa sobre a noção de propriedade, também alheia à cosmologia indígena. Aceitar que tais limites sejam definidos segundo os critérios dos próprios índios, permitindo que eles participem das decisões que também lhes dizem respeito, é o mínimo que uma sociedade plural [...] pode fazer.

Quando a Constituição de 1988 reconheceu aos povos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e, antes disso, a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições desses povos, a Constituição reconheceu a imersão dos povos indígenas em culturas distintas daquela (“ocidental”) que, por exemplo, se revela no próprio texto constitucional, sendo o direito originário dos índios sobre as suas terras decorrência desse reconhecimento, objetivando, portanto, garantir a sobrevivência coletiva desses povos, sendo essa a finalidade última da regularização fundiária das terras indígenas.

A Constituição promoveu, desse modo, duas aberturas: **uma abertura em si** – reconhecendo que seu guarda-chuva normativo não enquadra a totalidade da diversidade brasileira, havendo, paralelamente a ela e de forma articulada, outros guarda-chuvas normativos, os quais compõem, inclusive, a realidade sociojurídica dos povos indígenas brasileiros; **uma abertura para além de si** – sendo um guarda-chuva paralelo, mas articulado. Isso significa que, para que haja a plenitude da concretização constitucional do art. 231, abre-se um flanco de possibilidades impensáveis na racionalidade moderna ocidental de se adotar mecanismos e normas mais favoráveis aos povos indígenas, em razão da precedência do direito originário frente a outros direitos.

Por óbvio que tais interpretações constitucionais não são pacíficas e uníssonas, havendo quem considere que a demarcação de terras indígenas no Brasil visa a atender interesses estrangeiros. Nessa linha, registramos a opinião de Paulo Bonavides: “a demarcação das reservas indígenas, ocorrendo mediante sub-reptícia pressão internacional, [...] não corresponde aos interesses do nosso índio [...]. Essa demarcação desde muito deixou de ser uma questão de proteção ao silvícola para se converter numa grave ameaça à integridade nacional” (BONAVIDES, 2002, p. 183).

Isso demonstra que as disposições da Constituição de 1988 disputam espaço com compreensões sobre a questão indígena que se baseiam em fundamentos anteriores ao advento do texto constitucional. Os índios como ameaças à integridade nacional, seriam tão ingênuos

(“silvícolas”) e desprovidos de qualquer reflexão crítica que seus interesses não seriam seus, mas sim de grupos internacionais, ou ainda, os índios seriam inferiores na escala evolutiva, atrasados e pré-históricos. Essas são qualificações que vigoravam no modelo integracionista e assimilacionista do Estado brasileiro, um modelo baseado em uma ideia de evolucionismo cultural, superado tanto no âmbito jurídico quanto nos estudos antropológicos contemporâneos.

A convivência entre o paradigma assegurado pelo constituinte de 1988 e essas visões acerca dos povos indígenas no Brasil torna o campo da concretização de direitos uma tarefa bastante árdua para os povos indígenas, que tem buscado, nas autodemarcações e nas retomadas, um mecanismo relevante para fazer valer os seus direitos.

Conclusão

Diante da demora injustificável no andamento dos processos de regularização fundiária das Terras Indígenas no Brasil, motivada não só pelo número de fases do processo e de sua complexidade, mas principalmente pelos interesses políticos e econômicos que disputam, com os povos indígenas, os territórios tradicionalmente ocupados, os indígenas têm tomado para si a tarefa de proteger esses territórios e efetivar os seus direitos constitucionalmente assegurados.

Os conflitos territoriais associados a conflitos socioambientais vêm se intensificando no Brasil, em contextos políticos e econômicos cada vez menos favoráveis à concretização de direitos relacionados aos povos indígenas. Uma vez demarcada uma terra indígena, esta sai do mercado de terras, ficando afetada a uma finalidade constitucional que a torna inegociável, inacessível à comercialização e à produção de *commodities* e ao extrativismo em larga escala. Nesse contexto, a morosidade do Estado tem uma finalidade precípua, em detrimento à efetivação dos direitos dos indígenas no Brasil.

Assim, as retomadas e autodemarcações desenvolvidas pelos povos indígenas para fazer valer o seu direito fundamental às terras tradicionalmente ocupadas decorrem da necessidade de resguardar e proteger o seu modo de vida, o que tem expressão nos territórios por eles reivindicados. Tanto as autodemarcações quanto as retomadas têm garantido um espaço de vivência para os povos indígenas enquanto o Estado brasileiro vai deixando de efetivar o direito fundamental desses povos às terras tradicionalmente ocupadas.

São, portanto, as retomadas e auto-demarcações medidas que se justificam em uma perspectiva intercultural, insurgente e crítica do Direito, em que o reconhecimento dos usos, costumes e tradições dos povos indígenas se opera a partir de atos impulsionados pelos próprios povos indígenas. É a partir da atuação concreta desses povos que os seus direitos saem de um plano da mera previsão normativa para a concretude da vida, o plano da efetividade.

Embora não haja uma norma expressa que garanta o direito dos indígenas à autodemarcação e às retomadas, é inegável que a adoção desses mecanismos pelos povos parte de um direito geral de resistência. Isso porque ante a demora ou a ineficiência do Estado, é preciso

garantir a vida. No entanto, mais do que direito geral de resistência, compreendemos que, no caso dos povos indígenas, há um direito de *(re)existência*, ou seja, o direito de continuar sendo indígenas e de existir, o que só faz sentido quando há um território sobre qual os povos indígenas articulam relações históricas, simbólicas e culturais. Quando a disputa se dá sobre o fundamento da vida desses povos, o caminho apontado por eles tem sido o da ação e não mais o do silenciamento.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Ana; MOTA, Jéssica. A batalha pela fronteira Mundukuru. Agência Pública, 2014. Disponível em <<http://apublica.org/2014/12/batalha-pela-fronteira-munduruku/>> Acesso em 10 abr. 2017.

AUTODEMARCAÇÃO nos Tapajós. Guerreiras <Munduruku fazem um filme da autodemarcação. Autodemarcação nos tapajós, 2015. Disponível em <<https://autodemarcacao-notapajos.wordpress.com/2015/09/15/guerreiras-munduruku-fazem-um-filme-da-autodemarcacao/>> Acesso em 10 de abr. 2017.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade/FAPESP, 2001.

BOAVENTURA, Luis de Camões Lima. Usina Hidrelétrica de São Luiz dos Tapajós e o alagamento da Terra Indígena Mundukuru Daje Kapap E'Ipi e o soterramento da Constituição Federal de 1988: In: FERNANDES, Daniela et al., **Ocekadi: Hidroelétricas, Conflitos Socioambientais e Resistência na Bacia dos Tapajós**. Brasília: Internacional Rivers Brasil; Santarém: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal da Universidade Federal do Oeste do Pará, 2016, p. 302. Disponível em <http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/2016/Ocekadi-livro/tapajos_Ocekadi.pdf#page=377> Acesso em 10 de abr. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Resumo do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Sawré Muybu. Diário Oficial da União N 74, Brasília, 19 de abr. 2016. Seção 1, p. 33. Disponível em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=19/04/2016&jornal=1&pagina=33&totalArquivos=84>> Acesso em 10 de abr. 2017.

BRITO, Antônio José Guimarães. Etnicidade, alteridade e tolerância. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. “No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é”. Entrevista à equipe do ISA. In: **Povos Indígenas no Brasil: 2001/2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

ENTREVISTA de Sassá Tupinambá para Gabriel Brito do Correio da Cidadania. 'Para os índios, só resta retomar as terras por conta própria', 2015. Disponível em <<http://www.correiocidadania>

.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10726:mancheteretomadas300415&catid=63:brasil-nas-ruas&Itemid=200> Acesso em 10 de abr. 2017.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Fases do Processo Administrativo. Disponível em <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>> Acesso em 10 de abr. 2017.

GOMES, Geilson. A retomada do povo indígena Kariri Xokó. Povos Indígenas no Brasil ISA, 2015. Disponível em <<https://pib.socioambiental.org/pt/noticias?id=151268>> Acesso em 10 de abr. de 2017.

HARARI, Isabel; NAKAMURA, Rafael. Indígenas ocupam Esplanada e avaliam resposta do governo como “tímida”. Reportagem originalmente publicada na Carta Maior. Alice News, 2015. Disponível em <<http://alice.ces.uc.pt/news/?p=4441>> Acesso em 10 de abr. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Caderno Temático: Populações Indígenas**. IBGE, 2016. Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/340857515/Atlas-Nacional-Digital-Ibge-Caderno-Tematico-Indigenas-Atualizacao-2016>> Acesso em 10 de abr. 2017.

LEITÃO, Ana Valéria. Araújo. Direitos Culturais dos Povos Indígenas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI/Fabris, 1993.

BARROS LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena – a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE / Núcleo de Direitos Indígenas, 1993.

MARTINS, Martha Priscylla M. J. **Direito(s) e(m) Movimento(s):** Assessoria Jurídica Popular a Movimentos Populares Organizados em torno do Direito à Terra e ao Território em Meio Rural no Ceará. Mestrado em Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2011.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo; GONGORA, Majoi Fávero; MARTINS, Renato; PATEO, Rogério Duarte do. (Org.). **Makunaima grita!** Terra indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2009.

NEVES, Lino João de Oliveira. **Volta ao Começo:** Demarcação Emancipatória de Terras Indígenas no Brasil. Tese. Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012.

NÓBREGA. Luciana Nogueira. “**Anna Pata, Anna Yan – Nossa terra, Nossa Mãe**”: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. Mestrado em Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2011.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos territoriais. In: OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). **A viagem da volta:** etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena. 2. ed. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2004.

PICANÇO, Marcy. **A luta do povo Anacé em meio ao complexo industrial do CE**. Jornal

Porantim, dezembro de 2006.

ROCHA, Deyvisson Felipe Batista. Um panorama da autodemarcação no Brasil. **Revista Sures**, p. 132-144, fev. 2017, p. 6. Disponível em <<https://revistas.unila.edu.br/sures/article/viewFile/651/527>> Acesso em 10 de abr. 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE/Núcleo dos Direitos Indígenas, 1993.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

TÓFOLI, Ana Lúcia Farah. Retomadas de Terras Tapeba: entre a afirmação étnica, os descaminhos da demarcação territorial e o controle dos espaços. In: PALITOT, Estêvão Martins (Org.). **Na mata do sabiá: contribuições sobre a presença indígena no Ceará**. Fortaleza: Secult/Museu do Ceará/IMOPEC, 2009.

TORRES, Mauricio. Um Rio de Muita Gente: A luta comum de vidas plurais no vale do alto Tapajós. In: FERNANDES, Daniela et al., **Ocekadi: Hidroelétricas, Conflitos Socioambientais e Resistência na Bacia dos Tapajós**. Brasília: Internacional Rivers Brasil; Santarém: Programa de Antropologia e Arqueologia da Universidade Federal do Oeste do Pará, 2016, p. 20. Disponível em <http://philip.inpa.gov.br/publ_livres/2016/Ocekadi-livro/tapajos_Ocekadi.pdf#page=377> Acesso em 10 de abr. 2017.

**INCORPORAÇÃO DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL:
ANÁLISE DO VALOR ATRIBUÍDO ÀS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS E
SEUS EFEITOS NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

**INCORPORATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES IN BRAZIL: ANALYSIS OF
THE VALUE ATTRIBUTED TO HUMAN RIGHTS NORMS AND THEIR EFFECTS
ON CONVENTIONALITY CONTROL**

Filipe Augusto Silva¹
Deilton Ribeiro Brasil²

RESUMO: Pretende-se discorrer sobre as duas principais correntes que tratam sobre o valor atribuído aos tratados internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro bem como a finalidade deste controle inserido através da redação do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição de 1988 é a observância quando da produção normativa doméstica dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos ratificado pelo Brasil aprovados pelo quorum especial, esses tratados ou convenções serão equivalentes a emendas constitucionais, desse modo não poderão ser modificados pelo fato de se tornarem normas fundamentais. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método indutivo.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1988; Incorporação de Tratados de Direitos Humanos; Artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal; Controle de Convencionalidade.

ABSTRACT: It is intended to discuss the two main currents that deal with the value attributed to the international human rights treaties incorporated into the Brazilian legal system as well as The purpose of this control, inserted through the paragraph 3 in article 5 of the Federal Constitution of 1988 is the observance domestic production of the Treaties and Conventions International Convention on Human Rights ratified by Brazil. From this approved by the special quorum, such treaties or conventions shall be shall be equivalent to constitutional amendments, so that they cannot be modified by the fact that they became fundamental norms. The research nature is theoretical and bibliographical following the inductive method.

1. Mestre em Direito pelo PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna-MG. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9613-2646>.

2. Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho/RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE). ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7268-8009>.

Keywords: Federal Constitution of 1988; Incorporation of Human Rights Treaties; Article 5, §§ 2 and 3 of the Federal Constitution; Conventionality Control.

SUMÁRIO: Introdução. 2. Incorporação de tratados de direitos humanos no Brasil: análise dos dois principais entendimentos sobre o tema. 3. Fundamentos convencionais e jurisprudenciais do controle de convencionalidade e sua importância na proteção dos direitos humanos. 3.1 Controle de convencionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1.1 Diferenças entre equivalência e status de norma constitucional e seus efeitos no controle de convencionalidade. 3.2 Ampliação protetiva dos direitos humanos como objetivo-guia do entendimento a ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Duas dentre as disposições constitucionais mais importantes presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontram-se plasmadas em seu artigo 5º, mais especificamente nos §§ 2º e 3º deste último. Referidas normas tratam sobre a incorporação de tratados internacionais, inclusive daqueles que veiculam matéria de Direitos Humanos, ao ordenamento jurídico brasileiro, procedimento este indispensável no âmbito de uma nação democrática que preza pela garantia e proteção dos direitos mais fundamentais de toda a humanidade.

Ocorre que, no tocante ao valor atribuído às normas de direitos humanos presentes em tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, há uma divergência doutrinária, consubstanciada em dois entendimentos principais, um deles atualmente adotado pelo STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/São Paulo.

Dentro dessa temática, o presente artigo busca analisar qual dos dois entendimentos confere mais segurança e proteção aos Direitos Humanos em âmbito nacional, e quais os efeitos que tais entendimentos provocam no exercício do Controle de Convencionalidade, procedimento este indispensável ao controle de normas internas em face dos tratados internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

O método utilizado para a realização do trabalho foi o indutivo com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento nas perspectivas legal e ambiental sobre o tema sobre os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico que aprovados pelo quorum qualificado de 3/5, esses tratados ou convenções serão equivalentes a emendas constitucionais, desse modo não poderão ser modificados pelo fato de se tornarem normas fundamentais, ou seja, cláusulas pétreas, assim como previsto no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Ao possibilitar a equivalência de emendas constitucionais, cabe analisar se quando da produção normativa infraconstitucional, o controle de convencionalidade é observado como

parâmetro de controle normativo nacional. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram essencialmente a pesquisa bibliográfica.

O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico.

A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

2 INCORPORAÇÃO DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ANÁLISE DOS DOIS PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS SOBRE O TEMA

O estudo da incorporação de Tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro implica na necessidade da análise conjunta dos §§2º e 3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

O artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, localizado no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) sob o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) desta última, aduz que:

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

Para Cançado Trindade, o disposto em referida norma constitucional:

[...] se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de

modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. (CANÇADO TRINDADE, 1996).

Também nesse mesmo sentido, Mazzuoli (2015, p. 419-420) afirma que é possível se inferir da interpretação *a contrario sensu* deste § 2º, que a Constituição Federal acolhe os Tratados de Direitos humanos com índole e nível de normas constitucionais. Ou seja:

Com base neste dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”. (MAZZUOLI, 2016, p. 82-83).

No entanto, esse entendimento de atribuição de *status* de norma constitucional aos Tratados de Direitos Humanos não era livre de controvérsias na jurisprudência pátria, o que levou à adoção da Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004), que acrescentou um §3º ao artigo 5º da Constituição Federal. Neste sentido:

3. O dispositivo [artigo 5º, §2º] claramente incorpora os tratados internacionais ao conjunto dos direitos fundamentais. Entretanto, ainda existem debates sobre a formalidade constitucional desses instrumentos. A doutrina defende um *status* hierárquico constitucional, o que o Supremo Tribunal Federal não aceitou até o advento da Emenda Constitucional 45/2004. *Materialmente*, parece inegável

que os direitos humanos reconhecidos por tratados internacionais integram o núcleo de direitos fundamentais, do que se extrai do dispositivo transcrito. Foi nesse sentido que se posicionou o professor e juiz Cançado Trindade, proponente desse dispositivo perante a Assembleia Nacional Constituinte, segundo quem entender o contrário tornaria o § 2º do artigo 5º inócuo e sem efetividade, contrariando o princípio da máxima eficácia da Constituição.

4. A definição de qual norma deve prevalecer, interna ou internacional, não se baseia na superioridade hierárquica, mas na superioridade substancial. Em outras palavras, deve prevalecer aquela norma que conferir a proteção mais ampla ao ser humano; claro está que os direitos humanos constituem pilares substantivos do sistema constitucional, reforçando-o, complementando-o e densificando-o.

5. No entanto, se a interpretação constitucional que vinha sendo realizada pelo Supremo Tribunal Federal negava a incorporação com a devida força aos tratados internacionais, somou-se a ela a criticada Emenda Constitucional nº 45, de 2004, para muitos um retrocesso porque adicionou ao artigo 5º da Constituição Federal (CF) o § 3º [...]. (CALDAS, 2013, p. 397).

Referido parágrafo 3º preconiza que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Em outras palavras, caso um tratado que veicule matéria de Direitos Humanos seja aprovado nos termos do artigo 5º, §3º, ele será *equivalente* as emendas constitucionais, deixando de ter “apenas” o *status* de norma constitucional já garantido pelo § 2º.

A distinção entre possuir *status* de norma constitucional e ser *equivalente* à mesma é importante: no primeiro caso, o tratado de Direitos Humanos integra o bloco de constitucionalidade *material*, mas não o *formal*, da Constituição pátria, sendo que seus efeitos têm uma amplitude *menor* daqueles produzidos pelo tratado em situação de *equivalência*. Nesta, por sua vez, o tratado de Direitos Humanos integra *material* e *formalmente* o bloco de constitucionalidade, detendo, assim, efeitos de *maior* amplitude (MAZZUOLI, 2016, p. 106).

Sobre a amplitude de tais efeitos:

Quais são esses efeitos *mais amplos* em se atribuir a tais tratados *equivalência de emenda* (art. 5º, § 3º) para além do seu *status* de norma constitucional (art. 5º, § 2º)? São três os efeitos:

- 1) eles passarão a *reformular* a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional;
- 2) eles não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com Projeto de Denúncia

elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento dessa regra (o que não é possível fazer – responsabilizar o chefe de Estado – tendo os tratados somente *status* de norma constitucional); e

3) eles serão paradigma do controle *concentrado* de convencionalidade, podendo servir de fundamento para que os legitimados do art. 103 da Constituição (v.g., o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB etc.) proponham no STF as ações do controle abstrato (ADI, ADECON, ADPF etc.) a fim de invalidar *erga omnes* as normas domésticas com eles incompatíveis (MAZZUOLI, 2016, p.107).

Se a incorporação deste dispositivo ao artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), tinha como escopo a pacificação da matéria em âmbito doutrinário e jurisprudencial, a mesma não foi bem-sucedida. Na realidade surgiram novas indagações como, por exemplo, como ficaria a situação normativa dos Tratados de Direitos Humanos que não fossem aprovados nos termos definidos pelo § 3º, ou que fossem anteriores ao mesmo, o que é o caso da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Foi somente em 03/12/2008, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/São Paulo (STF, 2008) pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que houve a pacificação jurisprudencial das questões envolvendo os artigos 5º, §2º e 3º da Constituição Federal. Nesta decisão paradigmática atribuiu-se aos Tratados de Direitos Humanos, não aprovados nos termos do §3º, valor normativo superior aos das leis ordinárias, sendo que duas correntes se encontravam em discussão: uma capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, que defendia o valor supralegal de referidos tratados, e a outra pelo Ministro Celso de Mello, que sustentava o valor constitucional dos mesmos. A primeira corrente venceu por cinco votos a quatro (GOMES; MAZZUOLI, 2009). Sobre esta decisão:

A emblemática decisão do STF no RE 466.343, em 2008, deveras foi resultado da influência da EC nº 45/2004. No citado julgamento, a Corte brasileira modificou seu posicionamento acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos não acobertados pelo quórum legislativo do § 3º do art. 5º da CRFB/1988, os quais passaram do *status* de lei ordinária para o de “norma supralegal”. O caso em questão tratava da análise da prisão civil por dívida – a Constituição admitia a prisão por dívida do depositário infiel e do devedor de alimentos. Contudo, o Pacto de San José da Costa Rica não previa a prisão por dívida do depositário infiel, havendo uma incompatibilidade entre os textos normativos. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status*

supralegal. Como a prisão civil do depositário infiel depende de lei para sua aplicabilidade (eficácia limitada), qualquer norma regulamentadora nesse sentido seria considerada inconvenção, e, portanto, inválida. Ademais, cabe destacar que outros ministros, seguindo o entendimento do Min. Celso de Mello, posicionaram-se pelo *status* constitucional dos tratados de direitos humanos recepcionados pelo Brasil, sem necessidade do quórum legislativo. Assim, a mudança de entendimento da Suprema Corte brasileira representa uma quebra do paradigma do Judiciário como um sistema fechado, em que as fontes jurídicas domésticas e internacionais anulam-se em caso de conflito. A resistência dos juízes e tribunais nacionais em exercer o controle de convencionalidade e aplicar os tratados e convenções internacionais de direitos humanos não é um problema meramente dogmático, mas um óbice comportamental e cultural da magistratura brasileira, que reluta às transformações dinâmicas da sociedade globalizada, apegando-se ao conservadorismo hermético que, demasiadas vezes, inviabiliza a efetivação de direitos e liberdades. (CHAVES; SOUSA, 2016, p.109).

No tocante aos Tratados Internacionais comuns, ou seja, que não veiculam matéria de Direitos Humanos, a jurisprudência atual do STF considera que os mesmos possuem *status* meramente legal (SALDANHA; VIEIRA, 2013, p. 446), não servindo, desta forma, de parâmetro para os controles de convencionalidade ou supralegalidade.

Para Mazzuoli, todo e qualquer tratado de Direitos Humanos possui *status* de norma constitucional, independentemente, portanto, de aprovação nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição Federal (MAZZUOLI, 2016, p. 180), não compartilhando, portanto, do entendimento esposado pelo STF.

Por fim, em relação aos Tratados Internacionais comuns, Mazzuoli acredita que os mesmos possuem caráter supralegal, estando, desta maneira, acima de leis infraconstitucionais, porém abaixo de normas constitucionais (MAZZUOLI, 2016, p. 126). Antes de se adentrar na análise do papel exercido pelo Controle de Convencionalidade na proteção dos Direitos Humanos em âmbito nacional, é necessário que, primeiramente, se compreenda seu conceito e fundamentos.

3 FUNDAMENTOS CONVENCIONAIS E JURISPRUDENCIAIS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA IMPORTÂNCIA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Controle de Convencionalidade das Leis consiste na “[...] compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em

vigor no Estado [...]” (MAZZUOLI, 2016, p. 39). Referido controle possui como justificativa de existência os artigos 26 (*Pacta sunt servanda*) e 27 (Direito interno e observância de tratados) da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, que assim preconizam:

Artigo 26. *Pacta sunt servanda*

Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. (ONU, 1969).

No continente americano, a obrigação dos Estados em exercer o Controle de Convencionalidade advém da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais especificamente de seus artigos 1º e 2º, *in verbis*:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (OEA, 1969).

Portanto, o Controle de Convencionalidade pode ser realizado em dois âmbitos: no nacional e no internacional, sendo que, neste último, o Controle é exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, através da análise de casos concretos, o que permite a exclusão de disposições legais contrárias à Convenção Americana, como ocorreu, por exemplo, com leis de anistia, declaradas incompatíveis com as obrigações impostas por dita Convenção. Já no âmbito interno, referido Controle é exercido por agentes estatais e, principalmente, por operadores da justiça, como advogados, juízes e promotores, ao se analisar a compatibilização de

normas internas com a Convenção Americana (ROJAS, 2013, p. 491-492).

Essa obrigação em se exercer o Controle de Convencionalidade deve ser encarada com seriedade e cumprida com diligência, tendo em vista que, uma das finalidades deste controle, é justamente escudar o Estado de potenciais demandas perante a jurisdição internacional por descumprimento ou violação de acordos ou tratados internacionais (CAVALLO, 2013, p.723-724).

Porém, a obrigação em se exercer o Controle de Convencionalidade não advém somente da Convenção Americana, decorrendo também da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerada a intérprete máxima de dita Convenção. Em suas decisões, a Corte tem procurado assegurar que o Controle de Convencionalidade seja exercido de maneira adequada pelos Estados-Parte da Convenção, “[...] atribuindo aos juízes desses Estados a obrigação *primária* de compatibilização das normas internas com os mandamentos dos instrumentos internacionais de direitos humanos de que o Estado é parte.” (MAZZUOLI, 2016, p. 40).

Diz-se obrigação *primária*, pois os juízes dos tribunais internos devem exercer o Controle de Convencionalidade *antes* que o caso chegue à Corte, possuindo esta, portanto, competência *subsidiária*. Por isso o artigo 46, inciso 1, alínea “a” da Convenção Americana, exige o esgotamento dos recursos da jurisdição interna (HITTERS, 2009, p. 119). *In verbis*:

Artigo 46

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; [...]. (OEA, 1969).

Referida regra de esgotamento de recursos internos, existe em benefício dos próprios Estados, uma vez que tem como escopo, impedir que os mesmos sejam acionados perante um Tribunal Internacional, antes de ter lhes sido oferecida a oportunidade de lidar com o problema, através de seus próprios procedimentos, previstos em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Avançando, a primeira vez que a denominação “Controle de Convencionalidade” apareceu na jurisprudência contenciosa da Corte, foi no caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*³. Anteriormente, o juiz Sergio García Ramírez, nos casos *Myrna Mack Chang Vs.*

3. O professor e militante do Partido Comunista do Chile, Luis Alfredo Almonacid Arellano, no dia 16/09/1973, foi detido e alvejado por carabineiros (polícia militar do Chile) enquanto saía de casa com sua família, falecendo no dia seguinte. O crime ocorreu no contexto do regime militar que derrubou o governo do então presidente chileno Salvador Allende em 1973. Alguns anos depois do ocorrido, em 1978, foi adotado o Decreto-Lei nº 2.191, que concedeu anistia aos crimes praticados entre os anos de 1973 e 1978, sendo que, devido a este decreto, a investigação do homicídio do Sr. Arellano não foi realizada adequadamente e as autoridades responsáveis ficaram impunes.

Guatemala e Tibi Vs. Ecuador, procedeu a uma aproximação conceitual do Controle de Convencionalidade realizado no âmbito interamericano, e no âmbito interno dos Estados. No entanto, foi no caso de Almonacid Arellano que a Corte efetivamente definiu os principais elementos de referido controle (CIDH, 2015, p. 4). Aduz trecho da sentença que:

124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas aos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo⁴. (CIDH, 2006, p.53).

Mais tarde, na sentença do caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru⁵, datada de 24/11/2006, foi afirmado pela Corte que o Controle de Convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, com base em suas respectivas competências e regulamento processuais correspondentes, deveria ser exercido pelos juízes e, em geral, pelos órgãos do Poder Judiciário, de maneira *ex officio* (de ofício), e não somente quando houvesse iniciativa das Partes para tanto, da mesma maneira que se procede no âmbito do Controle de Constitucionalidade (GARCÍA, 2016, p.66). O parágrafo 128 de referida sentença prega que:

128. Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias a suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de

4. Tradução nossa.

5. Em 06/11/1992, 1.110 funcionários do Congresso da República do Peru foram demitidos com base no Decreto-Lei nº 25640 de julho de 1992, que havia autorizado a execução de um processo de racionalização do pessoal que trabalhava no Congresso. Inconformados, 257 indivíduos apresentaram uma série de recursos administrativos para combater o ato, porém, não obtiveram êxito.

6. Tradução nossa.

constitucionalidade, mas também “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente com base em suas respectivas competências e regulamentos processuais correspondentes. Esta função não deve ser limitada exclusivamente pelas manifestações ou atos dos demandantes em cada caso concreto, nem tampouco implica que esse controle deva sempre ser exercido sem se considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência desse tipo de ação. (CIDH, 2006a, p.47).

No entanto, cumpre-se advertir que o exercício do Controle de Convencionalidade não deve ser realizado de maneira mecânica, através da simples sobreposição de uma norma internacional sobre uma norma interna. Ou seja, além deste cotejo analítico, é requerido do magistrado o conhecimento do conteúdo da norma-paradigma do controle, bem como da interpretação que a Corte Interamericana possui sobre a mesma (MAZZUOLI, 2016, p. 40). Desta forma, há:

[...] duas técnicas de controle conjugadas: aquela que leva em consideração somente o texto do tratado paradigma e a que acresce a interpretação (acaso existente) que dele faz a Corte Interamericana, à luz de sua jurisprudência constante e dos padrões internacionais aplicáveis ao respectivo tema. Não havendo interpretação da norma já realizada pela corte regional, deverá o juiz postar-se no lugar de juiz *internacional* para, à luz dos princípios do direito internacional dos direitos humanos, especialmente do princípio *pro homine* ou *pro persona*, proferir a sentença. O juiz doméstico há de ser, assim, *proativo* na implementação (interpretação + aplicação) dos tratados de direitos humanos em vigor no Estado, rechaçando *ex officio* qualquer interpretação – como se juiz internacional fosse – contrária aos objetivos e à finalidade desses tratados; deve, ademais, conhecer o *espírito* do sistema internacional (global e regional) de proteção dos direitos humanos, seus princípios e diretrizes. [...]. Tudo o que não pode o Poder Judiciário fazer é deixar de aplicar a normativa internacional de proteção a pretexto de não a conhecer ou de não ter familiaridade com os seus mandamentos. (MAZZUOLI, 2016, p. 41).

A Corte Interamericana continuou a evoluir a técnica do Controle de Convencionalidade em suas decisões, aperfeiçoando as suas características. Em decisão datada de 26/11/2010, no caso *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*⁷, a Corte ratificou entendimentos anteriores, bem como introduziu novos aspectos a referido controle. O parágrafo 225 de dita sentença preconiza o seguinte:

225. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que está ciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por isso, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado é Parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos seus órgãos, incluindo seus juízes, também estão submetidos àquela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim. Os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis possuem a obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente com base em suas respectivas competências e regulamentos processuais correspondentes. Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo⁸. (CIDH, 2010, p.86).

Percebe-se, pelo trecho transcrito (CIDH, 2010, p. 86), que a Corte ampliou os sujeitos incumbidos de exercer o Controle de Convencionalidade *ex officio* no âmbito interno, quando a mesma faz referência, além dos juízes, aos “órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis”. Desta forma, todo órgão que exerça jurisdição dentro do Estado, o que inclui, por óbvio, “[...] os tribunais constitucionais, os órgãos que exerçam jurisdição eleitoral, e a todo juiz especial que estabeleça o ordenamento jurídico nacional, além dos juízes ordinários de todas as instâncias, devem exercer o controle de convencionalidade [...]”⁹. (ALCALÁ, 2012, p.1176).

Note-se também que, referida sentença (CIDH, 2010, p.86), afirma a obrigação dos Estados e órgãos da administração de justiça “[...] de exercer *ex officio* o 'controle de convencionalidade' entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente com base em suas respectivas competências e regulamentos processuais correspondentes. [...]”, sem apontar qualquer exceção, muito pelo contrário, tal controle deve ser adequado às competências e regulamentos processuais presentes em cada Estado. Ou seja, mesmo que num determinado contexto interno não seja possível que os juízes exerçam o Controle de Constitucionalidade, isto

7. Em 02/05/1999, os Srs. Montiel Flores e Cabrera García foram detidos na comunidade que viviam pelo 40º Batalhão de Infantaria do Exército Mexicano que se encontrava realizando uma operação contra outras pessoas. Ambos ficaram detidos por dois dias, quando então foram transferidos para as instalações do 40º Batalhão de Infantaria, onde foram espancados e maltratados. Após algum tempo, alguns membros do Exército denunciaram os Srs. Flores e García pela prática dos crimes de porte de arma de fogo de uso exclusivo das Forças Militares e de plantio de papoula e maconha, dando início à investigação criminal. Em 28/08/2000 o Sr. García foi condenado à pena de seis anos e oito meses de prisão e o Sr. Flores à pena de dez anos de prisão. Os mesmos recorreram e a sentença foi parcialmente modificada em seu benefício, sendo que, em 2001, ambos obtiveram o direito de cumprir suas penas em seus domicílios por causa de seu estado de saúde.

8. Tradução nossa.

9. Tradução nossa.

não é desculpa para não exercer o de Convencionalidade, devendo-se encontrar uma maneira legal de se fazê-lo.

Portanto, quando dita sentença afirma que o Controle de Convencionalidade deve ser exercido com base nas competências e regulamentos processuais presentes em cada Estado, referido trecho deve ser entendido como uma forma de “gradação” da intensidade do mesmo, e não de escusa para seu exercício (MAC-GREGOR, 2011, p. 577). Isto, pois:

[...] este tipo de controle não implica necessariamente em se optar por aplicar a normativa ou jurisprudência convencional e deixar de aplicar a nacional, mas também, e em primeiro lugar, se trata de harmonizar a normativa interna com a convencional, através de uma “interpretação convencional” da norma nacional. Assim, nos chamados sistemas “difusos” de controle de constitucionalidade onde todos os juízes têm competência para deixar de aplicar uma lei ao caso concreto por contrariar a Constituição nacional, o grau de “controle de convencionalidade” possui maior alcance, uma vez que todos os juízes nacionais têm a atribuição de não aplicar a norma inconveniente [...]. Esta hipótese representa um grau intermediário de “controle”, que operará somente se não existir uma possível “interpretação conforme” da normatividade nacional com o Pacto de San José (de seus protocolos adicionais ou de algum outro tratado internacional [...]) e da jurisprudência convencional. Através desta “interpretação conforme” se salva a “convencionalidade” da norma interna. O grau de intensidade máximo do “controle de convencionalidade” pode ser realizado pelas altas jurisdições constitucionais (normalmente os últimos intérpretes constitucionais em um determinado sistema jurídico) que geralmente também têm a faculdade de declarar a invalidade da norma inconstitucional com efeitos *erga omnes*. Trata-se de uma declaração geral de invalidez pela inconveniente da norma nacional. Ao contrário, o grau de intensidade do “controle difuso de convencionalidade” diminuirá naqueles sistemas onde não se permite o “controle difuso de constitucionalidade” e, portanto, nem todos os juízes têm a faculdade de deixar de aplicar uma lei ao caso concreto [...]. Nestes casos é evidente que os juízes que carecem de tal competência, exercerão o “controle difuso de convencionalidade” com menor intensidade, *sem que isso signifique que não possam realizá-lo*, “com base em suas respectivas competências”. Isto implica que não poderão deixar de aplicar a norma (ao não possuir esse poder), devendo, em todo caso, realizar uma “interpretação convencional” da mesma, ou seja, fazer uma “interpretação conforme”, não só da Constituição nacional, mas também

da CADH e da jurisprudência convencional. Esta interpretação requer uma atividade criativa para conseguir a compatibilidade da norma nacional conforme o parâmetro convencional e assim alcançar a efetividade do direito ou liberdade em questão, com o maior alcance possível nos termos do princípio *pro homine*¹⁰.(MAC-GREGOR, 2011, p. 577-578).

O caso *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México* ainda guarda mais uma peculiaridade: foi a primeira vez que um Estado suscitou uma exceção preliminar de competência da Corte alegando ter aplicado, de maneira devida, o Controle de Convencionalidade em sua jurisdição interna. O México levantou referida exceção afirmando que não cabia à Corte averiguar se os tribunais nacionais haviam aplicado corretamente o direito interno, ou se a sentença proferida fora equivocada ou injusta. Ainda, de acordo com tal país, deveria ser verificado somente se o processo criminal havia seguido os princípios da garantia e proteção judicial consagrados na Convenção Americana, ou se existia algum erro judicial que, comprovadamente, se traduzia numa grave injustiça. Em outras palavras, o México alegou que, no caso em comento, se buscava rever algo já decidido por tribunais domésticos, apesar de ter se exercido, efetivamente, o Controle de Convencionalidade *ex officio* (RIVAS, 2012, p.111).

Frente a essas alegações, a Corte afirmou que a ela compete averiguar se os procedimentos realizados pelos órgãos judiciais no âmbito interno violam ou não obrigações internacionais assumidas pelo Estado, sendo competente, portanto, para analisar a compatibilidade dos mesmos com a Convenção Americana. A partir desse raciocínio, a Corte observou que a preliminar de exceção de competência apresentada pelo México, tinha como ponto de partida a alegação de que não havia ocorrido nenhuma violação de direitos humanos, quando era, justamente isto, o que iria ser analisado no mérito do caso, restando negada, desta forma, a preliminar suscitada. Destarte, a alegação de aplicação do Controle de Convencionalidade por um Estado, não se constitui em uma exceção preliminar idônea, que possa afetar a competência da Corte Interamericana, para se pronunciar em relação ao mérito da questão, bem como para analisar as supostas violações de Direitos Humanos contidas no caso concreto (RIVAS, 2012, p. 111-112).

Outra sentença paradigmática da Corte Interamericana em relação ao Controle de Convencionalidade, é a do caso *Gelman Vs. Uruguai*¹¹, datada de 24/02/2011, na qual ficou decidido que o Controle de Convencionalidade deveria ser exercido, não somente pelo Poder Judicial, mas por qualquer agente público, o que engloba, portanto, aqueles agentes dos Poderes

10. Tradução nossa

11. No dia 24/08/1976, María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, grávida, e seu marido Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, foram detidos em sua casa em Buenos Aires por forças militares uruguaias e argentinas, e conduzidos a um centro de detenção clandestino, onde ficaram juntos por alguns dias, sendo separados posteriormente. O Sr. Gelman foi torturado e morto em 1976. Já a Sra, Casinelli foi levada clandestinamente para Montevideu por

Executivo e Legislativo. Assim, preconiza o parágrafo 239 de referida sentença:

239. A simples existência de um regime democrático não garante, *per se*, o permanente respeito do Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual foi assim considerado inclusive pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados feitos ou atos numa sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substantivas, motivo pelo qual, particularmente em casos de graves violações às normas do Direito Internacional dos Direitos, a proteção dos direitos humanos constitui um limite infranqueável à regra das maiorias, isto é, à esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade” [...], que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não somente do Poder Judiciário¹². (CIDH, 2011, p.69/70).

No entanto, ainda nesse contexto, alerta-se que as consequências da análise de compatibilização das normas internas com a CADH:

[...] dependem das funções de cada agente estatal e, portanto, isso não implica necessariamente o poder de expulsar normas do sistema interno. Um modelo predeterminado de controle de constitucionalidade ou convencionalidade não poderia ser imposto pela Corte IDH. Esclarecido isto, podemos afirmar que o que estão obrigados a fazer os juízes e todos os funcionários do Estado é interpretar as normas internas de forma tal que sejam compatíveis com as obrigações internacionais do Estado e que deem efetividade aos direitos consagrados interna e internacionalmente, seja por meio de preferência da norma internacional, mediante um exercício hermenêutico, ou por outros meios que possa estabelecer o direito interno¹³. (ROJAS, 2013, p.492).

autoridades uruguaias, onde deu a luz à sua filha, que lhe foi tomada no final de dezembro de 1976. No dia 14/01/1977, a menina foi deixada na porta de um casal uruguaia que a adotou, registrando-a como sua filha. Em 31/03/2000, a menina, batizada como María Macarena Tauriño, já com vinte três anos, entrou em contato pela primeira vez com seu avô paterno, Juan Gelman, submetendo-se a um exame de DNA para comprovar seu parentesco com a família Gelman, o que resultou em uma identificação positiva. Tendo em vista a “Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado”, aprovada pelo Uruguai em 22/12/1986, que concedia anistia aos crimes praticados durante o regime militar, os acontecimentos descritos nunca foram investigados ou punidos por referido país.

12. Tradução nossa.

13. Tradução nossa.

Avançando, cumpre-se discorrer sobre alguns aspectos técnicos do Controle de Convencionalidade. Este é exercido, conforme visto, através da compatibilização de normas internas com instrumentos normativos internacionais de Direitos Humanos. Ao conjunto dessas normas internacionais dá-se o nome de “Bloco de Convencionalidade *lato sensu*”. Em outras palavras:

Todo o *corpus* formal (tratados e costumes) e jurisprudencial *lato sensu* (sentenças e opiniões consultivas) presente em determinado entorno geográfico integra aquilo que se nomina “bloco de convencionalidade”, que deve servir de paradigma e referencial ético a juízes e tribunais nacionais quando do exercício de compatibilização das normas domésticas com as do sistema internacional (global e regional) de proteção dos direitos humanos. (MAZZUOLI, 2016, p. 60-61).

Outra questão diz respeito aos efeitos produzidos pelo Controle de Convencionalidade. No exercício deste, caso uma norma seja incompatível com algum instrumento normativo de Direitos Humanos, a mesma será considerada *inconvenional*. Referida “inconvenionalidade” ou “anticonvenionalidade” da norma causa sua invalidez, uma vez que a mesma carece de efeitos jurídicos desde o seu começo, produzindo um dever judicial concreto de inaplicação de dita norma.

Por fim, cabe-se transcrever a seguinte observação sobre o Controle de Convencionalidade:

A doutrina do controle de convencionalidade desenvolvida pela Corte IDH é, definitivamente, um conceito que não se encontra isento de controvérsia e de críticos. Igualmente, deve-se destacar que é um conceito híbrido que combina elementos tanto do Direito Constitucional como do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esta particularidade faz com que o controle de convencionalidade tenha a virtude ou defeito (depende do ponto de vista) de não contar com várias características que possuem outras figuras jurídicas nestes ramos do direito, que em última análise acabaram se convertendo em dogmas inamovíveis. O controle de convencionalidade, como uma doutrina emergente, em muitas ocasiões se colide com estes dogmas já estabelecidos, uma vez que não é uma figura que responda [...] aos convencionalismos jurídicos tradicionais.

Assim, são várias peculiaridades que podemos encontrar em torno do controle de convencionalidade. Em primeiro lugar, há que se apontar que o controle de convencionalidade não possui uma fundamentação teórica própria e

prévia à sua criação e implementação por parte da Corte IDH. Em segundo lugar, o seu próprio caráter expansivo evidencia que não possui definitividade e exaustividade em seus postulados, uma vez que o conceito de controle de convencionalidade é essencialmente um conceito em evolução, o que significa que a última palavra ainda não foi dita, tanto a nível internacional, como nacional. Em terceiro lugar, o conceito de controle de convencionalidade é evidentemente um conceito controvertido, inclusive entre os seus criadores, acadêmicos e outros tribunais nacionais, já que o seu desenvolvimento não foi vertical, unipessoal ou concentrado (quando, por exemplo, uma única fonte autorizada o define e o limita), e sim tem tido um desenvolvimento horizontal, democrático e, sobretudo, plural, desenvolvido na lógica do que se denomina um “constitucionalismo multinível¹⁴”. (MOLLER, 2013).

Assim, pode-se afirmar que, a declaração da inconvenção de uma norma, produz efeitos *ex tunc* (retroativos) para a solução do litígio em que se apresenta, sendo tal norma considerada inexistente (SAGUËS, 2010, p.127/128).

3.1 Controle de convencionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro

O estudo do *status* hierárquico dos Tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, com base no que preconiza o artigo 5º, § 2º e 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é essencial para a plena compreensão do modelo de Controle de Convencionalidade brasileiro, especialmente no tocante às espécies de controle existentes, a saber, o difuso e o concentrado (MAZZUOLI, 2016, p. 79-80).

Nesse sentido, conforme visto, o STF entende que os Tratados de Direitos Humanos aprovados nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição Federal, equivalem às emendas constitucionais, servindo de parâmetro para o controle *concentrado* de convencionalidade. Caso contrário, tais tratados terão caráter supralegal, o que significa que poderão ser utilizados no controle difuso de convencionalidade (ou de supralegalidade). Em se tratando de tratados comuns, o controle a ser exercido será o de legalidade, uma vez que possuem *status* de norma infraconstitucional.

Por outro lado, ao se considerar que existem diferenças entre Tratados de Direitos Humanos com *equivalência* de norma constitucional, daqueles com *status* de norma constitucional, isto gera efeitos significativos na maneira através da qual é exercido o controle de

14. Tradução nossa.

Convencionalidade. Tendo em vista a complexidade e importância de tais efeitos, far-se-á análise em tópico próprio deste tema.

3.1.1 Diferenças entre equivalência e status de norma constitucional e seus efeitos no controle de convencionalidade

Conforme visto, ao se diferenciar os Tratados de Direitos Humanos com *status* de norma constitucional daqueles *equivalentes* às mesmas, uma das consequências desta distinção é justamente que, neste último caso, é possível que o tratado, aprovado nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sirva como paradigma para a realização do controle *concentrado* de convencionalidade (equivalente ao controle concentrado de constitucionalidade realizado pelos legitimados descritos no artigo 103 da Constituição), uma vez que, além ser *materialmente* constitucional, também o é *formalmente*. Obviamente que, tais tratados com *equivalência* às emendas constitucionais, também poderão servir de paradigma para o exercício do controle *difuso* de convencionalidade (MAZZUOLI, 2016, p. 189).

No primeiro caso, quando o tratado possui “apenas” *status* de norma constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade *material*, Mazzuoli entende que o mesmo servirá como parâmetro somente para o exercício do controle *difuso* de convencionalidade (exercido nos moldes do controle difuso de constitucionalidade, ou seja, realizado por todos os juízes e tribunais domésticos diante do caso concreto). É nesta situação que começa a se perceber a divergência com a visão do STF sobre o tema.

Ademais, o STF considera como sinônimos os institutos do controle *difuso* de convencionalidade e do controle de suprallegalidade, ou seja, quando algum tratado de Direitos Humanos é utilizado como paradigma para o exercício do controle das normas internas, tal procedimento poderá ser chamado tanto de controle *difuso* de convencionalidade como de controle de suprallegalidade, indistintamente.

Mazzuoli reserva o termo “controle de convencionalidade” (*difuso* ou *concentrado*), para as situações que envolverem tratados de Direitos Humanos servindo de parâmetro para o controle. Em relação ao “controle de suprallegalidade”, este é empregado para os casos onde se tem como paradigma – para o exercício do controle – os tratados comuns, que não veiculam matéria de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2016, p. 126). Daí constata-se outra divergência sobre o assunto: enquanto Mazzuoli considera que os tratados comuns possuem *status* suprallegal no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal os considera no mesmo patamar que as normas infraconstitucionais. Assim:

É de boa técnica precisar o significado das expressões “constitucionalidade”, “convencionalidade”, “suprallegalidade” e “legalidade” de acordo com a hierarquia que elas guardam no nosso sistema jurídico. Assim, os controles de

“constitucionalidade” e “convencionalidade” dizem respeito à compatibilidade das normas do ordenamento interno com a Constituição e com os tratados de direitos humanos, respectivamente. À expressão “controle de convencionalidade” fica reservada – repita-se – a compatibilidade das normas de direito interno com os tratados internacionais *de direitos humanos*, por terem eles índole e nível de normas constitucionais (lembrando sempre que tal controle pode ser *difuso* ou *concentrado*, nos moldes já estudados). Já o controle *de supralegalidade* seria o exercício de controle que tem como paradigma os tratados internacionais *comuns*, que guardam nível de norma *supralegal* no Brasil. E, por último, o controle de *legalidade* em sentido estrito seria o realizado tendo como paradigma as *leis* ordinárias (ou complementares), que estão abaixo dos tratados internacionais comuns na hierarquia das normas do direito brasileiro; este último caso seria o relativo à compatibilização de um *decreto* em face de uma *lei* ordinária, por exemplo. (MAZZUOLI, 2016, p. 203).

Estudados os fundamentos do Controle de Convencionalidade, passa-se agora à análise de qual entendimento, dos dois expostos, oferece maior segurança e proteção aos Direitos Humanos, dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 Ampliação protetiva dos direitos humanos como objetivo-guia do entendimento a ser adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro

A incorporação dos Tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro exerce um papel crucial na proteção de referidos Direitos, uma vez que, conforme visto influencia no modo que o Controle de Convencionalidade é exercido, ou seja, define suas características e limites.

O entendimento atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal determina que normas de Direitos Humanos previstos em tratados anteriores a Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como naqueles que não são aprovados segundo o quórum previsto no artigo 5º, §3º da Constituição Federal, sejam consideradas como supralegais, ou seja, em patamar inferior às normas constitucionais. Assim, segundo esta visão, caso o Brasil passe a fazer parte de um tratado de Direitos Humanos não aprovado com equivalência de emendas constitucionais, que veicule normas mais benéficas daquelas preconizadas na Constituição, esta última prevalecerá, visto que hierarquicamente superior.

A adoção deste entendimento pelo Supremo Tribunal Federal gera problemas de várias ordens. Um deles é a criação de patamares de tratamento diferentes para normas que veiculam conteúdos de mesma natureza (MAZZUOLI, 2016, p. 156-157). Por exemplo, por que as normas

de Direitos Humanos contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) merecem receber tratamento normativo inferior do que aquelas presentes na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)? Isto acaba por diminuir a proteção conferida aos Direitos Humanos no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, além de gerar uma situação permanente de incongruência legislativa.

Outro problema é a possível violação pelo Brasil da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, mais especificamente seus artigos 26 e 27. Neste sentido:

O que se extrai do enunciado do art. 26 da Convenção é que a obrigação de respeitar os tratados é um princípio necessário do direito internacional; necessário porque, sem ele, a segurança das relações entre os povos e a paz internacional seriam impossíveis. Além do mais, a referência à *boa-fé* demonstra a premência de uma convivência harmoniosa entre os Estados, o que não seria possível sem o cumprimento das normas nascidas do seio da sociedade internacional. Cumprir o tratado de *boa-fé* significa que os sujeitos devem agir de modo a que os objetivos perseguidos pelo tratado possam ser satisfeitos [...].

Em suma, o que fez o art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi consagrar, de maneira expressa, o próprio *fundamento jurídico* dos tratados internacionais, segundo o qual a obrigação de respeitá-los repousa na consciência e nos sentimentos de justiça internacionais. Sendo os tratados a fonte mais importante do direito internacional contemporâneo, o seu respeito por parte dos Estados configura a base necessária para a pacificação mundial e para a consequente organização política e internacional do planeta.

Na medida em que “todo tratado em vigor *obriga* as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”, seu descumprimento acarreta a responsabilidade do Estado no âmbito internacional. Nada de diferente existe no que tange à aplicação dos tratados de direitos humanos paradigmas do controle de convencionalidade; seu descumprimento acarreta para o Estado infrator a responsabilidade internacional [...].

Para além do art. 26 da Convenção de Viena de 1969, há também a disposição do seu art. 27, segundo o qual “[u]ma parte não pode invocar as disposições de seu Direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. É dizer, no que tange ao direito internacional público positivo, a obrigação de cumprir os tratados de boa-fé vige apesar de qualquer disposição a *contrario sensu* do Direito interno. [...].

Nada além do que se acabou de dizer é necessário para justificar o controle de convencionalidade, que, em última análise, compõe o mosaico de obrigações

que o Estado tem [...] de adaptar as normas internas aos comandos (mais benéficos) dos tratados de direitos humanos ratificados e em vigor.

Se o exercício de adaptação do direito interno ao direito internacional, tal como previsto pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é imposição da ordem internacional dentro da qual se insere o Estado, com muito maior razão (e legitimidade) há de ter lugar quando em causa um tratado de direitos humanos, que é tratado *especial* relativamente aos demais instrumentos (comuns) em vigor no Estado. (MAZZUOLI, 2016, p. 65-67).

Ademais, esse tipo de entendimento acaba por desconsiderar a aplicação do princípio interpretativo *pro homine* – que prega que a norma veiculadora de direitos humanos que mais proteja os direitos do indivíduo deve prevalecer sobre outra de hierarquia igual, inferior ou superior (GOMES; MAZZUOLI, 2009) - assegurando-se, desta forma, a proteção mais ampla possível ao indivíduo.

Porém, ao adotar-se o entendimento de que todos os Tratados de Direitos Humanos incorporados pelo Brasil possuem, pelo menos, *status* de norma constitucional, tais problemas desaparecem, o que acaba por conferir uma maior segurança e proteção às normas de Direitos Humanos no Brasil.

Dessa maneira, todos os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil poderiam servir de parâmetro para o exercício do Controle de Convencionalidade da totalidade das normas presentes no ordenamento jurídico pátrio, criando-se um sistema de controle normativo muito mais amplo que aquele advindo do entendimento adotado atualmente. Enquanto que, na visão do STF, as normas de Direitos Humanos presentes na CADH podem servir como parâmetro somente para o exercício do Controle de suprallegalidade, ou seja, de normas abaixo da Constituição, pelo outro entendimento, tais normas poderiam servir como parâmetro de Controle de Convencionalidade pela via difusa, englobando todo o quadro normativo pátrio.

Portanto, pelas razões expostas, há de se reconhecer a necessidade premente de mudança de entendimento pelo STF no tocante ao valor atribuído às normas de Direitos Humanos incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio. Tal mudança conferiria uma maior proteção aos Direitos Humanos no Brasil, bem como traria uma maior coesão normativa ao sistema interno brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em toda a análise realizada verifica-se que há a necessidade imediata de mudança de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao valor atribuído às normas de Direitos Humanos incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, visto que a visão atualmente adotada produz uma situação de incongruência normativa constante, limitando a

proteção de tais direitos, além de criar o risco de descumprimento, no plano internacional, das obrigações assumidas pelo Brasil, que estão elencadas na Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados.

Portanto, a adoção do entendimento que atribui valor constitucional a todo e qualquer tratado de Direitos Humanos em âmbito interno deve ser implementada, o que possibilitará uma ampliação protetiva e um controle mais eficiente e coeso da legislação brasileira, através do exercício do Controle de Convencionalidade que, conforme visto, desempenha um papel fundamental na proteção de tais direitos, tendo em vista que visa compatibilizar verticalmente as normas internas com os instrumentos normativos internacionais de Direitos Humanos (especialmente os tratados), dos quais os Estados fazem parte.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los Desafíos del Control de Convencionalidad del *Corpus Iuris* Interamericano para las Jurisdicciones Nacionales. In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, 2012, ano XLV, nº135, p. 1167-1220.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01 nov. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45 de 30/12/2004**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em 01 nov. 2019.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil. In: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Bogotá, 2013, ano XIX, p. 393-415.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos**. Artigo publicado na data de 12/06/1996 e disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em 01 nov. 2019.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado. In: **Revista Direito GV**. São Paulo, 2013, vol. 9, nº 2, p. 721-754.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O Controle de Convencionalidade e a Autoanálise do Poder Judiciário Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, 2016, vol. 61, nº 1, p. 87–113.

CIDH (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS). **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile – Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em 01 nov. 2019.

CIDH (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS) **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México – Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)**. Disponível em <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM1.pdf>. Acesso em 01 nov. 2019.

CIDH (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS) **Caso Gelman Vs. Uruguay – Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones)**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em 01 nov. 2019.

CIDH (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS) (2006a) **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú – Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em 01 nov. 2019.

CIDH (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS). **Caso Ximenes Lopes versus Brasil (Demanda nº 12.237 de 01/10/2004)**. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/>. Acesso em 01 nov. 2019.

CIDH (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS). **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 7: Control de Convencionalidad**. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>. Acesso em 01 nov. 2019.

GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Teoría del Control de Convencionalidad. In: **Estudios Constitucionales**. Talca, 2016, ano 14, nº1, p. 61-94.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução**. Artigo publicado na data de 27/05/2009 e disponível em <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1110801/constituicao-brasileira-e-os-tratados-de-direitos-humanos-conflito-e-criterio-de-solucao>. Acesso em: 01 nov. 2019.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). In: **Estudios Constitucionales**. Talca, 2009, vol.7, nº 2, p.109-128.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. In: **Estudios Constitucionales**. Talca, 2011, ano 9, nº 2, p. 531-622.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOLLER, Carlos María Pelayo. **El surgimiento y desarrollo de la doctrina de “Control de Convencionalidad” y sus implicaciones en el Estado Constitucional**. Artigo publicado na data de 04/06/2013 e disponível em http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_impli

caciones.shtml. Acesso em 01 nov. 2019.

OEA (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (22/11/1969)**. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 01 nov. 2019.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (23/05/1969)**. Disponível em <https://neccint.wordpress.com/legislacao-internacional/>. Acesso em 01 nov. 2019.

RIVAS, Juana María Ibáñez. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuário de Direitos Humanos**. Santiago, 2012, nº 8, p.103-113.

ROJAS, Claudio Nash. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Bogotá, 2013, ano XIX, p. 489-509.

SAGÜES, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. In: **Estudios Constitucionales**. Talca, 2010, ano 8, nº1, p. 117-136.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Controle jurisdicional de convencionalidade e reenvio prejudicial interamericano: Um diálogo de ferramentas processuais em favor da efetivação do direito internacional dos direitos humanos. In: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Bogotá, 2013, ano XIX, p. 435-466.

STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). **Recurso Extraordinário 466.343-1/São Paulo (03/12/2008)**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em 01 nov. 2019.

METODOLOGIA JURÍDICA: A TÉCNICA INVESTIGATIVA DO ESTUDO DE CASO

Fernando Goya Maldonado¹

RESUMO: O texto metodologia jurídica: a técnica investigativa do estudo de caso possui dois objetivos centrais. O primeiro é apresentar a estratégia de pesquisa do estudo de caso de uma forma didática que venha a estimular pesquisa sociojurídicas e o segundo é apresentar a técnica aplicada a uma investigação concreta. Sob essas prerrogativas, propõe-se com a publicação contribuir para o campo metodológico da pesquisa na área das ciências jurídicas e sociais.

Palavras-chave: metodologia, estudo de caso, pesquisa empírica, direito

ABSTRACT: The text legal methodology: the investigative technique of the case study has two central objectives. The first is to present the research strategy of the case study in a didactic way that will stimulate socio-legal research and the second is to present the technique applied to a concrete investigation. Under these prerogatives, the publication proposes to contribute to the methodological field of research in the area of legal and social sciences.

Keyword: methodology, case study, empirical research, law

Introdução

Não há uma definição hermética de quais conteúdos devem substanciar o escopo de uma introdução de artigo científico. Costumeiramente, a parte inicial de uma publicação acadêmica dispõe os temas que serão versados no transcorrer das páginas seguintes, bem como promove uma noção dos motivos que levam o autor a proceder à publicação.

Nesse sentido, a presente introdução aborda ambos os pontos – introdução dos temas e justificativa. Com relação à justificativa da temática, um dos argumentos consiste na importância de se ter uma metodologia compatível aos projetos investigativos nas ciências sóciojurídicas, motivo pelo qual se deve sempre estimular publicações que auxiliem os pesquisadores a estruturar suas definições metodológicas. Também se entende como relevante a perspectiva de que o estudo de caso é uma estratégia de pesquisa empírica capaz de alcançar dados que outras técnicas não permitem, mesmo ainda sendo muito pouco utilizada nas ciências jurídicas e sociais. Por fim, uma das motivações do presente texto é também apresentar a técnica do estudo de campo aplicado a uma investigação específica, referência muito pouco usual nos estudos sociojurídicos.

Sob esse objetivo, divide-se o artigo em sete subcapítulos: (i) a escolha da estratégia de pesquisa que faz referência as definições de escolhas das técnicas metodológicas; (ii) definições conceituais do estudo de caso que promove uma marco teórico-analítico da metodologia; (iii) o

1. Doutor pela Universidade de Coimbra; Mestre pelo Instituto Internacional de Sociologia do Direito de Oñati e Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais de UFRGS.

estudo de caso aplicado a uma pesquisa empírica que versa sobre a aplicabilidade do estudo de caso a uma investigação específica; (iv) o estudo de caso múltiplos que fornece um recorte na metodologia; (v) a seleção de casos que delimita o escopo das investigações; (vi) os eixos temáticos que versa sobre os enfoque analíticos da pesquisa e (vii) o protocolo de coleta e análise de dados de estudo de caso que expõe a técnica de padronização dos estudos de campo.

A Escolha da Estratégia de Pesquisa

Conforme coloca Robert Yin(2001, 24), a escolha de cada uma das cinco principais estratégias de pesquisa em ciências sociais (experimento, levantamento, análise de arquivos, pesquisa histórica e estudo de caso) depende fundamentalmente de três condições: (a) a forma da questão da pesquisa; (b) a extensão de controle que o pesquisador tem sobre os eventos comportamentais; (c) o grau de enfoque do acontecimento enquanto histórico em oposição a acontecimentos contemporâneos. É preciso ressaltar que o autor relaciona as cinco principais estratégias de pesquisas em ciências sociais e, dessa forma, na visão do presente trabalho, o método de escolha das técnicas investigativas são também extensivas às ciências jurídicas e sociais. Cada uma das estratégias, assim, apresenta-se mais adequada conforme os objetivos propostos por cada pesquisa, que, através do esquema básico de categorização para os tipos de questões de pesquisa, pode ser representado pela conhecida série: “quem”, “o que”, “onde” e “por que” (Yin, 2001, p. 24), vide tabela de referência abaixo:

Tabela 1 – Estratégias de Pesquisa

Estratégia	Forma da questão de pesquisa	Exige controle sobre eventos comportamentais?	Focaliza acontecimentos contemporâneos?
Experimento	Como, Por que	Sim	Sim
Levantamento	Quem, O que, Onde, Quantos, Quanto	Não	Sim
Análise de Arquivos	Quem, O que, Onde, Quantos, Quanto	Não	Sim/Não
Pesquisa Histórica	Como, Por que	Não	Não
Estudo de Caso	Como, Por que	Não	Sim

(Fonte: Cosmo Corporation em (Yin, 2001, p. 24)

Tendo em consideração o presente quadro de referência das estratégias de pesquisa, a primeira questão que se deve promover é com relação a forma da questão de pesquisa. Nesse sentido, se for possível compreender que a pergunta de pesquisas que se apresenta através das palavras “Como” ou “Por Que”, podemos estar iniciando o direcionamento da pesquisa a estratégia de estudo de caso. Assim, por exemplo, caso as questões de pesquisa sejam: Como se configurou o fenômeno ou Porque o fenômeno assim configurou-se? Como se promoveu tal decisão ou Porque se promoveu tal decisão? Como se comportou o Juiz ou Tribunal ou Porque se comportou assim o Juiz ou Tribunal?

Sob essa perspectiva, quando a questão de pesquisa utiliza-se das palavras “como” ou “por que”, pode-se estar lidando com uma estratégia de pesquisa de estudo de caso e, assim, afastam-se as opções de técnicas investigativas do Levantamento e da Análise de Arquivos. No entanto, a pergunta de pesquisa promovida pelas palavras “como” ou “por que” também podem representar, para além da técnica do estudo de caso, pesquisas de experimento e pesquisa histórica. Dessa forma, para a diferenciação entre essas três estratégias de pesquisa, Robert Yin traz outras duas questões relevantes que devem ser promovidas.

A primeira dessas questões consiste em definir se a investigação exige controle sobre eventos comportamentais. Por esse ângulo, torna-se necessário o estudo definir a abrangência que o pesquisador possui no controle dos eventos comportamentais associados à pesquisa e, com isso, questionar-se: o estudo exige controle sobre eventos comportamentais?

Não como uma regra absoluta, mas é pouco comum nas pesquisas sóciojurídicas o investigador deter esse controle sobre os eventos comportamentais associados, sendo essa condição mais comumente reservada aos estudos de medicina ou psicologia. Deste modo, a investigação o responder de forma negativa a capacidade de regulação das ocorrências comportamentais e, assim, sem pretensões metodológicas de controle analítico de comportamento, afasta-se também a estratégia de pesquisa por Experimento.

A segunda estratégia, por sua vez, proposta pelo autor, consiste em identificar a temporalidade dos eventos investigados e, nesse sentido, verificar em que medida o estudo trabalha com acontecimentos contemporâneos ou históricos. De forma inegável, há uma proximidade entre as estratégias de pesquisa histórica e de estudo de caso, na qual Robert Yin admite inclusive uma sobreposição de técnicas de coletas de dados, mesmo que algumas dessas fontes de evidências empíricas venha a os diferenciar. Nas palavras do próprio autor:

O estudo de caso é uma estratégia escolhida ao se examinarem acontecimentos contemporâneos, mas quando não se podem manipular comportamentos relevantes. O estudo de caso conta com muitas técnicas utilizadas pelas pesquisas históricas, mas acrescenta duas fontes de evidências que usualmente não são incluídas no repertório de um historiador: observações diretas e

série sistemática de entrevistas. Novamente, embora os estudos de caso e as pesquisas históricas possam se sobrepor, o poder diferenciador do estudo é a capacidade de lidar com uma ampla variedade de evidências – além do que pode estar disponível no estudo histórico convencional (Yin 2001, 27).

É interessante verificar-se que esse processo de decisão da estratégia de pesquisa proposta por Robert Yin é promovida por meio de uma lógica ou dinâmica de inclusão/exclusão, através da qual as respostas as três categorias – a forma da questão da pesquisa; a extensão de controle que o pesquisador tem sobre os eventos comportamentais e o grau de enfoque do acontecimento enquanto histórico em oposição a acontecimentos contemporâneos – acabam por definir qual estratégia apresenta-se com mais adequada.

Portanto, ao se pensar na técnica investigativa do estudo de caso, direcionada por esse artigo como também uma metodologia jurídica, Robert Yin resume ao expressar que o estudo de caso consiste na estratégia mais adequada para se trabalhar o “Como” ou o “Por que” de acontecimentos contemporâneos sobre os quais o investigador possui pouco ou nenhum controle em relação aos fatos envolvidos (Yin, 2001, p. 28). Nesse sentido, a estratégia de estudo de caso aparece como apropriada para a maioria das pesquisas sociojurídicas, na medida em que costumeiramente os pesquisadores do direito possuem pouco ou nenhum controle sobre os acontecimentos contemporâneos vinculados, pois os fatos jurídicos gerados pelos atores envolvidos são normalmente alheios aos controles do investigador.

Assim, antes de avançar para algumas propostas de definições conceituais do estudo de caso como estratégia de pesquisa, vale trazer, como citação ao final dessa subseção, o resumo perspicaz que Robert Yin promove em comparação dos estudos de caso em relação a outras estratégias de pesquisa.

Para resumir, a primeira e mais importante condição para se diferenciar as várias estratégias de pesquisa é identificar nela o tipo de questão que está sendo apresentada. Em geral, questões tipo “o que” podem ser tanto explanatórias (em que se pode utilizar qualquer uma das estratégias) ou sobre predominância de algum tipo de dado (em que se valoriza levantamentos ou análises de registros em arquivos). É provável que questões “como” ou “por que” estimulassem o uso de estudos de caso, experimentos ou pesquisas históricas.

Definir as questões de pesquisa é provavelmente o passo mais importante a ser considerado em um estudo de pesquisa. Assim, deve-se reservar paciência e tempo suficiente para realização

dessa tarefa. A chave é compreender que as questões de uma pesquisa possuem *substância* – por exemplo, “sobre o que é meu estudo”? – e *forma* – por exemplo, “estou fazendo uma pergunta do tipo 'quem', 'o que', 'por que' ou 'como'?” (Yin 2001, 26)².

Definições Conceituais do Estudo de Caso

No subtítulo anterior do presente trabalho, expôs-se como escolher a estratégia de pesquisa do estudo de caso em comparação com as outras técnicas. Nesse sentido, ao promover-se o diálogo entre as distintas técnicas, parte do que se compreende como definição conceitual do estudo de caso acabou já por ser versado.

Assim, o que se busca com essa subseção é expandir esse quadro analítico acerca do estudo de caso, a fim de produzir uma ancoragem técnico-metodológica de suporte a acadêmicos que encontrem no estudo de caso uma técnica para suas pesquisas sóciojurídicas, já que nos próximos subcapítulos presente artigo apresenta-se um estudo de caso aplicado a uma investigação empírica. Com isso, torna-se imprescindível expor algumas definições complementares com relação a estratégia que contribuirão para compreender sua caracterização, formulação e essência.

Sob essa prerrogativa, a primeira idéia que se apresenta é a de Antônio Chizzoti, na qual “o estudo de caso é uma caracterização abrangente para designar uma diversidade de pesquisas que coletam e registram dados de um caso particular ou de vários casos”(Chizzotti 2006, 102). O ponto trazido pelo autor consiste que há uma diversidade de investigações que irão assumir a técnica de pesquisa do estudo de caso, sem uma definição hermética de um tipo específico de pesquisa. Essa é, portanto, uma potencialidade da estratégia investigativa, pois é objetivo da mesma fornecer “um relatório ordenado e crítico de uma experiência, ou avaliá-la analiticamente, objetivando tomar decisões a seu respeito ou propor uma ação transformadora” (Chizzotti 2006, 102).

De tal modo, por ser uma investigação empírica que destaca um caso dentro de seu contexto de vida real, é fundamental que o estudo de caso, ou de casos, possua(m), como relatou Chizzoti, um relatório ordenado. No presente estudo, o relatório é denominado protocolo de coleta e análise de estudos de caso e possui uma subseção específica.

Logo em sequência, Chiozzoti(2006)expõe que a experiência do caso é proposta como uma unidade significativa do todo e, assim, serve tanto para a fundamentação de um processo de juízo de valor, de um julgamento, quanto para propor uma intervenção, uma política pública ou uma ação transformativa. No entanto, o autor lembra que o estudo de caso como técnica metodológica é capaz de retratar contextos complexos e de difícil alcance do investigador, visto

2. Itálico no original.

que podem constituir-se de fenômenos multiescalares, com distintos atores. Desse modo, nos ensina que:

É considerado [estudo de caso] também como um marco de referência de complexas condições socioculturais que envolvem uma situação e tanto retrata uma realidade quanto revela a multiplicidade de aspectos globais, presentes em uma dada situação.(Chizzotti 2006, 102).

Cabe ressaltar, portanto, que o estudo de caso tem por objetivo depreender a compreensão de um caso específico, mesmo que sua manifestação figure-se complexa. Desse modo, cabe retomar os ensinamentos de Robert Yin ao estressar que o estudo de caso é uma “investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto de vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos”(Yin 2001, 32).

É muito comum em pesquisas sociojurídicas, portanto, a dificuldade de definir os limites entre fenômeno e contexto, na qual, Antônio Carlos Gil(2008) expressa ser uma adversidade que não raramente limita o tratamento do(s) problema(s) de pesquisa, situação em que o estudo de caso pode ser bastante útil. Ademais, Gil (2008) apresenta interessante definição dos propósitos que a estratégia de pesquisa pode ter, perspectiva que se compreende como relevante de ser reproduzido na íntegra:

Ora, nas ciências sociais a distinção entre o fenômeno e seu contexto representa uma das grandes dificuldades com que se deparam os pesquisadores; o que, muitas vezes, chega a impedir o tratamento de determinados problemas mediante procedimentos caracterizados por alto nível de estruturação, como os experimentos e levantamentos. Daí, então, a crescente utilização do estudo de caso no âmbito dessas ciências, com diferentes propósitos, tais como:

- Explorar situações da vida real cujos limites não estão claramente definidos;
- Preservar o caráter unitário do objeto estudado;
- Descrever a situação do contexto em que está sendo feita determinada investigação;
- Formular hipóteses ou desenvolver teorias; e
- Explicar as variáveis causais de determinado fenômeno em situações muito complexas que não possibilitam a utilização

de levantamentos e experimentos(Gil 2008, 54).

É importante perceber, assim, que existe uma gramática de propósitos que os estudos de casos podem abordar, como já referido no início da presente subseção, no qual Gil(2008) oferece mais algumas contribuições. Nesse sentido, antes de finalizarmos o presente subtítulo e entrarmos em uma experiência empírica de estudo de caso, deve-se propor mais algumas definições do estudo de caso em pesquisas sociojurídicas.

Uma dessas reflexões é proposta por Orides Mezzaroba e por Cláudia Monteiro, em seu “Manual de Metodologia de Pesquisa em Direito”, no qual promovem relevante advertência: “o estudo de caso não se resume a simples *descrição* do objeto, fato, coisa ou fenômeno que estamos nos propondo a estudar³”(Monteiro e Mezzaroba 2019, 124). Por conseguinte, o estudo de caso não se remete somente a uma narrativa detalhada do caso, mas uma reflexão, um diagnóstico que ultrapassa as narrativas formativas do objeto em direção a aprofundamentos estruturais, construções teóricas e sistematizações analíticas que o recorte metodológico do estudo de caso permite. Nesse ponto de exame do objeto, recorte metodológico e fatores de desenvolvimento, Mezzaroba e Monteiro são rigorosos ao expor:

Pois bem, no estudo de caso, o objeto sofre um recorte metodológico radical, de maneira que o pesquisador assume o compromisso de promover sua análise, de forma profunda, exaustiva e extensa, o que vale dizer que deverá examinar seu objeto sempre levando em consideração os fatores que acabam influenciando direta ou indiretamente sua natureza e desenvolvimento(Monteiro e Mezzaroba 2019, 122).

É possível observar, assim, que o objetivo do estudo de caso não é promover uma investigação descritiva de seu objeto, bem como as temáticas abordadas também possuem limitações, pois o recorte analítico deve ter relação com os fatores que influenciam, direta ou indiretamente, o caso e, portanto, devem ter um suporte de realidade fáticas empiricamente verificável.

Dessa forma, ao expandir-se o quadro de ancoragem conceitual da estratégia de pesquisa de estudo de caso, buscou-se promover alguns acúmulos da compreensão da técnica metodológica e, com isso, preparar para o avance para a exposição de uma pesquisa empírica de estudo de caso— objetivo das próximas subseções.

3. Itálico no original.

O Estudo de Caso Aplicado a uma Pesquisa Empírica.

Como proposta inicial do presente artigo, promove-se uma primeira parte teórica (pontos um e dois) sobre a estratégia investigativa para estudos sociojurídicos e, em um momento posterior, a técnica de pesquisa é aplicada a uma pesquisa empírica. Nesse segundo momento, que engloba cinco pequenos subcapítulos, portanto, a referência de pesquisa empírica consiste em uma adaptação específica da tese de doutorado do autor sob o título “Seremos Campeões? O Desenvolvimento Urbano e a Copa do Mundo FIFA em um estudo da África do Sul e do Brasil”⁴.

Dessa forma, a fim de promover um aparato empírico ao texto, é salutar discorrer que as definições metodológicas da pesquisa encontram-se vinculadas aos objetivos e às perguntas da investigação, as quais, na presente investigação, originam-se de uma questão primordial: Como a Copa do Mundo FIFA contribui para reconfigurar a cidade-sede?

Assim, tendo em consideração as proposições investigativas e em diálogo com as três condições de pesquisa apresentadas por Robert Yin no início do artigo, a estratégia do estudo de caso apresenta-se como mais adequada à finalidade investigativa. No presente estudo, portanto, o fenômeno contemporâneo consiste na gestão-executiva da Copa do Mundo FIFA, o qual é investigado por meio da estratégia de estudo de caso, através da questão de pesquisa “como”, ou seja, busca-se entender “como” se constitui a gestão executiva da Copa do Mundo FIFA, sob a finalidade de prover diálogo entre fenômeno e desenvolvimento urbano em cada uma das cidades selecionadas. O objetivo investigativo consistiu, portanto, em melhor compreender o fenômeno da gestão-executiva da Copa do Mundo FIFA, sob a prerrogativa de estabelecer uma gramática tipológica do desenvolvimento urbano associado às cidades-sedes.

Sob essa finalidade, a investigação ancora a gramática tipológica através não de um único estudo de caso, mesmo ciente da possibilidade de estudo de caso estendido (Burawoy 1998; Santos 1983). A decisão metodológica direciona-se a uma investigação de múltiplos casos (Stake 2006) e parte de um interesse central da investigação: uma análise sistemática do fenômeno. É salutar aprofundar esse ponto.

De acordo com Robert Stake, a relevância do caso [individual] em seu estudo múltiplo consiste em que cada um dos casos pertence a uma *coleção específica de casos* e, nesse sentido, eles possuem condições e características em comum denominadas *quintain* – fenômeno, grupo ou categoria que une os casos (Stake 2006, 04/08)⁵. Assim, o autor expressa que é o *quintain* (fenômeno, grupo ou categoria) que une de cada um dos casos individuais da *coleção específica de casos* alvo de estudo. Nesse sentido, Robert Stake frisa que enquanto o estudo de caso único tem como objetivo a percepção fenomenológica através de uma singular experiência, a

4. Defesa pública em 15/02/2019, na Universidade de Coimbra/PT.

5. Itálicos do parágrafo no original.

investigação multicaso detém foco na aparição sistemática do *quintain* dentro da *coleção de casos*. Nas próprias palavras do autor, “a pesquisa de casos múltiplos começa com o *quintain*. Para o melhor compreender o *quintain*, nós estudamos alguns dos seus casos individuais – seus contextos⁶ e manifestações. Mas é *quintain* que buscamos compreender” (Stake 2006, 6)⁷.

Assim, o presente Estudo de Casos Múltiplos busca exatamente explorar a recorrência fenomenológica (*quintain*) da gestão-executiva da Copa do Mundo FIFA, através da seleção de cidades pertencentes a uma *coleção de casos*. Ao fazer isso, a investigação potencializa a percepção sistemática de “como” do fenômeno em diferentes configurações urbanas, fundamental para uma gramática tipológica. A gramática tipológica constitui-se, portanto, em análise sistemática do fenômeno (*quintain*), sob uma perspectiva teórica de desenvolvimento urbano.

Mais uma vez, Robert Yin corrobora com a escolha da estratégia de investigação ao expor que “se você focasse sua investigação em questões do tipo “como” em mais de uma cidade, provavelmente estaria realizando um estudo de casos múltiplos” (Yin 2001, 26). Na visão do estudo, portanto, a pesquisa da gestão executiva da Copa do Mundo FIFA, através do estudo de casos múltiplos, densifica a sistematização fenomenológica e, dessa forma, contribui, de forma mais contundente, para uma gramática tipológica do que o faria uma investigação unitária do fenômeno.

Sob a finalidade de expor uma experiência investigativa do estudo de caso, a descrição metodológica do estudo está dividida em duas partes centrais. A primeira parte expõe a estrutura da investigação de casos, enquanto a segunda, na última subseção, apresenta as definições de recolhimento e análise dos dados empíricos.

O Estudo de Casos Múltiplos

Invariavelmente, a gestão-executiva da Copa do Mundo FIFA constitui-se como um fenômeno multifacetado, conforme foi referência no subtítulo definições conceituais do estudo de caso. Todavia, apesar de sua complexidade, não se configura como um fenômeno fora de uma possibilidade de definição de limites analíticos. Dessa forma, delimita-se o recorte analítico da investigação fenomenológica (*quintain*) de multicasos por meio de um duplo empuxo: uma perspectiva holística, que fornece um panorama geral do fenômeno, e uma abordagem específica direcionada aos eixos temáticos da gestão-executiva. Contudo, segundo expõe Robert Stake, o estudo de casos múltiplos não detém por objetivo uma comparação entre casos, mas um melhor entendimento de como o fenômeno ocorre, sem ênfase ao processo comparativo, com isso:

6. A palavra original no inglês é *sites* que representa na tradução literal “seus locais”. Todavia, compreende-se que a melhor tradução do sentido da palavra é “contexto”.

7. Tradução livre do autor.

O estudo multicaso não é desenhado para comparar casos. Os casos estudados fazem parte de um seletivo grupo de exemplo escolhidos para melhor compreender do *quantain*. A maioria dos pesquisadores relata cada caso como um caso [único], sabendo que este será comparado com os outros, mas sem dar ênfase aos atributos da comparação” (Stake 2006, 83)⁸.

O autor complementa que cada caso é singular, mas que pertence a uma coleção particular de casos que possuem características ou condições (fenômeno) em comum (Stake 2006, 4/7). Nesse sentido, o estudo reconhece que cada um dos casos é único e permeado de particularidades, consistindo o objetivo investigativo em uma representação qualitativa da sistemática fenomenológica – o referido *quintain*.

Assim, não se busca uma generalização de dados, comum em pesquisas quantitativas, mas a sua transferibilidade. Sob esse tema, Lucas Konzen (2013) expõe que há um contraste entre o conceito de generalização e o conceito de transferibilidade na literatura dos métodos de pesquisa qualitativa, visto que as conclusões de uma pesquisa de caso não visam a uma generalização dos dados como conclusão, mas à possibilidade de encontrar resultados capazes de serem transferidos a outras configurações empíricas semelhantes. Isso ocorre porque o objetivo do estudo de caso é fornecer elementos analíticos da configuração do fenômeno em diferentes conjunturas e, de tal modo, fornecer dados analíticos recorrentes passíveis de serem aplicados a outros casos.

A possibilidade de transferibilidade dos dados da pesquisa faz-se de extrema relevância, visto que a gestão-executiva da Copa do Mundo FIFA é uma experiência que se insere dentro de um processo de gestão do espaço urbano. Assim, mesmo sendo um fenômeno particular, a gestão-executiva da Copa do Mundo FIFA fornece elementos analíticos da gestão urbana como um todo e que podem ser estendido, primeiro, às cidades que foram sede ou irão sediar a Copa do Mundo FIFA, segundo, às cidades que serão sedes de outros megaeventos, como, por exemplo, as Olimpíadas e, por fim, às cidades como um todo, visto que refletem lógicas e dinâmicas dos processos de continuidade e descontinuidade de políticas urbanas (Lefebvre 2004).

A Seleção dos Casos

A seleção dos casos relatados no presente artigo remete a quatro cidades em dois países. Invariavelmente, o fenômeno por si só já delimita a amplitude das escolhas de casos (*coleção de*

8. Tradução Livre do autor. Itálico no original.

casos), na medida em que a pesquisa não tem como objetivo estudar a Copa do Mundo FIFA como um fenômeno histórico, mas sob a perspectiva de um acontecimento contemporâneo. Assim, no momento de seleção dos casos existe uma temporalidade linear a ser considerada, delimita-se o estudo da Copa do Mundo FIFA em suas duas últimas edições (2010/2014).

Concomitantemente à realidade temporal que limita a *seleção de casos*, mas não a transferibilidade analítica, sobreveio o interesse em investigar o fenômeno em países que representam, até certo ponto, uma condição periférica na geopolítica global. Nesse sentido, agregar uma realidade de Sul Global ao estudo do fenômeno traz uma perspectiva interessante, pois tanto a preparação quanto a realização do megaevento exigem um padrão de gestão-executiva muito distinto aos que costumeiramente se encontra em países do Sul Global.

Evidentemente, a África do Sul e o Brasil expressam o Sul Global sob uma perspectiva limitada, visto que são países emergentes, com padrão de desenvolvimento socioeconômico superior aos das suas regiões. Todavia, essa condição de hegemonia regional não elimina a realidade interna de uma regulação social opressora, inclusive abissal, às classes mais desfavorecidas. Dessa forma, as contradições entre realidade de Sul Global, desenvolvimento socioeconômico regional e opressão social existentes tanto na África do Sul quanto no Brasil não foram somente reconhecidas pela investigação, mas ancoram a escolha dos campos e a delimitação de eixos temáticos a fim de explorar os contributos do fenômeno ao desenvolvimento urbano das cidades-sedes.

Entretanto, não há na literatura específica da temática uma definição da quantidade de casos a serem estudados a fim de se promover uma representação qualitativa do fenômeno. Nesse sentido, promove-se a seleção de quatro casos capazes de fornecer elementos para a compreensão sistemática do fenômeno em diferentes contextos.

Ante essa prerrogativa, portanto, opta-se por estudar o fenômeno em duas cidades em cada um dos países, sendo cada investigação conduzida em separado. Define-se, portanto, como casos de estudo da gestão-executiva da Copa do Mundo FIFA através das cidades-sede do megaevento as seguintes localidades: Joanesburgo, Cidade do Cabo, Rio de Janeiro e São Paulo. A seleção dessas cidades traz à tona diferentes contextos, mas também traz a realidade das duas maiores cidades, em população e tamanho, de cada um dos países-sede. Logo, a destacada representatividade nacional e internacional de cada uma dessas quatro cidades-sede expõe, invariavelmente, o choque dos interesses hegemônicos em realidades de Sul Global.

Os Eixos Temáticos

Da mesma forma que a pesquisa promove uma técnica de investigação que considera os casos como únicos e reconhece que qualquer investigação possui limites, o presente estudo enseja um recorte metodológico capaz de fornecer dados qualitativos sobre o desenvolvimento urbano associado ao fenômeno. Dessa forma, ciente da impossibilidade de abranger todas as

ações relacionadas à gestão-executiva do megaevento, esse relato metodológico de uma investigação empírica vale-se de um prisma de análise tipológica da gestão-executiva das Copas do Mundo de 2010 e de 2014 através de um recorte de eixos temáticos.

A definição dos eixos temáticos busca verificar como se configura a gestão-executiva do megaevento para as classes mais desfavorecidas e, portanto, através de um empuxo subalterno. Com o objetivo de observar o desenvolvimento urbano associado ao fenômeno a partir de um olhar contra-hegemônico, destaca-se três eixos temáticos: Infraestrutura, Trabalho e Moradia.

Todavia, também ciente que cada um dos eixos temáticos já é capaz de fornecer elementos analíticos para uma extensa pesquisa e com o intuito de promover ainda mais uma radicalização subalterna à investigação, cada um dos eixos temáticos recebe uma linha de enfoque. Deste modo, o eixo temático da infraestrutura direciona o foco aos Estádios e ao Transporte Urbano, enquanto o eixo do trabalho aborda especialmente o trabalho informal e, por fim, o eixo da moradia centra-se na questão da moradia precária. O eixo temático da moradia precária (vulnerável)⁹ compõe-se por um somatório de dois fatores sociojurídicos: o primeiro fator consiste na moradia não possuir a segurança da propriedade e, nesse sentido, o sujeito deter somente a posse do imóvel; o segundo aspecto contempla que a moradia seja de baixa renda¹⁰.

Assim, o eixo temático da infraestrutura contribui analiticamente à pesquisa para acessar a produção e a transformação do espaço urbano, visto que o megaevento traz uma série de mudanças ao traçado urbanístico. Invariavelmente, novos instrumentos de mobilidade urbana são implementados (BRTs, VLTs), de modo que verificar a produção, acessibilidade, qualidade do serviço, com especial atenção às populações de baixa renda, torna-se fundamental para se refletir sobre o desenvolvimento urbano associado ao fenômeno. Juntamente com a infraestrutura em mobilidade, há a necessidade de preparação dos estádios para a promoção do megaevento.

No tema dos estádios, a observação do fenômeno é relevante sob duas perspectivas: a primeira consiste em verificar o desenvolvimento urbano promovido nas regiões adjacentes, tendo especial importância as questões da moradia precária e do trabalho informal. O segundo ponto de vista busca analisar a preparação do Estádio em si, através de dados sobre a reforma ou construção de um novo aparelho, gastos, dinâmicas público-privadas, contratos, autorizações do poder público, a fim de buscar elementos que guiam o desenvolvimento associativo. Inclusive, investigar os estádios também fornece informações sobre desenvolvimento do esporte e, de forma estendida, da cidade como um todo.

A temática da moradia, com ênfase à moradia precária, permite acessar os contributos do fenômeno à gestão da segregação urbana. Dessa forma, investigar a gestão habitacional sob direta

9. Ainda estou pensando um conceito melhor que Moradia Vulnerável, Moradia Precária pode ser uma opção. Se tiver alguma ideia, fique à vontade. Moradia precária, mas fugiu-se desse conceito pois a ideia não é que ela é precária, mas sim vulnerável às ações hegemônicas da gestão executiva.

10. Existem muitas habitações no solo urbano de ambos os países sem a segurança da posse, mas que não são de baixa renda e, nesse sentido, fora do enfoque subalterno. Um interessante exemplo consiste nas mansões em Brasília, ao longo do lago Paranoá, em área pública, de modo que esses terrenos estão ocupados de forma irregular. Para mais informações sobre esse caso, acessar: <http://www.ecomapa.com.br/blog/ler.asp?cod=16> (acesso em: 31.05.2016).

Estudo de casos

Fenômeno: Gestão-Executiva da Copa do Mundo FIFA		
Casos África do Sul: Joanesburgo/Cidade do Cabo	Casos Brasil: Rio de Janeiro/São Paulo	
Eixos Temáticos		
Infraestrutura (Estádios e Transporte)	Trabalho Informal	Moradia Precária (Posse + Baixa Renda)

influência do fenômeno, em especial nas regiões próximas aos estádios, traz elementos analíticos relevantes para se acessar algumas tipologias de desenvolvimentos urbanos adjuntas à gestão-executiva da Copa do Mundo FIFA¹¹.

Por sua vez, a temática do trabalho, com atenção ao trabalho informal, representa o empenho analítico em perceber o desenvolvimento fenomenológico associativo com relação a fontes de renda fora do mercado formal. Tanto a África do Sul, quanto o Brasil possuem um mercado informal pujante em seu solo urbano. Em 2011, vinte e dois por cento (22%) da população brasileira detinha no trabalho informal o seu sustento¹², enquanto em 2012, na África do Sul, trinta e quatro por cento (34%) da economia era informal¹³. Nesse sentido, o trabalho informal é costumeiramente a forma de renda das classes mais populares e aceder a essa realidade é fundamental para atingir os objetivos da investigação.

Portanto, considerando-se a estrutura investigativa do estudo de caso, o emprego de eixos temáticos busca garantir a coerência na verificação do desenvolvimento urbano associado a cada uma das cidades-sede estudadas. Os três eixos temáticos – infraestrutura (estádios e transporte), moradia (precária) e trabalho (informal) – são utilizados como indicadores qualitativos, a fim de se acessar primeiramente como se configura a gestão-executiva das Copas do Mundo de 2010 e de 2014 em cada um dos casos. Em um segundo momento, através dos indicadores qualitativos do fenômeno, pretende-se acessar a perspectiva de um desenvolvimento urbano hegemônico ou subalterno (Santos 2003). Abaixo é possível verificar tabela que resume a espinha dorsal do estudo.

11. Na definição do eixo temático da moradia, de início almejou-se utilizar condicionantes da moradia de rua como também um indicador da realidade do desenvolvimento urbano. Todavia, a coleta de dados desse grupo é extremamente complexa e exigiria uma especificidade a qual ultrapassava a capacidade de investigação desse estudo. No entanto, aproveita-se o ensejo para se expressar que a moradia de rua enquanto categoria analítica representa outro possível indicador qualitativo das ações hegemônicas da gestão executiva do megaevento ao desenvolvimento urbano das cidades-sedes.

12. De acordo com os dados do IBGÉ disponíveis em <http://www.ibge.gov.br> (acesso em: 22.06.2016). Informações também disponível <http://www.valor.com.br/brasil/2919914/pais-ainda-tem-442-milhoes-de-trabalhadores-informais-estima-o-ibge> (acesso em: 22.06.2016).

13. De acordo com os dados do South African Local GovernmentAssociations, disponível em <http://led.co.za/topic/informal-economy> (acesso em: 30.06.2016).

O Protocolo de Coleta e Análise de Dados de Estudo de Caso

A presente pesquisa consiste em um estudo de casos múltiplos. Nesse sentido, para além de definir-se o método e o enfoque analítico da pesquisa, como referido na primeira secção, bem como delimitar os casos e os eixos temáticos de estudo, recentemente expostos, torna-se incipiente arquitetar uma metodologia de recolha e análise de dados empíricos a ser replicada nos casos de estudo. Para isso, utiliza-se como suporte um protocolo de recolha e análise de dados em pesquisas de estudo de caso, a fim de fundamentar o baluarte técnico-analítico necessário a uma investigação com coleta empírica de dados em casos múltiplos.

A realidade factual que materializa o estudo de um fenômeno, porém, pode (e deve) ser com frequência contestada pelo investigador. O Estudo de Caso(s) (Múltiplos) deve se valer, portanto, de uma segurança a respeito da verossimilhança dos fatos investigados, a fim de promover não somente investigação de qualidade, mas também passível de crédito. Por esse motivo, a presente tese incorpora ao Protocolo de Coleta e Análise de Dados Empírica o método da Triangulação de Fontes (Yin 2001, 121/9)

O método de Triangulação de Fontes consiste em um procedimento analítico em que a realidade factual é constituída através da sua narração por diferentes meios. Dessa forma, o estudo vale-se da repetição dos fatos promovidos pela pluralidade de fontes como subsídio para uma maior precisão factual, fundamental ao estudo fenomenológico. Nesse sentido, parte-se do princípio basilar de maior confiança aos fatos associados às gestões-executivas da Copa do Mundo 2010/2014 quando aparecem de forma triangular, ou seja, repetidamente através de mais de uma das técnicas de coleta. A presente investigação defende, portanto, a utilização da pluralidade de técnicas de coletas de forma complementar e integrada, considerando a maior credibilidade dos dados empíricos quando repetidos em diferentes técnicas de coletas e, assim, passíveis de uma análise cruzada.

Assim, o protocolo de investigação dos casos conta com, pelo menos, cinco técnicas de coletas de dados empíricos: documentos oficiais; materiais específicos dos eixos temáticos; reportagens em jornais; observações e entrevistas – que seguem também uma ordem programática de recolha de dados.

Inicialmente, promove-se a coleta de dados oficiais, bem como de materiais específicos dos eixos temáticos, inclusive na fase de preparação de campo, mantendo-se essa prospecção de dados durante a permanência na cidade-sede e, quando necessário, estendendo-a após a investigação empírica. Da mesma forma, fomenta-se o acompanhamento de reportagens em jornais durante a preparação e pesquisa em campo, o que é reduzido depois da visita à cidade-sede. Por sua vez, as observações diretas são conduzidas, sempre que possível, no início da visita à cidade-sede, visto que os dados observativos, em diálogo com os outros materiais já coletados, contribuem para consubstanciar as questões contextuais a serem exploradas na posterior etapa das entrevistas.

Essa ordem programática segue duas diretrizes: a primeira consiste em preparar o acadêmico para a percepção e recolha de dados empíricos (realidade social e fenomenológica) durante a experiência de investigação de campo; enquanto a segunda consiste em subsidiar o investigador com o máximo de elementos contextuais para o momento das entrevistas, sendo fundamental a coleta de dados.

Conclusão

Pensar a modalidade da pesquisa científica através da estratégia metodológica de estudo de caso, ou de casos, é muito importante para a evolução de investigações qualificadas no campo jurídico. Nesse sentido, é salutar expor que todas as estratégias de pesquisa possuem vantagens e desvantagens, avanços e limitações a uma pesquisa, mas, como foi possível observar, esse não foi o núcleo do debate apresentado. Ao invés, buscou-se fornecer elementos aos investigadores do direito para (i) definir suas estratégias de pesquisa (ii) compreender as demarcações teóricas do estudo de caso e (iii) aprender com uma pesquisa aplicada de estudo de caso.

Ciente que os desafios de uma pesquisa vão muito além das definições metodológicas, a presente artigo espera poder ter contribuído para facilitar a abordagem de pesquisadores frente seus objetos de exploração, bem como tornar mais compreensível uma das técnicas investigativas mais belas: o estudo de caso.

Bibliografia:

- Burawoy, Michael. 1998. "The Extended Case Method". *Sociological Theory* 16(1): 04/33.
- Chizzotti, Antônio. 2006. *Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais*. Petrópolis, RJ: Editora Vozes.
- Gil, Antonio Carlos. 2008. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. São Paulo: Atlas.
- Konzen, Lucas. 2013. "Norms and Space: Understanding Public Space Regulation in the Tourist City". Tese de Doutorado. Universidade de Milão.
- Lefebvre, Henri. 2004. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro.
- Monteiro, Cláudia Servilha, e Orides Mezzaroba. 2019. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva.
- Santos, Boaventura de Sousa. 1983. "Os Conflitos Urbanos no Recife: O caso do Skylab". *Revista Crítica de Ciências Sociais* (11): 09/60..
2003. "Poderá o direito ser emancipatório?" *Revista Crítica de Ciências Sociais* (65): 376.
- Stake, Robert. 2006. *Multiple Case Study Analyses*. New York: The Guildford Press.
- Yin, Robert. 2001. *Estudo de Caso: Planejamento e Métodos*. 2ª Edição. São Paulo: Bookman.

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE EM PORTUGAL E SUA ADOÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis¹

Tamires Gomes da Silva Castiglioni²

"O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES)".

RESUMO: O contrato de trabalho intermitente criado no Brasil pela Lei nº 13.467/2017, modificou a CLT e atualmente é palco de debate no STF sobre sua inconstitucionalidade. As mudanças trazidas pela nova modalidade trabalhista geraram uma série de incertezas e dúvidas sobre o futuro do Direito do Trabalho e sua aplicação. O contrato de trabalho intermitente foi inspirado no direito estrangeiro e sua figura é encontrada em vários países, contudo, o presente trabalho focará em compreender o trabalho intermitente de Portugal e comparar se o Brasil adotou normas similares ou contrárias aquele país. De tal modo, é feito o exame da legislação brasileira e, comparativamente, apontamentos da lei portuguesa. Sabe-se, que o trabalho intermitente gera contratos de trabalho precários, que não oferece nenhuma garantia de renda suficiente para a sobrevivência do trabalhador, sendo um dos pontos mais discutidos nessa modalidade contratual. Este estudo terá como base metodológica a pesquisa exploratória, a partir dos métodos descritivo, dedutivo e comparativo.

Palavras-chave: Trabalho Intermitente; Reforma Trabalhista; Mudanças na CLT; Flexibilização de direitos.

THE INTERMITTENT WORKING CONTRACT IN PORTUGAL AND ITS ADOPTION IN THE BRAZILIAN ORDINATION

"This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES)".

ABSTRACT: The intermittent employment contract created in Brazil by Law No. 13,467 / 2017, modified the CLT and is currently the subject of debate in the STF about its unconstitutionality. The changes brought about by the new labor modality generated a series of uncertainties and doubts about the future of labor law and its application. The intermittent work contract was

1. Doutora pela PUC/SP. Professora do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UNIMEP.

2. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP/SP (2019). Graduação em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (2018). Graduação em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (2013).

inspired by foreign law and its figure is found in several countries, however, the present work will focus on understanding the intermittent work of Portugal and comparing whether Brazil has adopted similar or contrary rules to that country. In this way, it is made the examination of the Brazilian legislation and, comparatively, notes of the Portuguese law. It is known that intermittent work generates precarious employment contracts, which offer no guarantee of sufficient income for worker survival, being one of the most discussed points in this contractual modality. This study will be based on exploratory research based on descriptive, deductive and comparative methods.

Keywords: Intermittent Work; Labor Reform; Changes in CLT; Flexibilization of rights; Economic Activity Risk.

INTRODUÇÃO

A “Reforma Trabalhista” conhecida como Lei nº 13.467/2017, trouxe novos contornos ao Direito do Trabalho e, conseqüentemente, posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários às normas instituídas. O presente artigo aborda a temática do trabalho intermitente sob a ótica do direito estrangeiro, no caso, Portugal, que muito tem a ensinar ao âmbito trabalhista nacional.

Para entender essa nova modalidade trabalhista, a análise será em torno do posicionamento do legislador pela flexibilização das relações trabalhistas. Expondo a temática dentro do contexto da mudança do caráter maior dos diplomas laborais brasileiros: a proteção do trabalhador, e conseqüentemente a visão trazida por Portugal.

Os questionamentos acerca dessa nova modalidade surgem a partir da segurança jurídica e dos direitos anteriormente assegurados ao trabalhador brasileiro, levantando as seguintes indagações: Pode o trabalho intermitente ser fator de precarização dos direitos trabalhistas? A modalidade de contratação está em conflito com o espírito da lei trabalhista e com o ordenamento jurídico pátrio? Existe uma maneira de implementá-lo de forma equilibrada e concreta seguindo o exemplo estrangeiro?

Para responder as indagações será discutido o impacto da adoção do trabalho intermitente pelo ordenamento jurídico trabalhista pátrio, com a finalidade de compreender os novos retratos conferidos às relações de trabalho e propor adequações, a partir da compreensão do conceito e aplicação do trabalho intermitente à luz do Direito Estrangeiro e à luz da Constituição Federal e dos entendimentos da Organização Internacional do Trabalho.

O Código de Trabalho português foi redigido de forma minuciosa e detalhada. O legislador português refletiu sobre cada ponto adotado, e como veremos, ele foi criado com o objetivo de reduzir o desemprego e incentivar o desenvolvimento econômico do país.

Atualmente, o Contrato de Trabalho Intermittente está em pauta no Supremo Tribunal Federal, com serias alegações de inconstitucionalidade. Desse modo, entender o modelo

contratual intermitente de Portugal, possibilitará enxergar novos rumos ao modelo adotado pelo Brasil e até possíveis modificações.

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL

Conceito e características

Segundo Houaiss (2009, p.1434), intermitente “é situação em que ocorrem interrupções que cessa e recomeça por intervalos; intervalo, descontínuo”. Norbim (2017, p.41) conceitua o trabalho intermitente como sendo “aquele em que o empregado fica à disposição do empregador e realiza os serviços contratados sempre que for necessário”. Já Cassar (2017) explica que o trabalho intermitente se caracteriza pelo formato de serviços descontínuos, transitórios, com alternância de períodos de trabalho e de inatividade.

Pelo incrível que pareça, o trabalho intermitente não é novidade no Brasil, sua figura já era utilizada de forma ilegal, principalmente no setor alimentício, por meio das grandes redes de *fast food*, conhecida como “jornada de trabalho móvel, flexível e variável” ou “móvel, variável”, sendo condenada pelo TST, como evidencia o julgado a seguir:

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE. Entende-se pela invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, é ilegal, porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos artigos 4º, caput, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - 8ª T - RR 9891900-16.2005.5.09.0004 -

Relatora Ministra DORA MARIADA COSTA - DEJT 25.02.2011).

A jornada “móvel, flexível e variável” ou intermitente, como conhecemos hoje, foi um assunto controverso por muitos anos, tanto nos tribunais como na doutrina trabalhista, por não assegurar os direitos mínimos dos trabalhadores. (NASCIMENTO, 2009).

Para França (2017, p.31) a grande justificativa para a implantação do contrato de trabalho intermitente no Brasil, é o crescimento da economia por meio da redução de custos de produção e aumento da oferta de emprego, como também sua existência e sucesso em outros países. A intenção do legislador, ao criar essa modalidade, foi a de regular o trabalho informal, reconhecendo o vínculo empregatício e regulamentando o pagamento das verbas trabalhistas a que o trabalhador tivesse direito. (NACIF; SOUZA, 2018, p.258-259).

No entendimento de Franco Filho (2017, p.7), esse tipo de contrato deve ser sempre celebrado por escrito e registrado na CTPS do empregado, independentemente de previsão em acordo coletivo do trabalho ou convenção coletiva de trabalho. Deverá, ainda, conter identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes, estabelecendo-se a residência do trabalhador e a sede do estabelecimento em que desenvolverá o trabalho, como também, registrado o valor da hora ou do dia de trabalho, observando os limites do salário mínimo vigente, sendo garantido o adicional noturno, que deve corresponder a um valor superior a hora diurna e será igual aqueles dos empregados contratados normalmente que exerçam a mesma função, afastando a possibilidade, em tese, de ser negociado adicional noturno inferior ao estabelecido em lei.

Nogueira (2017, p.133) explica que o contrato de trabalho intermitente pode ser utilizado independentemente do tipo de atividade a ser desempenhada pelo trabalhador, excluindo apenas os aeronautas, que são regidos por legislação específica.

A convocação para o trabalho intermitente

Para Pretti (2018, p.12) a convocação é o ponto mais polêmico do contrato de trabalho intermitente, pois o trabalhador pode ficar sem ser convocado por meses, sendo um absurdo em face aos direitos trabalhistas. Assim, para a execução do trabalho intermitente, basta que o empregador convoque o empregado intermitente, por qualquer meio eficaz, informando-lhe a jornada, que não pode ser superior à legal, sempre com antecedência de 3 dias corridos.

A lei não deixa explícito o meio eficaz para essa convocação, sendo recomendável que seja através de algum instrumento físico ou virtual que se possa provar o chamado (FRANCO FILHO, 2017, p.9). Alencar (2017) entende, por “meio de comunicação eficaz”, a comunicação mais utilizada pelo trabalhador, podendo ser o Facebook, Messenger, WhatsApp e demais meios virtuais utilizados na atualidade.

Recebido o aviso para comparecer ao trabalho, o empregado terá o prazo de 1 dia útil para

responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, que se recusou a atender à convocação. Essa recusa tácita ou mesmo a recusa expressa do contrato de trabalho intermitente não descaracteriza a subordinação inerente ao vínculo empregatício, que é garantido pelo §§ 2º e 3º do artigo 452-A da CLT (NACIF; SOUZA, 2018, p.259). O § 4º do art.452-A da CLT relata que se o trabalhador aceitar a oferta para comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra, no prazo de trinta dias, multa equivalente a 50% da remuneração que lhe seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

AAção Direta de Inconstitucionalidade nº 5950

No dia 23 de maio de 2018, foi recebida pelo STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5950, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC), questionando a criação do contrato de trabalho intermitente e, principalmente, as alterações do art. 443, caput e parágrafo 3º, art. 452-A, art. 477-A e arts. 59 e 59-B da CLT. (MARTINEZ, 2018).

A ADI defende que o legislador feriu a CF/88 ao editar a referida modalidade intermitente, ofendendo os art. 1º caput e incisos III e IV, art.5º caput e incisos III e XXIII, art. 6º caput; art. 7º caput e incisos IV, V, VII, VIII, XVI e XVII; art.170º caput e inciso III, todos da CF/88, e afronta o Princípio da Dignidade Humana, uma vez que equipara o trabalhador a um mero “objeto”, que fica à disposição da atividade econômica, para ser “utilizado” quando e onde o empregador bem entender. (MARTINEZ, 2018).

Souto Maior (2017, p.213) complementa que o trabalho intermitente cria um estágio tal de submissão que legitima toda forma de exploração do trabalho, desprovido de tutela, afrontando cabalmente a condição humana dos trabalhadores. Marx (2017, p.392) entende que o capital é trabalho morto, que como um “vampiro, vive apenas da sucção de trabalho vivo, e vive tanto mais quando mais trabalho vivo suga”. O tempo durante o qual o trabalhador trabalha é o tempo durante o qual o capitalismo consome a força de trabalho que comprou o trabalhador.

O trabalho intermitente, para Teixeira e Gonçalves (2017, p.37), tornou-se uma grande “feira livre”, onde o trabalhador se submete a um ritmo de alta rotatividade e precarização. Nesse viés, o trabalhador serve unicamente para desempenhar uma determinada função, que é a de garantir a produção de lucro para o empregador.

Silva (2017, p.73) vê o contrato de trabalho intermitente como um cadastro de empregados, que têm seus dados armazenados para, se houver trabalho, ele ser acionado, mas sem o compromisso de ser chamado e sem o compromisso de atender ao chamado. “Tal ideia inicial mostra a face precarizante do contrato que, de fato, não garante nem trabalho nem salário”.

A ADI nº 5950 ainda aduz, que o contrato intermitente retira do trabalhador a noção de

percepção das horas laborais e dilui o pagamento do 13º salário, limitando-o aos dias trabalhados, fragmentando o pagamento das férias, com a conseqüente impossibilidade de seu gozo e, ainda, a noção de ausência e término contratual. Além disso, favorece a atividade empresarial, alocando o risco da atividade econômica nas costas do trabalhador, que é parte hipossuficiente, conforme dispõe o art. 7, caput da CF/88. (NACIF; SOUZA, 2018, p.259).

Para Martinez (2018) a modalidade intermitente não garante subsistência ao trabalhador, pois este receberá menos que um salário mínimo mensal, resguardado pela Magna Carta. Enfim, o contrato intermitente é atípico, uma exceção ao contrato formal, uma vez que reduz direitos sociais e viola direitos fundamentais, com grande risco à saúde dos trabalhadores e ainda está em pauta no STF para ser analisado.

No tocante à remuneração do contrato de trabalho intermitente, os arts. 443 e 452-A da Lei nº 13.467/2017 são inconstitucionais, pois não asseguram a subsistência do trabalhador e de sua família com o pagamento do mínimo mensal, ofendendo gravemente o art. 7º, incisos IV e VII da CF/88. A perversa precarização do contrato de trabalho intermitente impede que o trabalhador planeje seu futuro, laborando em circunstâncias incertas, sem saber quando irá trabalhar e quanto receberá no final da prestação de serviço, levando-o ao esgotamento emocional por não ter qualquer garantia de trabalho ou remuneração. (MENEZES; ALMEIDA, 2018, p.473).

O CONTRATO INTERMITENTE EM PORTUGAL

De acordo com Rebelo (2006), o trabalho intermitente foi implantado em Portugal³ com o objetivo de reduzir o número de desempregados no país e incentivar o desenvolvimento econômico das empresas:

O tema da flexibilização da lei laboral tem vindo a ocupar algum espaço na reflexão socioeconômica e jurídica da sociedade portuguesa. No sentido de reagir à crise econômica dos anos 1970, às décadas de 1980 e 1990 pautaram-se pela adoção progressiva de medidas de flexibilidade laboral, encaradas como um dos mais importantes, senão o mais importante, motores de desenvolvimento produtivo das empresas, que na sua ligação às políticas de gestão dos recursos humanos, quer às políticas de produção. (REBELO, 2006, p.2).

Segundo Franco Filho (2017, p.8), o contrato de trabalho intermitente português é regulamentado pelos artigos 157 a 160 do Código de Trabalho, Lei nº 7 de 12 de fevereiro de

3. Muitos países da Europa têm adotado medidas para tentar solucionar a grande onda de desemprego e impulsionar a economia, como Reino Unido, Espanha, França e Portugal, que adotaram as medidas de flexibilização das leis trabalhistas para tentarem se adequar à situação de crise. (MARQUES; IZAGA, *et. al.*, 2018, p.11-12).

2009, *in verbis*:

Artigo 157.º - Admissibilidade de trabalho intermitente

1 - Em empresa que exerça atividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inatividade.

2 - O contrato de trabalho intermitente não pode ser celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário.

Artigo 158.º - Forma e conteúdo de contrato de trabalho intermitente

1 - O contrato de trabalho intermitente está sujeito a forma escrita e deve conter:

a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes;

b) Indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo.

2 - Quando não tenha sido observada a forma escrita, ou na falta da indicação referida na alínea b) do número anterior, considera-se o contrato celebrado sem período de inatividade.

3 - O contrato considera-se celebrado pelo número anual de horas resultante do disposto no n.º 2 do artigo seguinte, caso o número anual de horas de trabalho ou o número anual de dias de trabalho a tempo completo seja inferior a esse limite.

Artigo 159.º - Período de prestação de trabalho

1 - As partes estabelecem a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado⁴, bem como o início e termo de cada período de trabalho, ou a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele.

2 - A prestação de trabalho referida no número anterior não pode ser inferior a seis meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos.

3 - A antecedência a que se refere o n.º 1 não deve ser inferior a 20 dias.

4. A palavra “intermitente” é também conhecida no código Português como “interpolado”, como apresentado pelo art. 159º do Código do Trabalho. (BRITO, 2009, p.419).

5. *Artigo 157.º - Admissibilidade de trabalho intermitente*

1 - Em empresa que exerça actividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inactividade. 2 - O contrato de trabalho intermitente não pode ser celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário.

Artigo 158.º - Forma e conteúdo de contrato de trabalho intermitente

1 - O contrato de trabalho intermitente está sujeito a forma escrita e deve conter:

a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes;

b) Indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo. 2 - Quando não tenha sido observada a forma escrita, ou na falta da indicação referida na alínea b) do número anterior, considera-se o contrato celebrado sem período de inactividade.

4 - Constitui contra ordenação grave a violação do disposto no número anterior.

Artigo 160.º - Direitos do trabalhador

1 - Durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou, na sua falta, de 20% da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição.

2 - Os subsídios de férias e de Natal são calculados com base na média dos valores de retribuições e compensações retributivas auferidas nos últimos 12 meses, ou no período de duração do contrato se esta for inferior.

3 - Durante o período de inatividade, o trabalhador pode exercer outra atividade.

4 - Durante o período de inatividade, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efetiva prestação de trabalho.

5 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n. os 1 ou 2. (PORTUGAL, 2009, tradução livre)⁵.

A definição do contrato de trabalho intermitente, para Amado (2016, p.107-116), se refere a uma modalidade variável ou descontínua de emprego, pactuada entre empregador e trabalhador, caracterizando o trabalho pela prestação de serviços intercalada por um ou mais períodos de inatividade, nos termos do art. 157º, nº 1 do Código do Trabalho Português.

Trabalho alternado e contrato à chamada

3 - O contrato considera-se celebrado pelo número anual de horas resultante do disposto no n.º 2 do artigo seguinte, caso o número anual de horas de trabalho ou o número anual de dias de trabalho a tempo completo seja inferior a esse limite.

Artigo 159.º - Período de prestação de trabalho

1 - As partes estabelecem a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado, bem como o início e termo de cada período de trabalho, ou a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele.

2 - A prestação de trabalho referida no número anterior não pode ser inferior a seis meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos.

3 - A antecedência a que se refere o n.º 1 não deve ser inferior a 20 dias.

4 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no número anterior.

Artigo 160.º - Direitos do trabalhador

1 - Durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou, na sua falta, de 20 % da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição.

2 - Os subsídios de férias e de Natal são calculados com base na média dos valores de retribuições e compensações retributivas auferidas nos últimos 12 meses, ou no período de duração do contrato se esta for inferior.

3 - Durante o período de inatividade, o trabalhador pode exercer outra actividade.

4 - Durante o período de inatividade, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho.

5 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto nos n.os 1 ou 2.

Na legislação portuguesa, como explica Carneiro (2017), existem duas espécies possíveis de contratação intermitente, previsto no Código do Trabalho Português de 2009:

Se, para além do quantum, também é previamente definido o quando da prestação de trabalho, estamos perante a submodalidade de trabalho alternado, em que as partes estabelecem o início e o termo de cada período de trabalho (cfr. art. 159º, n. 1, 1ª parte). O ritmo de intermitência é previsível e está programado no contrato. Se o quando da prestação não é antecipadamente determinado e o trabalhador se obriga a responder às solicitações do empregador (art. 159º, n. 1, in fine), o ritmo da intermitência é imprevisível ou irregular, pois a prestação do trabalhador depende do chamamento do empregador. Trata-se da submodalidade de trabalho à chamada. (PORTUGAL, 2019).

O Código de Trabalho português foi redigido de forma minuciosa e detalhada. No art. 159º, nº 1, ainda que de forma implícita, o texto diferencia duas submodalidades de contrato de trabalho intermitente, quais sejam, trabalho alternado e contrato à chamada (*job on call*), ambos presentes no ordenamento jurídico brasileiro. (PACHECO, *et al*, 2017, p.213).

No trabalho intermitente alternado, de acordo com Alves (2018, p.84), há maior previsibilidade, uma vez que a atividade empresarial permite antever a necessidade da prestação laborativa. Já no trabalho intermitente à chamada há maior imprevisibilidade, havendo chamado ao trabalho de acordo com a necessidade do empregador, neste último caso, é o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Características do contrato intermitente português

A principal característica do trabalho intermitente português é que os trabalhadores prestam serviços durante uma parte do ano, mantendo o vínculo laboral durante o resto do tempo. Os contratos poderão impor a duração da prestação de trabalho de modo intercalado ou consecutivos, sendo apenas exigida a obrigação de garantir seis meses de trabalho a tempo completo por ano ou consecutivos. (RAMALHO, 2010, p.283).

Martinez (2013), nesse contexto, complementa:

Sempre que a atividade na empresa tenha desconformidades temporárias ou variação de intensidade, pode acorda-se que a prestação de trabalho seja intercalada por períodos de inatividade. No fundo, em vez do paradigma do trabalho de cinco dias por semana e oito horas por dia com intervalo de descanso, pode ajustar-se que os períodos de atividade são interrompidos por períodos de inatividade. Os períodos de inatividade podem ser prolongados, de

dias, semana, etc., muito comum em atividades sazonais, ou curtos de horas, caso em que a prestação de trabalho é interpolada em cada dia. (MARTINEZ, 2013, p.520).

De acordo com o art. 158 do Código de Trabalho, o contrato intermitente deve ser celebrado por escrito, indicando a jornada anual de trabalho ou o número de dias de trabalho durante o ano e, de tal modo, se o contrato não for escrito ou não consignar esses registros, será tido como contrato sem inatividade, o mesmo sucedendo quando a jornada registrada for superior a um contrato por tempo completo. Assim, Pacheco *et. al.* (2017, p.213) contribui que a não observância da formalidade escrita gera nulidade do pactuado.

Ao contrário do Brasil, em Portugal o contrato de trabalho intermitente possui especificação do número anual de horas de trabalho e, ainda, remunera o trabalhador através de uma compensação retributiva para o tempo de inatividade.

O Código Português prevê que a prestação de serviços intermitentes não seja inferior a seis meses por anos, dos quais é exigido que pelo menos quatro meses sejam consecutivos. A convocação deve ser feita com pelo menos 20 dias de antecedência que permite uma melhor organização em relação à assunção de compromissos e organização horária por parte do empregado. (AMADO, 2016, p.314).

O art. 160, 2 estabelece que as férias e a gratificação de Natal devem ser calculadas considerando a média dos valores recebidos nos 12 meses anteriores ou pelo período de duração do contrato, se menor. (FRANCO FILHO, 2017, p.8).

Restrições aos setores econômicos

Segundo Ramalho (2010, p.283), o trabalho intermitente em Portugal só pode ser admissível em empresas que exerçam atividades descontínuas ou com intensidade variável, sendo permitido que as partes acordem se a prestação será intercalada ou por períodos de inatividade. Pacheco *et. al.* (2017, p.213) complementa que essa limitação a empresas que exerçam somente atividades descontínuas é uma forma de impossibilitar a precarização da modalidade.

De forma distinta da legislação brasileira, cuja flexibilidade abrange praticamente todos os setores laborais e tipos de serviços, o diploma trabalhista português (art. 157º, nº 1) permite a contratação na modalidade intermitente no caso de empregador pessoa jurídica cuja atividade-fim seja executada de forma descontínua. Assim, as empresas que poderão recorrer à contratação intermitente são somente aquelas que exerçam atividades com interrupções (atividades sazonais), ou seja, que trabalham com atividades descontínuas ou intensidade de atividade variável. (SIVOLELLA, 2014).

O subsídio de disponibilidade

De acordo com Brito (2009, p.418-419), o trabalhador sob a égide do contrato intermitente possui direito a uma compensação em retribuição aos períodos de inatividade, diferentemente da legislação brasileira. Essa compensação tem por objetivo manter o trabalhador disponível para retomar o posto do trabalho, se comprometendo com a disponibilidade. Há de se pontuar que se o trabalhador ficar temporariamente impedido de prestar serviços, seja em decorrência de acidente ou doença, não tendo condições de responder à convocação, o empregador fica desobrigado a pagar a compensação retributiva, ficando o contrato de trabalho suspenso.

O trabalhador, durante o período de inatividade, está livre para exercer outras atividades, porém, durante esse mesmo período, está submetido a direitos, deveres e garantias. De tal modo, durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a uma compensação retributiva, cujo valor é estabelecido na regulamentação coletiva de trabalho e, na ausência desta, o valor será de 20% da retribuição base. (FRANCO FILHO, 2017, p.8).

Alves (2018, p.83) explica que a primeira definição do art. 157 do Código do Trabalho concentra a intermitência na atividade exercida pela empresa. Em empresa que exerça atividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inatividade. De tal forma, o trabalhador tem o direito a receber pelo menos 20% da retribuição base em razão do período de inatividade (art. 160). Assim, durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou, na sua falta, de 20% da retribuição base, a ser paga pelo empregador com periodicidade igual à retribuição.

Compreendeu o legislador português que o pagamento ou subsídio pelo período de inatividade como uma compensação necessária e devida a partir da assunção do risco da atividade empresarial pelo empregado, o que consiste em inversão do ônus do negócio. (SIVOLELLA, 2014).

Infelizmente não há, no Brasil, previsão de pagamento para período de inatividade do empregado. A lei brasileira estabelece que o período de inatividade é considerado como período indisponível do trabalhador. Isto se deve ao fato de o legislador entender que o período de inatividade permite que o empregado com múltiplos contratos possa exercer sua atividade em outras empresas, prestando seus serviços a vários empregados. (AMADO, 2016, p.314).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As recentes alterações trazidas pela Lei nº13.467 de 2017 proporcionaram diversas flexibilizações e alterações nas garantias adquiridas ao longo dos anos aos trabalhadores. O

contrato de trabalho intermitente surgiu no cenário brasileiro como uma consequência das relações modernas de trabalho, que visa à redução de custos. Como apresentado, a “Reforma Trabalhista” continua sendo alvo de grandes debates na jurisprudência e na doutrina em face das lacunas deixadas pela lei.

O contrato de trabalho intermitente é um contrato sem garantias e sem obrigações, ou seja, ausência de garantias legais ao trabalhador e inexistência de qualquer garantia de recebimento de salário mensal, pois a remuneração está condicionada à convocação por parte do empregador.

Sob a luz da Constituição Federal e dos preceitos do Direito do Trabalho, evidenciou-se o retrocesso social, em face a diversas garantias fundamentais, de observância obrigatória. De tal modo, o contrato de trabalho intermitente não é benéfico ao trabalhador, ele se encontra preso num “limbo temporal” sem percepção de salário e de garantia de trabalho, aguardando ociosamente pela convocação. Assim, o contrato de trabalho intermitente apenas possibilita a desvalorização do trabalhador, pois incentiva a marginalização na conduta da contratação.

Os autores da “Reforma Trabalhista” e seus apoiadores fizeram várias menções à existência da modalidade de trabalho intermitente em outros países. Entretanto, o modelo de contrato intermitente adotado pelo Brasil em nada se assemelha com os institutos estrangeiros analisados. A modalidade de contrato intermitente adotada no Brasil é tão flexível que possibilita o recebimento, pelo empregado, de valor inferior ao salário mínimo.

A legislação brasileira não distingue nem limita os setores ou ramos que poderão usufruir da contratação intermitente, autorizando largamente a sua utilização em todo o país. Entendimento este que contraria o direito português, que se utiliza dessa modalidade apenas para setores e ramos que tenham o caráter descontínuo ou sazonal.

O Código de Trabalho português foi redigido de forma minuciosa e detalhada. Em relação ao contrato intermitente, há maior previsibilidade, pois a atividade empresarial permite antever a necessidade da prestação laborativa de acordo com a necessidade do empregador. A principal característica do trabalho intermitente português é que os trabalhadores prestam serviços durante uma parte do ano, mantendo o vínculo laboral durante o resto do tempo. Os contratos poderão impor a duração da prestação de trabalho de modo intercalado ou consecutivo, sendo apenas exigida a obrigação de garantir seis meses de trabalho a tempo completo por ano ou consecutivos.

A legislação portuguesa também prevê o pagamento para o período de inatividade, estabelecendo o percentual mínimo de 20%, sendo que o contrato intermitente deve contar um número anual mínimo de horas em que o empregado deverá ser acionado pela empresa.

Compreendeu o legislador português que o pagamento ou subsídio pelo período de inatividade é uma compensação necessária e devida a partir da assunção do risco da atividade empresarial pelo empregado, o que consiste em inversão do ônus do negócio. Infelizmente não há, no Brasil, previsão de pagamento para período de inatividade do empregado. A lei brasileira estabelece que o período de inatividade é considerado como período indisponível do trabalhador.

Ao contrário do Brasil, em Portugal, o contrato de trabalho intermitente possui

especificação do número anual de horas de trabalho e ainda remunera o trabalhador através de uma compensação retributiva para o tempo de inatividade. O Código prevê que a prestação de serviços intermitentes não seja inferior a seis meses por anos, dos quais é exigido que pelo menos quatro meses sejam consecutivos. A convocação deve ser feita com pelo menos 20 dias de antecedência.

Em Portugal, o trabalhador é remunerado, ainda que parcialmente, pelo tempo à disposição, no que se distingue fundamentalmente com o modelo que se pretende adotar no Brasil.

Por todo o exposto, percebe-se a incompatibilidade do contrato de trabalho intermitente brasileiro com o ordenamento jurídico português. Torna-se imperioso que o instituto seja aplicado e interpretado com base nos princípios constitucionais e trabalhistas nacionais, em especial da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de extinguir a precarização da relação trabalhista, como também, adote medidas semelhantes ou iguais ao sistema português, assegurando benefícios que nossa legislação não regulamentou.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Zilmara. **A face sindical da Reforma Trabalhista: Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. 4. ed. ano 3. Brasília: Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar, 2017.

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Coordenadores: Arion Sayão Romita, Ives Gandra Martins Filho, Nelson Manrich Ney Prado e Rodolfo Pamplona Filho. v.82, jan./fev.2018. Porto Alegre: Magister, 2018.

AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho: noções básicas**. Coimbra: Editora Almedina, 2016.

ANAMATRA. **Considerações da Reforma**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. **Nota Técnica PLC 38/2017 – Reforma Trabalhista Aspectos de Inconstitucionalidade e de Antijuridicidade**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **Nota Técnica PLC 38/2017 – Reforma Trabalhista Aspectos de Inconstitucionalidade e de Antijuridicidade**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

ANDRADE, Vander Ferreira. **A dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Cautela, 2007.

BRASIL, **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/>

[_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>](#). Acesso em 17 fev. 2019.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei. 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. 2017.

_____. **Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. 2017.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho.** Recurso de revista nº 9891900-16.2005.5.09.0004. Recorrente: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Recorrida: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda.. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Brasília, 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20%20989190016.2005.5.09.0004&base=acordao&numProcInt=149779&anoProcInt=2007&dataPublicacao=25/02/2011%2000:00:00&query=>>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BRITTO, Pedro Madeira. **Código do Trabalho Anotado.** Coimbra: Editora Almedina, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à reforma trabalhista.** Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2017.

_____. **Direito do trabalho.** 14ª ed. São Paulo: Método, 2017, a.

CARNEIRO, Joana. **O contrato de trabalho intermitente: a relação laboral cimentada na segurança do emprego através do trabalho descontínuo.** Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

_____. **Curso de Direito do Trabalho.** 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

FIGUEIRAS, Vitor; BISPO, Bruna; COUTINHO, Pablo. **A reforma trabalhista como reforço a tendências recentes no mercado de trabalho.** In: Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil. Organizadores: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018.

FRANÇA, Fernando Cesar Teixeira. **Novidades do Contrato de Trabalho na Reforma Trabalhista.** In MONTEIRO, Carlos Augusto; GRANCONATO, Márcio (Org.). Reforma Trabalhista. São Paulo: Foco, 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalho intermitente. **Revista Magister de Direito do Trabalho.** Coordenadores: Arion Sayão Romita, Ives Gandra Martins Filho, Nelson Manrich Ney Prado e Rodolfo Pamplona Filho. v.81, nov./dez.2017. Porto Alegre: Magister, 2017.

HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e Contrato de trabalho intermitente: uma tentativa de aproximação dialógica junto ao senado. **Revista Magister de Direito do Trabalho.** Coordenadores:

Arion Sayão Romita, Ives Gandra Martins Filho, Nelson Manrich Ney Prado e Rodolfo Pamplona Filho. v.77, mar./abr.2017. Porto Alegre: Magister, 2017.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.1434.

MAIOR, Jorge Luiz Souto, **Trabalho intermitente e golpismo constante**. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária. São Paulo, v. 28, n. 334, p. 211-215, abr. 2017.

MANZANO, Marcelo; CALDEIRA, Christian Duarte. **Dinâmica recente do mercado de trabalho brasileiro ainda nos marcos da CLT**. In: Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil. Organizadores: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista - Entenda o que Mudou - CLT Comparada e Comentada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MENEZES, Caroline Porsche de; ALMEIDA, Almiro Eduardo de. Contrato de trabalho intermitente: os impactos da regulamentação nos direitos trabalhistas. **Revista Justiça e Sociedade**, v.3, nº1, 2018.

MINORI, Alan Fernandes. A Dignidade Humana e o Emprego: uma breve avaliação da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. **Estado, Jurisdição e Novos Atores Sociais**. São Paulo, Grupo Conceito, 2010.

NACIF, Cynthia Mara; SOUZA, Miriam Parreiras de. Reflexões sobre a aplicação do trabalho intermitente no trabalho doméstico. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. v.64, nº 97, p. 251-268, jan./jun. Belo Horizonte, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Compêndio de direito sindical**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, nº 51, 2017.

NORBIM, Luciano Dalvi. **Reforma trabalhista ao seu alcance**. Belo Horizonte: Líder, 2017.

PACHECO, Flávia *et al.* Análise comparativa normativa: trabalho intermitente no Brasil e em diplomas estrangeiros. **Revista Científica Faculdades do Saber**, v. 2, n. 3, 2017.

PORTUGAL, Lei 7/2009, de 12 de fevereiro. Código do Trabalho de Portugal. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/602193>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

PRETTI, Gleibe. **Trabalhador intermitente na prática - conforme reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2018.

RAMALHO, Mario do Rosário Palma. **Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais individuais**. Editora Almedina, 2010.

REBELO, Glória. **Flexibilidade e diversidade laboral em Portugal**. Centro de Estudos sobre a

mudança socioeconômica. abr., nº 50. Lisboa: Dinâmica, 2006.

SALES, Cleber Martins *et al.* **Reforma trabalhista comentada MP 808/2017: Análise de todos os artigos**. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

SILVA, Jose Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212, abril/junho, 1998.

SILVA JUNIOR, Luiz Carlos da. O princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro. Uma análise pragmática. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 18, n. 3651, 30 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24832>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: RT, 2017.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. **A dispensa coletiva e o direito fundamental à proteção ao emprego: a dignidade da pessoa humana na sociedade “econômica” moderna**. São Paulo: LTr, 2014.

TEIXEIRA, Érica Fernandes; GONÇALVES, Nicolle Wagner da Silva. Afrontas ao pacto constitucional: o trabalho intermitente regulamentado e a flagrante afronta aos direitos trabalhistas no Brasil. **Revista do Tribunal Regional. 10º Região**. v.21, nº2. Brasília, 2017.

TEIXEIRA, Érica Fernandes; GONÇALVES, Nicolle Wagner da Silva. Afrontas ao pacto constitucional: o trabalho intermitente regulamentado e a flagrante afronta aos direitos trabalhistas no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**. Brasília, v. 21, n. 2, p.40, nov. 2016.

POLÍTICAS DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO PELO CRIME DE ESTUPRO

RESOCIALIZATION POLICIES OF RAPIST PRISONER

Gilson Cássio de Oliveira Santos¹

Matheus Lucas Fonseca²

RESUMO: o trabalho consiste na dissertação a respeito da ressocialização de apenados especificamente no que tange ao crime de estupro. Objetivou-se contribuir para uma maior discussão no ambiente acadêmico a respeito de um tema bastante negligenciado historicamente, bem como pensar eventuais medidas alternativas, fugindo do pragmatismo comumente encontrado. Para isso, utilizou-se do método exploratório, através de pesquisa bibliográfica. Por meio desse instrumento, foi possível perceber a existência de políticas alternativas, passíveis de serem adotadas e executadas, no sentido de se buscar efetiva ressocialização do apenado pelo crime de estupro. Duas considerações nesse aspecto foram trabalhadas aqui, a reestruturação dos presídios e a atuação interdisciplinar do Direito, como foco na Psicologia Forense.

Palavras-chave: Estupro; ressocialização; pena; prisão; penitenciária.

ABSTRACT: this paper consists of the dissertation regarding the ressocialization of distressed specifically regarding the crime of rape. The objective was to contribute to a greater discussion in the academic environment regarding a historically neglected subject, as well as to think about possible alternative measures, avoiding the pragmatism commonly found. Was used the exploratory method, through bibliographic research. From this instrument, it was possible to perceive the existence of alternative policies, which could be adopted and implemented, in order to seek effective resocialization of the victim of the crime of rape. Two considerations in this regard were worked on here, the restructuring of the prisons and the interdisciplinary action of Law, as a focus in Science Forensic Psychology.

Keyword: Rape; re-socialization; feather; prison; penitentiary.

1 - Introdução

A despeito do ato do estupro ter sido localizado no curso da história da humanidade e se mantido ainda nos dias atuais. O presente artigo objetiva avaliar possíveis políticas de

1. Doutor em Sociologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Sociólogo da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES) e professor da Faculdade Santo Agostinho.

2. Bacharel em Direito pela Faculdade Santo Agostinho.

ressocialização daquele que comete o ato infrator: o estupro. Aqui, analisou-se o panorama que envolve a ressocialização do estupro no sistema penal brasileiro e, a partir de tal análise foi possível perceber as falhas nos processos de ressocialização, inclusive no que tange o arcabouço normativo típico (normas penais e processuais penais). Tomando por base a atual situação, se torna aceitável se afirmar que a ressocialização do apenado no crime de estupro, se não for impossível ou quase nula, é muito difícil.

Destarte, formatou-se o presente estudo para a discussão sobre eventuais medidas que se mostram aptas a modificar o atual quadro no que tange a ressocialização do apenado. A seguir, serão apresentadas medidas já propostas e discutidas, bem como realizado um confronto com os Princípios Fundamentais de nossa atual ordem constitucional. Serão apresentadas possíveis medidas que fogem do persistente e “pragmático” discurso de aumento exacerbado de pena em razão da hediondez do delito tratado ou até mesmo da possibilidade de aplicação de uma prisão voltada a perpetuidade (o que se manifesta como nítida, evidente e flagrante violação à inúmeros preceitos constitucionais). O que se pretende para o presente artigo é analisar atuais propostas em pauta; apresentar novas práticas tomando como base a Política Criminal aplicada em outros países, fazendo uso do Direito Comparado; bem como, apresentar medidas afetas a Psicologia Jurídica para propiciar a ressocialização.

O presente artigo foi construído a partir de pesquisas exploratórias de revisão de literatura, tendo dividido a discussão em dois blocos, que se refletem nos próximos tópicos após esta introdução: o tópico 2 apresenta uma avaliação das formas de detenção alocadas ao estupro. Já o tópico 3 realiza uma discussão sobre a teoria psicológica forense, tratando-se de um esforço em evidenciar a importância da articulação interdisciplinar do direito na resolução de uma questão social complexa e de difícil resolução.

2- Das “celas de seguro” ao cumprimento da pena em estabelecimento prisional próprio

Antes de pensar propriamente nas políticas de ressocialização do estupro, buscou-se dar destaque para o cumprimento de pena as quais são submetidos no cárcere, principalmente no que diz respeito às constantes humilhações; violências, torturas e até mesmo riscos de vida, que os outros presos e que as regras “informais e infraestatais” lhe submetem, conforme salienta Machado (2014). Destarte, a proposta da presente discussão reside-se na conclusão da atual impossibilidade dos apenados ao crime de estupro conviverem dentro de um estabelecimento prisional com demais apenados de outros tipos de crime.

É claro que qualquer proposta no sentido de destinar estabelecimentos prisionais próprios para os criminosos sexuais hoje, no Brasil, esbarra de maneira absoluta na inviabilidade e na total falta de investimentos dos Poderes Públicos em efetivar tais políticas. Oferecer qualquer proposta sem levar em conta a realidade atual da política carcerária e a indiscutível falência do sistema prisional do país seria propor medidas impossíveis de se implementar, inviáveis por si

sós. Nessa perspectiva, toda e qualquer proposta no que tange eventual modificação da política prisional deve levar em conta que o Brasil, hoje, é o país que mais encarcera na América Latina e, junto a isso, se torna nítido pelas Instituições Públicas e pela sociedade em geral, inúmeras violações a Direitos Humanos que acontecem dia-a-dia nos estabelecimentos prisionais, conforme estabelece Oliveira (2007).

Dito isso, toda proposta visando uma melhor ressocialização de qualquer apenado, especialmente no que tange ao crime de estupro, deve levar em consideração o quadro geral que é vivenciado hoje pelas penitenciárias brasileiras. Seguindo essa mesma linha de raciocínio discorre Oliveira (2007, p. 4/5) em trabalho realizado sobre a “Falência da Política Carcerária Brasileira”:

No país, infelizmente, a política carcerária sempre esteve relegada a um plano secundário, entrave este que dificulta a implementação de políticas públicas penais. Por isso mesmo não é novidade o fato de que os estabelecimentos prisionais constituam um espaço propício para a produção e reprodução da violência. Os maus-tratos, a superlotação, a precariedade das condições da vida, as arbitrariedades de toda ordem dentro dos sistemas penais, contribuem para o embrutecimento da população carcerária, além do que, revela a incapacidade, a incúria do poder público em gerenciar o contingente populacional carcerário e em assegurar o cumprimento da Lei de Execuções Penais - LEP. (...)

Convém lembrar que o Brasil tem um sistema prisional que funciona precariamente, sendo, portanto, incapaz de atender a toda a população carcerária, até mesmo em termos de acomodações. O número de vagas nas unidades penais é sabidamente insuficiente para atender à demanda sempre crescente, o que se torna ainda mais lamentável. Nesse sentido, o país enfrenta o que se denomina falência do sistema penitenciária (sic) expressa na: superlotação dos presídios; falta de recursos materiais e humanos; insuficiência de trabalhos para todos os internos; falta de preparo específico do pessoal penitenciário; questão sexual da prisão; ociosidade e violência.

Tomando esse panorama como pressuposto de qualquer proposta a ser pensada, conforme ensina Assis (2007), conclui-se que o atual quadro de superlotação das penitenciárias brasileiras inviabiliza de maneira precisa a disposição constitucional da individualização da pena (art. 5, XLVI, CRFB), dificultando bastante a destinação por parte do Estado de um tratamento penal adequado ao apenado, levando em conta as suas particularidades fixadas em seu exame criminológico.

Dito isso, o que esse ponto do capítulo propõe seria um quadro próximo do ideal, especificamente no que tange ao apenado do crime de estupro, propiciando um ambiente carcerário mais apto às suas particularidades e especificações, objetivando sua ressocialização e a sua reintegração ao corpo social.

Salientando a visão de Marques Junior (2007), o apenado por um crime sexual, quando possui contato com os demais encarcerados, é vítima das mais variadas agressões dentro do cárcere, inclusive sofrendo o mesmo crime que o levou ao encarceramento, violações sexuais forçadas. Uma alternativa que a administração penitenciária encontrou para tentar coibir tal prática foi a destinação desses apenados às “celas de seguro”. Assim como registrou Marques Junior (2007) em seu trabalho, tanto juízes, promotores e os responsáveis pela administração carcerária sabem que as agressões, violências e as violações sexuais são práticas recorrentes quando estes têm contato com os demais presos e, a única alternativa encontrada, reside-se na destinação desses apenados por crimes sexuais às celas de seguro, que nada mais são que celas separadas para estes indivíduos. Não obstante esta alternativa, apesar de em um primeiro olhar aparentar ser uma medida positiva, implica-se também em certas ilegalidades na execução da pena, visto que tais “celas de seguro” não guardam previsão legal e acarretam ainda mais superlotação carcerária em relação aos outros presos.

Dessa forma, em que pese as “celas de seguro” passem essa impressão de segurança aos apenados por crimes sexuais, muitas vezes elas se mostram impotentes diante da forte estrutura e da organização criminosa formada dentro das penitenciárias. Isso é perceptível, de acordo com os ensinamentos de Marques Junior (2007), quando ocorrem rebeliões dentro dos estabelecimentos prisionais, onde os apenados por crimes sexuais, mesmo estando em “celas de seguro”, são os primeiros a serem feitos de reféns, serem mortos e aparecerem com cabeças decapitadas.

Destarte, diante da inviabilidade de se garantir a segurança desses apenados através das “celas de seguro”, o ideal seria que o Estado passasse a investir em estabelecimentos prisionais próprios para apenados em crimes sexuais, o que propiciaria um ambiente consideravelmente mais apto a se buscar a ressocialização desses indivíduos, assim como tem feito a Secretaria de Administração Penitenciária de SP, de acordo com Marques Junior (2007) e no Centro de Detenção Provisória de Parnamirim, conforme Barbosa (2016).

Na medida em que existissem estabelecimentos prisionais destinados unicamente a apenados por crimes sexuais - especialmente para estupradores - se tornaria mais fácil cumprir as disposições da Lei de Execução Penal, principalmente no que diz respeito à imposição de uma pena voltada para os aspectos individuais, fixados em seu exame criminológico, sem falar na possibilidade de proporcionar um cumprimento de pena (voltado ao aspecto ressocializador) sem se preocupar com constantes violações e represálias por parte de outros detentos. Nessa perspectiva, realizando-se um olhar a longo prazo, tal medida seria extremamente válida no sentido de proporcionar um panorama totalmente diferente do que hoje é encontrado nas penitenciárias brasileiras que possuem apenados por crimes sexuais entre seus detentos

(NUNES, 2016).

Todavia, como foi ressaltado no início desse tópico, a medida se esbarra na falta de investimento do Poder Público no sistema carcerário como um todo. Dessa forma, como alternativa à implementação da medida supracitada, impedindo que se torne uma mera proposta inócua, seria válido trazer para a presente discussão a possibilidade de realização de privatização dos presídios públicos ou até mesmo a possibilidade de implementação de Parcerias Público-Privadas que, em que pesem serem medidas altamente controvertidas pela doutrina especializada, merecem uma maior atenção na verificação de sua viabilidade prática, partindo da premissa da superlotação do sistema carcerário brasileiro.

Nesse panorama, Carvalho (2014) expõe que privatizar seria subsidiar certos serviços públicos ao setor privado, desafogando o Poder Público da incumbência de efetivar determinados serviços. Especificamente sobre a privatização do sistema prisional, Thamer e Lazzarini (2010) elencam que ela pode se efetivar de duas maneiras: por meio da privatização completa, destacando-se os exemplos dos Estados Unidos; Reino Unido; Austrália e África do Sul; ou por meio do modelo de gestão compartilhada, inspirada no modelo francês, impondo-se uma atuação conjunta do Poder Público e das Organizações Privadas.

No Brasil, mais especificamente, temos a aplicação da modalidade da gestão compartilhada, já efetivada há alguns anos, sendo válido trazer para o trabalho as constatações obtidas por Santos (2011, p. 4), em trabalho realizado sobre o assunto, conforme esclarece:

No Brasil as experiências que temos são de gestão compartilhada de presídios. A aplicação da Lei de Execução Penal, no que se refere ao meio ambiente e à assistência ao preso, é mais facilmente efetivada, nesse sistema, do que naquelas penitenciárias totalmente estatais. Na co-gestão o estado terceiriza serviços ao parceiro privado, tais como: refeições, uniformes, lavanderia, parcerias para emprego de detentos (regime semi-aberto), entre outros. As experiências nacionais estão em algumas penitenciárias do Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo e Santa Catarina (O Paraná, que foi o pioneiro nesse sistema, retomou totalmente a administração de seus presídios). São 16 penitenciárias com 7.346 detentos. O Estado entrega, por um período de até cinco anos, uma prisão para a empresa cuidar de toda a administração interna, da cozinha aos agentes penitenciários.

Nessa perspectiva, o instituto teve início no Brasil no ano de 1999, no Estado do Paraná, seguindo o estilo do modelo Francês (gestão compartilhada), sendo posteriormente instituído em outros Estados da Federação, conforme esclarecem Thamer e Lazzarini (2010). Ademais, é salutar ressaltar que, segundo estudos realizados nos estabelecimentos privatizados no Estado do Paraná pelos supracitados autores, tais privatizações apresentam menores custos ao Poder

Público, além de se mostrarem mais seguros (menor incidência de fugas e mortes), quando comparadas com os demais estabelecimentos prisionais não privatizados.

Todavia, é válido frisar que tal eficácia na implementação do instituto estaria diretamente relacionado à um efetivo monitoramento pelo Poder Público do serviço prestado pela Iniciativa Particular, na medida em que uma constante fiscalização compele o particular a manter o padrão de qualidade exigido pela legislação de regência, notadamente os artigos 12, 83, 85 e 88 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984), que trazem importantes disposições tais como: o fornecimento de instalações higiênicas; proporcionamento de áreas destinadas a dar assistência, educação, trabalho e prática esportiva; a exigência de que o estabelecimento penal deva ter lotação compatível com a sua estrutura e com a sua finalidade; e a exigência de cela individual com ambiente devidamente salubre, conforme estabelece Santos (2011), disposições tão violadas pela maioria dos estabelecimentos prisionais do país. Ademais, para finalizar, seria válido também fazer menção a possibilidade de realização das PPPs - Parcerias Público-Privadas, instituto regulamentado pela Lei 11.079/2004, possibilitando a sua implementação de duas formas: a concessão patrocinada e a concessão administrativa, que, na opinião de Santos (2011, p. 11), traria ainda mais benefícios para a sociedade e para a Administração Pública:

A utilização de parcerias público-privadas, em nosso modesto entendimento, traz ainda mais benefícios para a sociedade que o modelo de gestão compartilhada. Com as PPPs o estado não investe, diretamente, na construção e manutenção do complexo penitenciário, pois esse ônus fica a cargo do parceiro privado e, com a criação de novas unidades prisionais, a tendência é de que o problema da superlotação carcerária seja significativamente minimizado. Quanto à obediência aos requisitos previstos na Lei de Execuções Penais referentes ao cumprimento da pena (em condições dignas) e na Constituição Federal (dignidade da pessoa humana), o parceiro privado tem a obrigação contratual de cumpri-los, haja vista que a desobediência a essas obrigações gerará sanções administrativas e, principalmente, pecuniárias, por parte do Estado-contratante. Nesse sistema, em princípio, o preso terá oportunidade de cumprir sua pena de forma digna e haverá instrumental (sic) adequado para possibilitar que ele alcance a ressocialização, retornando, finalmente, ao convívio harmônico em sociedade.

Nessa perspectiva, retomando ao objeto principal da proposta deste ponto do capítulo, possibilidade de instituição de estabelecimentos prisionais próprios para os apenados aos crimes sexuais, em que pese a indubitável dificuldade Estatal em arcar com efetivas políticas carcerárias hábeis a proporcionar o cumprimento da pena imposta de acordo com as disposições

da Lei de Execução Penal, levando em conta a personalidade e demais aspectos subjetivos do indivíduo, uma viável alternativa se daria na instituição de parcerias entre o poder público e entre o setor privado. A atual conjuntura do sistema carcerário, não só do sistema carcerário, como de diversos outros segmentos em que é imprescindível uma prestação positiva do Estado, demonstra a impossibilidade do poder público em prover, sozinho, todas essas necessidades (BRITO, 2018).

Destarte, essas alternativas seriam de fundamental importância na consecução do objetivo primordial do Estado Democrático de Direito, notadamente a garantia dos Direitos Fundamentais assegurados na Constituição Federal, evidentemente que somadas a outros fatores externos a propositura do ordenamento jurídico positivado, que é o caso da atuação da psicologia forense, a ser abordada no próximo tópico.

3-A importância da psicologia forense na ressocialização do apenado

Há tempos que a teoria pura do Direito, criada por Kelsen (2009) dentro da perspectiva do seu positivismo jurídico, foi superada. Pensar na aplicação de um Direito puro e simples, dissociado de qualquer outra ciência é inconcebível. E é nesse ponto que as outras ciências ganharam força no âmbito da aplicabilidade do Direito, trazendo outras cosmovisões e formas de se pensar e de se aplicar a ciência jurídica. A partir disso é que se percebe a importância da interdisciplinaridade na aplicação no Direito, realizando, dessa forma, uma análise global dos fenômenos, dos fatos, em seus diferentes aspectos. Trata-se, na visão de Sá (2007), de uma compreensão do mundo conquistada por meio de conhecimentos interdependentes, indo muito além de um simples modo de conhecer, mas também um modo de agir consciente, disciplinado, que se desenvolve em uma dinâmica relação de intersubjetividade entre as pessoas e entre os diferentes modos de pensar, realizando-se uma relação dialética entre esses aspectos e o mundo. Muito além disso, o referido autor nos permite pensar de forma a ampliar ainda mais os horizontes do conhecimento e do pensar, através do que ele e outros autores denominam de “transdisciplinaridade”.

Nessa perspectiva, transdisciplinaridade seria muito mais do que proporcionar um encontro entre pessoas e conhecimentos, mas também no sentido de proporcionar um encontro de mútua compreensão, ao nível de valores, de ética e de cultura, ou seja, de se emancipar do apego defensivo à sua história. Ao traçar esses conceitos, o autor os correlaciona com a questão penitenciária, de forma ampla: (SÁ, 2007, p. 186):

A transdisciplinaridade pode ser entendida aqui como uma transposição das fronteiras dos diversos ramos do conhecimento e das diversas ciências, em busca de uma visão mais abrangente, mais holística do cárcere e dos encarcerados. De fato, a realidade do cárcere e dos encarcerados não se sedimenta de acordo com os diferentes ramos do conhecimento. (...)

Transdisciplinaridade, vista desta forma, já é por certo um desafio.

Dito isso, tomando essa breve introdução de conceitos a título de intróito para a proposta que se pretende para esse tópico, estamos em condições de refletir sobre a importância da utilização de outras disciplinas, em especial a Psicologia, no que tange a aplicação do Direito.

Realizando uma análise simplória, o papel da Psicologia na aplicação do Direito se resume a auxiliar o sistema legal, das mais variadas formas possíveis. Logo, de forma bem abrangente, a Psicologia Forense se refere a aplicação da psicologia ao sistema legal, conforme expõe Huss (2011). Para Carreiro (2012), a Psicologia Forense atua de forma a estudar os comportamentos complexos que ocorrem da interface com o campo jurídico. Huss (2011) nos traz a grande variedade de situações que tal conceito permite aplicar a Psicologia no Direito, tais como no que tange a identificação da psicopatia; inimputabilidade e responsabilidade criminal; avaliação de risco no momento da sentença; guarda dos filhos; danos pessoais; e responsabilidade civil, bem como em relação à violência contra a mulher; a avaliação e intervenção com vítimas de abuso sexual; a caracterização e tratamento de adolescentes e adultos infratores, de forma a identificar as características das pessoas envolvidas, vítimas e agressores, buscando instrumentos precisos de avaliação e tratamento desses indivíduos. Mesmo entendimento é percebido em Carreiro (2012).

Na medida em que o presente trabalho se restringe a ressocialização de estupradores, nos ateremos a aplicação da Psicologia Forense no âmbito do Direito Criminal, especialmente no papel desempenhado no que tange ao Direito Penitenciário, com destaque para deixar o apenado mais manejável no ambiente prisional e reabilitá-lo para o seu retorno à sociedade, conforme nos traz Huss em sua obra (2011).

Um conceito bastante interessante trazido pelo autor Huss (2011) em sua obra *Psicologia Forense* é o de jurisprudência terapêutica. Segundo o autor, jurisprudência terapêutica pode vir a ser entendido como o conjunto de impactos, sejam eles positivos ou negativos, que resultam da aplicação do Direito, em suas mais variadas formas. Destarte, Jurisprudência Terapêutica é um conceito bastante amplo, que não guarda correlação apenas com os efeitos advindos da aplicação da lei ou de determinada regra jurídica. Nesse sentido disserta Huss (2011, p. 32):

A jurisprudência terapêutica inclui não só o impacto da lei codificada ou da jurisprudência, mas também o processo legal menos formal que pode focar as ações dos juízes ou advogados. Como a JT se espalhou, ela também tem sido aplicada de modo mais geral para sugerir algum outro modo pelo qual a lei possa ser terapêutica (útil de alguma maneira) ou antiterapêutica (detrimental de alguma maneira).

Nessa perspectiva, em que pese o supracitado autor dar um maior enfoque para esses

efeitos, positivos ou negativos, em relação às vítimas (por exemplo em relação a omissão de um juiz em destinar tratamento aos perpetradores de violência doméstica), essa definição abrangente de jurisprudência terapêutica nos permite utilizá-la também no presente trabalho, no que tange aos efeitos negativos que o atual tratamento destinado aos estupradores nas penitenciárias brasileiras resultam na pífia ressocialização dos mesmos.

Nesse panorama, esses efeitos negativos que os apenados ao crime de estupro sofrem dentro do cárcere, tais quais as inúmeras violências (inclusive sexuais); humilhações; e torturas; indubitavelmente afetam o aspecto ressocializador que o Estado, pelo menos legalmente, deveria buscar e deve ser levada em conta, de forma consciente, no momento da atuação do Psicólogo Forense.

Isto posto, partindo agora mais para o aspecto prático da Psicologia Forense, é salutar ressaltar as três formas de manifestações em que pode se resultar da aplicação da Psicologia Forense junto ao direito, na medida em que iremos nos ater a duas em especial. Segundo Huss (2011), a prática forense da Psicologia pode ser dividida em: avaliação; consultoria; e tratamento, cada uma guardando as suas devidas peculiaridades em cada caso específico. Tendo em vista o objeto primordial do presente trabalho, a atuação do Psicólogo no que tange a consultoria não será abordada, dando-se um maior enfoque à avaliação e em relação ao tratamento.

Como bem preceitua Huss (2011), a avaliação forense, diferentemente da avaliação clínica ou terapêutica, assume o papel de coletar informações a respeito da saúde mental do indivíduo e, conseqüentemente, assume o papel também de informar a “corte” sobre as informações coletadas, visando auxiliar os operadores do direito (de forma bastante ampla) na aplicação do sistema legal, em suas mais variadas formas. Da mesma forma, a autora Carreiro (2012) discorre que a avaliação forense atua de maneira a predizer ou prognosticar condutas futuras, auxiliando na identificação da periculosidade de criminosos e na identificação da capacidade potencial para sua reincidência.

De acordo Sá (2007, p. 190), especialmente para o caso brasileiro, levando em conta as disposições da legislação de regência (Lei de Execução Penal), podemos identificar a avaliação forense da seguinte forma:

Visando e respeitando a individualização, a LEP, antes da reforma introduzida pela Lei 10.792/2003, previa três instrumentos de avaliação técnica dos encarcerados: o exame criminológico (arts. 8º e 112), o exame de personalidade (art. 9º) e o parecer das Comissões Técnicas de Classificação (CTC) (arts. 6º e 112). Após a reforma, continuam sendo previstos o exame criminológico feito para fins de classificação e individualização (art. 8º) e o exame de personalidade (art. 9º). O exame de personalidade é referido explicitamente e conceituado no item 34 da Exposição de Motivos da LEP.

Assim como afirma Sá (2007), o exame criminológico, mais voltado para o binômio delito-delinquente, deve ser realizado para uma melhor individualização do apenado e para a execução de sua pena, sendo composto de estudos jurídico, social, psicológico e psiquiátrico. Já o exame de personalidade não parte do aspecto criminoso do apenado e sim se volta para a pessoa do condenado, os seus aspectos intrínsecos, se consubstanciando não em uma “perícia” (como o exame criminológico) e sim em um exame clínico.

Dito isso, se torna bastante claro a imprescindibilidade da Psicologia Forense no momento da individualização do apenado para cumprimento de sua respectiva pena, principalmente na necessidade de utilização do que Huss (2011) denomina de princípio da responsividade, que consiste na necessidade de implementar programas adequados ao tipo apropriado de tratamento com a equipe adequada de tratamento, tudo com base na peculiaridade de cada crime e na peculiaridade de cada agressor sexual.

Foi nesse sentido que Carreiro (2012) realizou um trabalho traçando o perfil dos criminosos sexuais em um presídio no Estado do Paraná. Segundo a autora, ao tentar compreender a individualidade de cada criminoso, em especial os criminosos sexuais, o psicólogo se depara com as tipologias dos agressores. De primeiro momento tal ideia pode sugerir um viés de rotulação, o que aparenta ser algo pejorativo, entretanto, tal tipologia dos agressores sexuais atua no sentido de atender de forma adequada a cada um dos agressores, propondo estratégias especializadas, sempre com o objetivo final de diminuir a reincidência por meio das avaliações de risco desse determinado apenado.

Inclusive, um ponto de fundamental importância que a supracitada autora destaca em sua obra, diz respeito à possibilidade do psicólogo forense se deparar com um sujeito com fortes indicativos de psicopatia que, segundo Huss (2011), é uma forma específica de transtorno da personalidade antissocial, prevalente em indivíduos que cometem uma variedade de atos criminais e se comportam de forma irresponsável o que dificulta bastante, ou até impossibilita, as chances de propiciar a ressocialização deste indivíduo.

Ainda sobre a importância da avaliação realizada pelo Psicólogo Forense, Huss (2011) expõe sobre a grande variedade de agressores sexuais, o que implicaria, também e logicamente, em uma variedade de tratamentos e execuções da pena diferenciadas, tudo visando a ressocialização e a consequente diminuição da reincidência deste apenado. Sobre essa avaliação visando o risco de reincidência, assim disserta Carreiro (2012, p. 40):

Ao se propor avaliar o risco de reincidência é importante se focar nos fatores de risco (estáticos e dinâmicos) que estão relacionados à reincidência a longo prazo. (...) os fatores estáticos são históricos e imutáveis e compreendem: o histórico de múltiplas vítimas; múltiplas parafilias; vítimas extrafamiliares; vítimas estranhas; comportamento com padrão predatório; uso de força no crime; presença de excitação sexual desviante; presença de minimização ou

negação; história de comportamento antissocial não sexual; presença de comprometimento neurológico; falha no programa de tratamento; história de trabalho instável e história de relacionamento instável. E os fatores dinâmicos que compreendem: a presença contínua de excitação sexual desviante, falta de participação em programas de tratamento, persistência da negação e violação da liberdade condicional.

Dito isso, partindo do pressuposto que as variáveis estáticas dificilmente se alteram, Carreiro (2012) expõe que o psicólogo forense deve sempre se manter atento e focado às variáveis dinâmicas no momento da realização da avaliação de risco dos agressores sexuais, bem como no momento de implementar o tratamento desses agressores, com vistas à ressocialização, o que coaduna com o entendimento de Huss (2011).

Visando encerrar a respeito das avaliações realizadas pelos psicólogos forenses, se torna útil, também, trazer para o presente estudo uma série de instrumentos desenvolvidos pelos estudiosos no que tange a previsão da probabilidade de um agressor sexual retornar a praticar um novo crime sexual. Trata-se dos instrumentos de avaliação de risco, que têm o objetivo de prevenir que um agressor sexual volte a cometer o mesmo delito que outrora o levou ao cárcere, de acordo com ensinamento de Carreiro (2012).

Huss (2011), em sua obra, elenca os principais instrumentos que, nesta oportunidade, aproveito para elencar: Risco de Violência Sexual-20 (SVR-20); Guia de Avaliação do Risco de Violência Sexual (SORAG); o RRASOR; e o Static-99, cada um com suas diferentes e complexas formas de avaliação sobre o agressor sexual, com diferentes aspectos e diferentes pontuações, as quais o autor chama de “escores” (HUSS, 2011, p. 151/152).

Carreiro (2012) utilizou um desses instrumentos para traçar o perfil dos criminosos sexuais de um presídio no Paraná com o objetivo de aferir o grau de possibilidade de reincidência desses apenados, inclusive tendo traduzido para o português o Static-2002R, uma espécie de melhoramento do instrumento Static-99 citado por Matthew T. Huss (CARREIRO, 2012, p. 42). A título exemplificativo, é válido transcrever para o presente trabalho uma pequena parte dos resultados que a autora coletou através do uso do Static-2002R (CARREIRO, 2012, p. 54/55):

Observa-se que 39% (n=33) dos participantes da pesquisa foram classificados no Static-2002R, como apresentando Risco Baixo de reincidência que engloba a pontuação de -2 até 2. Quanto ao risco Moderado-Baixo que compreende os infratores que pontuaram 3 ou 4 no Static-2002R totalizou 24% (n=20) dos participantes. Os infratores que pontuaram 5 ou 6 no Static-2002R e foram classificados com Risco Moderado compreendeu 18% (n=15) dos participantes. Em relação aos infratores que foram classificados como apresentando Risco Moderado-Alto (pontuação no Static-2002R de 7 e 8)

totalizaram 15% (n=13) dos participantes. Por último, a amostra contou com 4% (n=3) dos participantes que pontuaram 9 ou mais no Static e foram classificados como Risco Alto de reincidência.

Por conseguinte, pelas conclusões a que a supracitada autora chegou através da implementação do referido instrumento de avaliação e prevenção à reincidência, se torna nítido a complexidade de tais instrumentos, na medida em possuem uma grande variedade de aspectos a serem levados em conta (fatores dinâmicos e estáticos), bem como possuem pontuações diferenciadas. Ademais, a autora também utilizou um outro mecanismo no seu estudo de campo, denominado de “classificação do Centro de Tratamento de Massachusetts, para estupradores de adulto MTC:R3 e para os Estupradores de crianças MTC:CM3”, também dotado de alta complexidade no que tange seus aspectos e pontuações, conforme Carreiro (2012).

Feita a análise acerca da atuação da Psicologia Forense no que tange a avaliação, é importante dissertar a respeito da atuação da Psicologia Forense no que toca o tratamento junto aos agressores sexuais. *A priori*, é perceptível que ambas as manifestações da Psicologia Forense não possuem total diferenciação em relação a sua aplicabilidade, tendo em vista que é perfeitamente possível uma incrementar a atuação da outra (a avaliação também exerce um imprescindível papel no tratamento).

A título de exemplo, o exame criminológico e o exame de personalidade possuem total correlação e influenciam diretamente em relação ao tratamento que será realizado na pessoa do agressor sexual, tendo em vista que a execução da pena é, ou pelo menos deveria ser, individualizada (levando em conta o Princípio da Responsividade citado por Huss). Nessa perspectiva, a aplicação conjunta dos dois é de fundamental importância para a ressocialização do apenado.

Huss (2011), ao analisar diversos estudos sobre tratamentos dos apenados, pôde perceber que a maioria dos estudiosos do assunto acreditava que os tratamentos que possuem uma abordagem cognitivo-comportamental com foco no comportamento e aquisição de habilidades para a vida juntamente com a correção das atitudes e crenças que levam ao comportamento antissocial, possuem significativamente mais chances de obterem êxito na ressocialização do que os que não são cognitivo-comportamentais.

Partindo desse pressuposto, caso os tratamentos tenham como objeto primordial as “necessidades criminogênicas”, que são aquela soma de fatores que sempre levam o grupo de indivíduos a cometer a atividade delitiva e que compõe as necessidades que esses indivíduos buscam satisfazer quando praticam tal conduta, estariam ampliadas as chances de proporcionar uma mudança de comportamento para esses indivíduos.

Ao realizar uma correlação entre esse tipo de tratamento em relação ao tipo específico de indivíduo, os agressores sexuais, Huss (2011, p. 156) assim dissertou:

O tratamento cognitivo e cognitivo comportamental têm seu foco na relação

entre os padrões de pensamento distorcido e os comportamentos maladaptativos. Os componentes cognitivo-comportamentais focam na minimização por parte do agressor, negação e dano à vítima. O objetivo é reduzir a negação do agressor e a minimização que ele faz da agressão, além de fazê-lo perceber o dano que infligiu à vítima (...). A negação e minimização geralmente funcionam como uma maneira de proteger o agressor de se dar conta das verdadeiras consequências do seu comportamento, e muitos programas acreditam que essas questões devem ser confrontadas para que o agressor sexual participe efetivamente do tratamento (...). A abordagem cognitivo-comportamental também aborda as atitudes e crenças sobre mulheres e crianças que provavelmente resultam em comportamentos de agressão sexual ou interesses desviantes que conduzem ao comportamento inadequado. As atitudes que sexualizam completamente as mulheres e encaram as crianças como equivalentes sexuais dos pares adulto são questões que geralmente são abordadas.

Nessa perspectiva, esse tratamento cognitivo-comportamental consiste em fazer o agressor sexual ter plena consciência de todas as consequências dos seus atos, seja na vítima, na família da vítima, ou em qualquer outra pessoa que também se viu atingida pela agressão sexual que ele cometeu. Dito isso, forçar esse confronto de ideias juntamente com o agressor sexual se mostra de fundamental importância tendo em vista que, caso o agressor sexual realmente pare e reflita sobre as consequências do seu ato, o tratamento irá passar a ser bilateral na medida em que o agressor irá participar juntamente com o psicólogo forense, o que traria consideráveis chances de êxito para a ressocialização desse indivíduo. Carreiro (2012, p. 66) também dissertou a respeito deste método de tratamento destinado aos agressores sexuais:

Uma das abordagens utilizadas nos programas de tratamento para o agressor sexual é a terapia cognitiva-comportamental, que concentra seu foco de tratamento nos ciclos de agressão sexual e em técnicas para interromper esses ciclos; na alteração das crenças, fantasias e racionalizações que justificam e perpetuam o comportamento sexual agressivo, e, no controle e gerenciamento da raiva.

Outro aspecto fundamental a ser ressaltado se deve ao fato do psicólogo forense realizar certos confrontos entre tabus que vigem na sociedade, especialmente relacionados às crenças sobre mulheres e crianças, que possuem grande influência no número de agressões sexuais, das mais variadas formas, que são realizadas diariamente em distintas culturas. Trabalhar esse tipo de pensamento, antes de ser um método de tratamento de agressores sexuais, deveria ser realizado

diariamente por todas as famílias, pela sociedade de uma forma geral e pela grande mídia, o que surtiria muito mais efeito para a prevenção de crimes sexuais.

Outro ponto interessante que o autor Huss (2011) abordou em sua obra foi o da prevenção de recaída, realizando, inclusive, uma metáfora entre os agressores sexuais e indivíduos que abusam de substâncias viciantes. Destarte, tal método de tratamento se deve ao fato de que o agressor sexual deve evitar uma série de comportamentos e de pensamentos que, outrora, lhe conduziram a praticar a agressão sexual. Realizando esse trabalho, o agressor estará alertado quando esse tipo de acontecimento ou pensamento ocorrer, de modo em que ele poderá, quando perceber que está em na iminência de rescindir, dar uma maior atenção à esses aspectos e buscar maneiras de prevenir que a agressão sexual ocorra.

Além dessas hipóteses de tratamento, Huss (2011). A primeira proposta foi mencionada como possível medida a ser implementada para propiciar a ressocialização de estupradores, no Brasil: a utilização da Castração Química como um direito subjetivo do apenado ao crime de estupro. Segundo Huss (2011), um componente final que pode ter sucesso no tratamento desses indivíduos seria a abordagem farmacológica que, segundo ele, consiste na administração de drogas que usualmente reduzem a testosterona, atenuando, assim, a probabilidade de excitação física, fantasias sexuais e interesse sexual em geral. Todavia, assim como foi feita uma ressalva nesse mesmo sentido, o referido autor também alerta para o fato de que muitos agressores sexuais não visam apenas à obtenção de sexo, atuando com uma série de outras motivações.

Diante de tudo isso que aqui foi exposto a respeito da utilização da Psicologia Forense, na perspectiva da interdisciplinaridade, é possível chegar à conclusão que o tratamento dos agressores sexuais pode possibilitar uma melhora no atual quadro. É verdade que certos indivíduos possuem um comportamento que dificultam a aplicação de tais práticas, no entanto, em outros casos, esses tratamentos, se utilizados da forma correta e obedecendo ao Princípio da Responsividade, poderiam melhorar incisivamente o atual quadro da reincidência no que tange aos crimes sexuais no Brasil.

Considerações Finais

Diante do exposto neste trabalho, percebe-se o grau de complexidade em se lidar com o tema e, principalmente, de se propor mudanças hábeis a proporcionar alterações no *status quo ante*. Aliado ao problema da completa ineficácia estatal no que tange ao aspecto ressocializador da pena imposta ao agressor sexual, hoje no Brasil, outras questões ainda mais preocupantes saltam aos olhos, como por exemplo, a falência do sistema prisional brasileiro, não só no que tange os apenados por crimes sexuais.

Nesse diapasão, o que mais é de se preocupar e de se espantar é o sentimento de complacência com que o atual panorama do sistema penitenciário é encarado pelas autoridades públicas, o que implica em absoluta descrença no que tange o sentimento de melhora. O assunto,

em que pese ser eminentemente gravíssimo e urgente, é esquecido e negligenciado tanto pelos segmentos sociais quanto pelos poderes públicos, nas suas mais variadas formas de expressão, tanto pelas autoridades judiciárias, legislativas e, principalmente, pelas autoridades administrativas

Desta maneira, conclui-se que o atual quadro no que tange a ressocialização de agressores sexuais, de fato, acarreta um pessimismo exacerbado, todavia, através de estudos e pesquisas mais intensas, seria possível implementar medidas hábeis a propiciar um outro panorama, completamente diferente do que hoje é encontrado nas penitenciárias brasileiras.

Pensar em um ambiente penitenciário livre de violências, humilhações e torturas não deveria ser considerado algo inimaginável. Penar a formatação estrutural dos presídios, bem como a atuação interdisciplinar do direito, é um caminho que deve ser estimulado para se diagnosticar tecnicamente os problemas prisionais, e, de posse do diagnóstico, buscar as formas de intervenção.

Referências:

ASSIS, Rafael Damaceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**: Histórico das prisões no Brasil, histórico das Leis de Execuções Penais, aspectos e finalidades da atual Lei de Execução Penal Brasileira. 31 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisoas-e-o-direito-penitenciario-no-Brasil>>. Acesso em: 9 de abr. 2017.

BARBOSA, Rafael. **Estupradores e pedófilos ficam recolhidos em cadeia exclusiva**. 14 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.novonoticias.com/policia/estupradores-e-pedofilos-ficam-recolhidos-em-cadeia-exclusiva>>. Acesso em: 9 de abr. 2017.

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

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 7.210**. Brasília, 11 de julho de 1984.

BRITO, Alexis Couto. **Execução penal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

CARREIRO, Adriana Aparecida Garbin. **Perfil dos criminosos sexuais de um presídio do Estado do Paraná**. [Dissertação de Mestrado]. Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2012.

CARVALHO, Gisele Mendes de ; CORAZZA, T. A. M. . Questionamentos sobre a admissibilidade médica e constitucional da castração química no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: Aaais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. Biodireito. João Pessoa: Conpedi, 2014, v. , p. 282-309.

HUSS, Matthew T. **Psicologia Forense**: pesquisa, prática clínica e aplicações. Porto Alegre:

Artmed, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACHADO, Tadeu Lopes. **Violência no cárcere: análise sobre os estupros no IAPEN/AP**. In: Revista de humanidades do curso de ciência sociais da UNIFAP. v. 7, n. 2. Macapá: Unifap, jul-dez, 2014.

MARQUES JUNIOR, Gesse Marques. **Quem entra com o estupro é estuprador: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere**. [Dissertação de Mestrado]. Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, 2007.

NUNES, Adeildo. **Comentários à Lei de execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Hilderline Câmara de. **A Falência da Política Carcerária Brasileira**. 28 a 30 de agosto de 2007. In: Anais da III Jornada internacional de políticas públicas. São Luis, 2007.

RECKZIEGEL, Janaína. (Orgs.). **Biodireito**. v. 1. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 282-309.

SÁ, Alvinho Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Jorge Amaral dos. A utilização das parcerias público-privadas pelo sistema prisional brasileiro em busca da ressocialização do preso. In: **Portal e-governo: inclusão digital e sociedade do conhecimento**. Florianópolis, outubro de 2011.

THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas. In: **Revista de administração pública**. n. 49, v.4. Rio de Janeiro, jul./ago. 2015



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG