

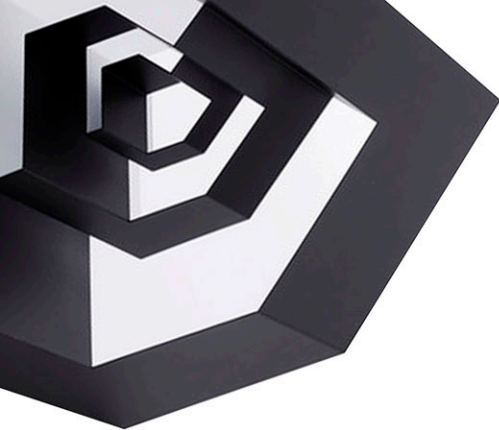


Verena Holanda de Mendonça Alves  
Rafæla Teixeira Sena Neves  
João Daniel Daibes Resque  
(Orgs.)

# Direito Contemporâneo em Debate

Estudos transdisciplinares





Em tempos de mecanização e reprodução acrítica das técnicas jurídicas, uma formação jurídica voltada para a transdisciplinariedade e os Direitos Humanos apontam para um caminho de resgate dos valores democráticos atualmente ameaçados. Assim, este livro reúne trabalhos pesquisadoras e pesquisadores da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio); Universidade de Brasília (UNB); Universidade Federal do Pará (UFPA), do Maranhão (UFMA), do Mato Grosso (UFMT), da Grande Dourados (UFGD); do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA); do Centro de Ensino Superior Dom Alberto; da Université Paris I – Panthéon Sorbonne e da Universidade de Estrasburgo, com o objetivo de discutir temas essenciais para uma sociedade democrática, a partir de uma estratégia de debate que atravessa fronteiras dogmáticas para criar uma abordagem holística sobre o direito e as relações sociais.



## **Direito contemporâneo em debate**



# Direito contemporâneo em debate

Estudos transdisciplinares

**Organizadores:**

Verena Holanda de Mendonça Alves

Rafaela Teixeira Sena Neves

João Daniel Daibes Resque



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

---

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ALVES, Verena Holanda de Mendonça; NEVES, Rafaela Teixeira Sena; RESQUE, João Daniel Daibes (Orgs.)

Direito contemporâneo em debate: estudos transdisciplinares [recurso eletrônico] / Verena Holanda de Mendonça Alves; Rafaela Teixeira Sena Neves; João Daniel Daibes Resque (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

529 p.

ISBN - 978-65-81512-20-0

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direitos Fundamentais; 2. Direitos Humanos; 3. Legislação; 4. Transdisciplinaridade; 5. Coletânea; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

Apresentação .....11

## Primeira Parte: Direito e ordem internacional

1 ..... 17

**O posto de alto comissário das Nações Unidas para os direitos humanos e o seu escritório: o mandato de Navi Pillay (2008-2014)**

Matheus de Carvalho Hernandez

2 ..... 62

**Intervenção humanitária unilateral ou crime de agressão? Uma análise da intervenção americana no conflito sírio**

Camilly Gouvea Proença

Natália Mascarenhas Simões Bentes

3 .....100

**A responsabilização internacional de sujeitos não-estatais: reflexões quanto ao desafio no reconhecimento de violações de direitos humanos por empresas transnacionais**

Mariana Lucena Sousa Santos

Cássius Guimarães Chai

4 ..... 118

**O quanto se cumpre das sentenças internacionais? Uma análise quantitativa do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana**

Rafaela Teixeira Sena Neves

5 ..... 156

**Construção dos costumes internacionais a partir da ética das virtudes**

Laércio Dias Franco Neto

**Segunda Parte:**  
**Direito e atuação estatal**

<b>6.....</b>	<b>177</b>
<b>Estado de exceção de Giorgio Agamben: é possível uma democracia da opressão?</b>	
Anna Laura Maneschy Fadel	
Thiago Augusto Azevedo Galeão	
<b>7.....</b>	<b>196</b>
<b>O que se espera do Estado no Século XXI? Questionamentos acerca da relação entre neoliberalismo e o aparelho estatal</b>	
Dorival Fagundes Cotrim Júnior	
João Daniel Daibes Resque	
<b>8 .....</b>	<b>213</b>
<b>De joelhos não é ser livre: a polícia, o sistema penal, o consenso e o papel emancipatório da democracia</b>	
Verena Holanda de Mendonça Alves	
<b>9.....</b>	<b>241</b>
<b>O crack e governamentalidade neoliberal</b>	
Eduardo Neves Lima Filho	
<b>10 .....</b>	<b>258</b>
<b>A quem serve a polícia?</b>	
Verena Holanda de Mendonça Alves	
<b>11.....</b>	<b>275</b>
<b>Direitos políticos na CorteIDH e no STF: uma análise a partir da democracia em Charles Tilly</b>	
Rafaela Teixeira Sena Neves	
Laércio Dias Franco Neto	



**Terceira Parte:**

**Políticas públicas e promoção de direitos fundamentais**

**12 .....307**

**Política nacional de reforma agrária e seus diferentes instrumentos fundiários: comentários e perspectivas**

Ana Luisa Santos Rocha

José Heder Benatti

Aianny Naiara Gomes Monteiro

**13 .....335**

**O princípio da vedação ao retrocesso ambiental: ponderações necessárias a partir da teoria dos precedentes judiciais**

Bernardo Augusto da Costa Pereira

**14 .....357**

**Justiça distributiva e ações afirmativas: a política de cotas sob a ótica liberal igualitária**

João Daniel Daibes Resque

**Quarta Parte:**

**Direito, estado e ordem econômica**

**15 .....375**

**O acordo realizado na ação civil pública do naufrágio do Navio Haidar em Barcarena/PA aos olhos da análise econômica do direito**

Debora da Silva Vieira

Jean Carlos Dias

Gisele Santos Fernandes Góes

**16 ..... 402**

**Políticas públicas tributárias e a análise econômica do direito: a busca pela eficiência a partir dos incentivos fiscais**

Eldio Thiago Teixeira Neves

**17 .....437**

**A objetificação de indivíduos para o lucro: todos serão consumidores com a intervenção penal**

Verena Holanda de Mendonça Alves

**Quinta Parte:**  
**Reflexões contemporâneas sobre as relações privadas**

<b>18</b> .....	<b>459</b>
<b>O reconhecimento pelo afeto e os danos existenciais nas relações familiares</b>	
Bruno Brasil de Carvalho	
Pastora do Socorro Leal	
<b>19</b> .....	<b>476</b>
<b>Pornografia de vingança como violência de gênero: o RESP 1679465/SP e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul</b>	
Catiucia de Lurdes Silveira	
Lara Santos Zangerolame Taroco	
<b>20</b> .....	<b>505</b>
<b>O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a efetividade no processo civil brasileiro</b>	
Debora da Silva Vieira	
Manuel Albino Ribeiro de Azevedo Júnior	
<b>Sobre os autores</b> .....	<b>524</b>

## Apresentação

Na medida que uma sociedade altera seus padrões econômicos, morais e éticos, altera-se também o Direito. As normas seguem um determinado padrão de Estado e as agendas que são definidas para saciar os interesses mais diversos de cada época.

Para que se possa compreender a criação legislativa e a forma como estes textos são aplicados nos conflitos sociais que se insurgem, essencial se faz a interpretação em conjunto com o momento histórico e as determinações de governanças que foram impostas sobre determinado território em determinado período.

Muitos são os interesses que envolvem tal lógica. A multiplicidade de pontos de vista que, nem sempre, convergem com os direcionamentos de equidade e efetivação de garantias individuais e coletivas, demonstram a necessidade de persistir no debate e na conscientização da sociedade.

Nos encontramos em tempos de transição e luta, mas sobretudo da mutação do Direito. A falta de adequação dos processos jurídicos, assim como a transposição de opiniões morais para espaços públicos, influencia profissionais que atuam na área e geram ainda mais incerteza e insegurança quanto a capacidade de vivermos em um estado de legalidade que possa ser considerado como democrático.

Nesse sentido, uma das principais vias de resistência é o diálogo e a disseminação do conhecimento mediante pesquisas sérias que se propõe a analisar questões e litígios que socialmente se insurgem. Para tanto, a produção do conhecimento que aqui se proporciona é baseada em perguntas de pesquisa metodologicamente possíveis de serem demonstradas.

Baseado nesta premissa, apresentamos a presente obra composta por pesquisadoras e pesquisadores de diferentes áreas das ciências sociais e jurídicas, com temas diversos de estudos, mas que conversam na intenção de pensar as questões sociais a partir de olhares transdisciplinares.

Assim, este trabalho que foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES), reúne pesquisadoras e pesquisadores da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio); Universidade de Brasília (UNB); Universidade Federal do Pará (UFPA), do Maranhão (UFMA), do Mato Grosso (UFMT), da Grande Dourados (UFGD); do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA); do Centro de Ensino Superior Dom Alberto; da Université Paris I – Panthéon Sorbonne e da Universidade de Estrasburgo, com o objetivo de discutir temas essenciais para uma sociedade democrática, a partir de uma visão transdisciplinar que atravessa fronteiras dogmáticas para criar uma abordagem holística sobre esses temas.

Em tempos de mecanização e reprodução acrítica das técnicas jurídicas, a formação jurídica voltada para os Direitos Humanos aponta para um caminho de resgate dos valores democráticos atualmente ameaçados.

Dessa forma, o livro está dividido em cinco sessões. Para inaugurar a obra, a primeira parte analisa o direito em conjunto com a ordem internacional. Aqui são abordados julgamentos realizados no âmbito de atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos de violações de direitos humanos no Brasil e na América Latina, além de relações internacionais significantes para a compreensão da necessidade de resistir a direcionamentos globais que se preocupam apenas com o acúmulo de capital, do que com os indivíduos que integram tal estrutura.

Na segunda seção, explora-se a existência de direitos nos estados contemporâneos, ponderando sobre a influência de uma lógica neoliberal e as estruturas estatais que se formam de acordo com os interesses globais que surgem. Este momento busca destacar a importância que a definição de Estado e as agendas que são determinadas para estes seriam essenciais para a criação e aplicação da norma.

Na terceira seção, está em foco as políticas públicas e promoção de direitos fundamentais. Aqui se discute temas de direitos humanos a partir

de uma avaliação da atuação estatal no combate à desigualdade social, racial e proteção do meio ambiente, por isso, contém estudos que analisam a política nacional de reforma agrária, de cotas e a vedação ao retrocesso ambiental através do estudo de precedentes judiciais.

Na quarta seção, analisa-se o direito e o estado mediante um ponto de vista da ordem econômica. Para melhor compreender o tema, realiza-se uma análise econômica do direito às formas de regulação realizadas e o modo como a intervenção penal se mostra crucial para que a imposição do medo e de padrões definidos por minorias consigam ser sumariamente inseridos no cotidiano social (principalmente quando versamos sobre parcelas menos favorecidas economicamente).

Na quinta seção, explora-se alguns desdobramentos do direito privado. Para tanto, são analisados o direito ao afeto, o surgimento da pornografia de vingança e desconstituição da personalidade jurídica. Em comum, vislumbramos que tais pontos foram, por muito tempo, ignorados pela atualização jurídica nacional, passando a ser homologado como juridicamente relevantes apenas em momento recente.

Boa Leitura!

*Verena Holanda de Mendonça Alves*

*Rafaela Teixeira Sena Neves*

*João Daniel Daibes Resque*



**Primeira Parte:**

**Direito e ordem internacional**





## O posto de alto comissário das Nações Unidas para os direitos humanos e o seu escritório: o mandato de Navi Pillay (2008-2014)<sup>1</sup>

*Matheus de Carvalho Hernandez*<sup>2</sup>

### Introdução

Este capítulo tem como propósito apresentar o posto institucional de alto comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e seu Escritório (EACNUDH) e analisar com mais vagar o mandato de Navi Pillay (2008-2014), a mais longeva alta comissária até então a ocupar o posto<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado nos *Cadernos de Política Exterior*, Ano III, Número 5, 2017, p. 105-150.

<sup>2</sup> Professor de Relações Internacionais na Universidade Federal da Grande Dourados, com estágio pós-doutoral no Institute for the Study of Human Rights da Columbia University (Nova York). Pesquisador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Estudos sobre os EUA (INCT-INEU). Doutor em Ciência Política pela Unicamp, é autor da tese “O Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos e seu Escritório: criação e desenvolvimento institucional (1994-2014)”, considerada a melhor tese de Doutorado em Ciência Política de 2015 pela Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ciências Sociais. Possui mestrado em Ciências Sociais e graduação em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Paulista.

<sup>3</sup> Em português, geralmente a organização é chamada de Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Entretanto, a expressão *Alto Comissariado* é ambígua e não possui correspondentes nas línguas oficiais da ONU. Ela é ambígua na medida em que não permite diferenciar o posto individual aprovado em 1993, o ACNUDH, de seu escritório surgido em 1997, o EACNUDH. Como o mandato aprovado pelos estados em 1993 instituiu um posto individual e não um escritório propriamente dito, chamá-lo de Alto Comissariado, de EACNUDH ou de EACDH seria impreciso diante do processo político de negociações. Por outro lado, chamá-lo apenas de ACNUDH eclipsaria o surgimento inesperado de uma institucionalidade mais robusta, o EACNUDH. ACNUDH e EACNUDH conformam uma unidade institucional peculiar, apesar da existência autônoma do EACNUDH ser alvo de debates e disputas políticas, como mostrarei na última seção. Ao longo deste capítulo, o uso de *ACNUDH* refere-se ao posto individual. O uso de *EACNUDH* refere-se ao escritório composto de funcionários e dispostos de modo hierárquico em diferentes setores. *EACNUDH/EACNUDH* refere-se a esse compósito político que conforma uma institucionalidade internacional.

A pertinência da pesquisa que resultou no presente capítulo pode ser discriminada em, pelo menos, três dimensões: institucional, política e acadêmica. O posto de alto comissário, criado ao final de 1993, impulsionado pela Segunda Conferência Mundial para os Direitos Humanos (conhecida como Conferência de Viena), e seu Escritório, surgido formalmente em 1997, ocupam uma posição central na arquitetura do sistema de direitos humanos da ONU. Conforme abordarei na próxima seção de modo mais detalhado, o ACNUDH é o principal responsável pelas temáticas de direitos humanos no âmbito da ONU - a qual tem nos direitos humanos justamente um de seus pilares - e o ponto focal de praticamente todas as iniciativas institucionais relativas à temática.

Do ponto de vista político, justamente em razão de sua centralidade institucional, o compósito formado por ACNUDH/EACNUDH é um importante agente internacional com o qual os serviços diplomáticos dialogam e do qual se valem para obtenção e coleta de informações e análises confiáveis acerca de situações envolvendo violações de direitos humanos. Além disso, em razão do peculiar uso da voz pública por aquele ou aquela que ocupa o ACNUDH, a qual muitas vezes denuncia publicamente situações periclitantes em matéria de direitos humanos, esse compósito institucional também é produtor de tensões junto aos estados. Ainda do ponto de vista político, o ACNUDH/EACNUDH, em razão de seu mandato e de sua expertise, também se constitui em importante parceiro das organizações não governamentais internacionais de direitos humanos, as quais se tornaram ao longo do tempo agentes relevantes no cenário dos fóruns e debates internacionais sobre direitos humanos.

Do ponto de vista mais estritamente analítico, este capítulo também é pertinente uma vez que se propõe a explorar um objeto cujo desenho institucional e posição no organograma da ONU são bastante peculiares. O ACNUDH/EACNUDH, diferentemente, por exemplo, do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), não se constitui em uma agência propriamente dita, já que o ACNUDH/EACNUDH está sob a alçada do Secretariado-Geral da ONU, e não sob a supervisão direta de um

corpo diretivo de estados. Por tudo isso, isto é, por ser um corpo burocrático peculiar e não um fórum intergovernamental propriamente dito, estudos acerca do ACNUDH/EACNUDH representam uma possibilidade de avançar em abordagens que identificam heurísticamente as organizações internacionais não como epifenômenos dos estados e tampouco como mera arena intergovernamental, mas como burocracias internacionais, como é o caso do presente capítulo.

Apesar de tudo isso, o ACNUDH/EACNUDH permanece sendo alvo de poucos estudos, inclusive em nível internacional<sup>4</sup>. Este capítulo pretende contribuir justamente com o estreitamento dessa lacuna na literatura acadêmica. Sendo assim, esta investigação tenciona apresentar o posto de ACNUDH e seu Escritório, destacando seu mandato e principais funções, de modo a prover subsídios para entender o desenvolvimento institucional desse agente e, com isso exposto, ser capaz de compreender como se constituiu o mandato de Navi Pillay (2008-2014). A sul-africana Pillay foi a mais longeva mandatária no cargo até hoje e seu mandato culminou no encontro consolidado dos principais vetores do desenvolvimento institucional do ACNUDH/EACNUDH.

A análise aqui proposta busca discutir quais foram as estratégias adotadas por Pillay para incidir nos debates internacionais sobre direitos humanos no período que esteve à frente do posto, como ela mobilizou seus recursos político-burocráticos nesse sentido e quais tensões e resistências enfrentou.

A fim de problematizar tais questões, este capítulo se vale não só de revisão da escassa bibliografia sobre o tema, mas também de análise documental, especialmente de documentos do ACNUDH/EACNUDH e da ONU de forma mais ampliada, e de entrevistas semiestruturadas<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> As obras sobre o ACNUDH/EACNUDH praticamente se esgotam nesta lista: Clark, 1972; Clapham, 1994, 2004; Tikhonov, 1995; Kedzia, 1995; Cerna, 1995; Cook, 1995; Alston, 1997; Gaer, 1997; Howland, 1999; Korey, 2001; Koh, 2004; Aolain, 2004; Hannum, 2006; Baldwin, 2007; O'Flaherty; O'Brien, 2007; Boven, 2007; Nowak, 2009; Ayala Lasso, 2009; Kang, 2009; Connors, 2009; Magazzeni, 2009; Horowitz, 2010; Mahony; Nash, 2010; Mahony; Mackenzie, 2010; Mahony; Nash, Taladhar, 2010; Nash; Mackenzie, 2011; Mahony; Nash, 2012; Klimova-Alexander; Haddadin, 2013; Gaer; Broecker, 2014; Ramcharan, 2002a, 2002b, 2005b, 2005c, 2006, 2008.

<sup>5</sup> Ao longo do período entre 2012 e 2015, foram feitas em Genebra, Londres, Brasília e Rio de Janeiro e pela internet 51 entrevistas semiestruturadas com diplomatas, ativistas e funcionários e ex-funcionários do EACNUDH, além de alguns relatores especiais e membros dos Comitês de Tratados. Foram entrevistados diplomatas da Europa, América e África,

Do ponto de vista dos pressupostos teóricos, o capítulo se ampara em uma concepção construtivista de normas internacionais, apoiada em Kratochwil (1989). Essa concepção desatrela a validade de tais normas e das instituições que as promovem de uma necessária promoção de mudança de comportamento dos outros agentes<sup>6</sup>. Além disso, o capítulo se apoia em uma concepção também construtivista, de Finnemore e Barnett (2004), que aborda as organizações internacionais não como epifenômenos ou arenas, mas como burocracias. Tais burocracias se valem da sua *expertise*, de seu apelo moral, das tarefas a elas delegadas pelos estados e da legitimidade advinda de sua aura de objetividade para incidir politicamente por meio da emissão de falas críveis e do norteamento, transgressão ou exploração de nichos inesperados em relação a seus mandatos originais aprovados pelos estados.

O texto se estrutura em três seções, além desta introdução e das considerações finais. Na primeira, apresento o mandato do ACNUDH, descrevo suas funções e as do EACNUDH, explicito o desenho da instituição e esclareço a diferença formal entre ACNUDH e EACNUDH, ponto raramente abordado pela literatura, mas causa de muitas tensões junto aos estados no Conselho de Direitos Humanos da ONU durante o mandato de Pillay. A segunda seção é dedicada a um breve panorama político e institucional dos mandatos dos alto comissários e comissárias que antecederam Pillay: Jose Ayala Lasso (1994-1997), Mary Robinson (1997-2002), Sérgio Vieira de Mello (2002-2003), o interino Bertrand Ramcharan (2003-2004) e Louise

---

ativistas de todos os continentes, exceto da Oceania, e funcionários de todas as divisões do EACNUDH, de alto e médio escalão, inclusive do Office de Nova York. Os entrevistados condicionaram sua participação à manutenção do anonimato.

<sup>6</sup> Kratochwil (1989) afirma que um dos principais fatores para um entendimento menos sofisticado de normas em RI é a crença na dicotomia entre ordem doméstica e anarquia. Na medida em que se considera a ordem social dependente da lei e a lei dependente necessariamente da existência de instituições coercitivas compreende-se o espaço internacional pela negação, pela ausência de normas legais vinculantes, de instituições centrais soberanas. É esse raciocínio que faz com que os realistas as desconsiderem (Mearsheimer, 1995) e que os institucionalistas liberais só olhem para as poucas que possuem potencial robusto de *enforcement* (Simmons, 2009). Se o OHCHR não consegue sempre alterar o comportamento dos Estados, isso não significa que ele não seja um ator político relevante. Normas importam não só porque podem participar de um processo de alteração de comportamentos, mas porque são aceitas por muitos atores e empoderam os agentes que as representam e autorizam suas falas e participações nos processos políticos (Sikkink; Finnemore, 1998).

Arbour (2004-2008)<sup>7</sup>. Na terceira e última seção, apresento o perfil de Navi Pillay e o desenvolvimento burocrático do EACNUDH durante seu mandato e problematizo o uso que a sul-africana fez da peculiar voz pública do ACNUDH e as tensões que disso decorreram, especialmente no Conselho de Direitos Humanos da ONU, âmbito no qual ela foi importante, entre outras coisas, por contribuir com a visibilidade de pautas.

## 2 O posto de alto comissário e seu escritório

A proposta de criação do ACNUDH veio ao debate internacional do pós-Guerra Fria no contexto de preparação e realização da Conferência de Viena. As primeiras tentativas de criação do ACNUDH, no entanto, remetem aos anos quarenta, pouco tempo depois da fundação da ONU, em 1945. De tempos em tempos, durante todo o transcorrer da Guerra Fria, a proposta de criação do ACNUDH voltou à agenda da ONU. Contudo, os acirramentos políticos entre o bloco capitalista, liderado pelos EUA, e o bloco socialista, encabeçado pela URSS, e as tensões Norte-Sul impediram durante os anos quarenta, cinquenta, sessenta, setenta e oitenta a construção de um momento político favorável à aprovação da proposta (FLOOD, 1998; HOBBS, 2001).

O fim da Guerra Fria, especialmente a primeira metade da década de noventa, representou, portanto, a emergência de um contexto político menos permeado pelas tensões sistêmicas que anteriormente condicionaram não só a proposta específica de criação do ACNUDH, mas grande parte dos debates internacionais sobre direitos humanos e a construção de sua arquitetura institucional no âmbito da ONU. Foi durante esse contexto que a ONU se mobilizou pela realização da Conferência de Viena de 1993. O processo preparatório e a realização dessa Conferência mobilizaram uma grande quantidade de atores internacionais. Além de uma diversidade muito representativa de delegações estatais e de agências da própria ONU,

---

<sup>7</sup> Em setembro de 2014, Pillay foi substituída pelo diplomata jordaniano Zeid Ra'ad Al Hussein.

ONGs do mundo todo se mobilizaram para colocar suas pautas e suas agendas nos debates do evento. Tudo isso conformou um momento político do qual essas ONGs, com destaque para a Anistia Internacional, se valeram para trazer de volta ao cenário internacional a proposta sobre a criação do ACNUDH (SABOIA, 1993; TRINDADE, 1993; FEENEY, 1993; ALVES, 2001; 2003; HERNANDEZ, 2010; 2014).

Além disso, os EUA, no contexto de preparação da Conferência, passaram a ser governados pelo democrata Bill Clinton. Ele havia sido eleito a partir de uma plataforma de campanha que, entre outras coisas, pretendia se diferenciar de seu antecessor republicano, George Bush, por meio de um engajamento mais sistemático junto à ONU e de um posicionamento menos refratário às suas instituições de direitos humanos. Isso fez com que os EUA assumissem a criação do ACNUDH como um de seus objetivos em Viena (SHATTUCK, 1993; HERNANDEZ, 2013).

A Conferência de Viena, no entanto, se caracterizou por uma série de debates complexos e pela presença de posições bastante divergentes em relação a muitas pautas de direitos humanos, inclusive seus princípios mais basilares, como a universalidade (LAATIKAINEN, 1993; NESS, 1999). Assim, o momento político que propiciou o ressurgimento do debate sobre a criação do ACNUDH não impediu que a pauta fosse permeada por muitas divergências e polarizações, protagonizadas principalmente por países ocidentais e parte dos latino-americanos de um lado, e asiáticos, destacadamente os estados do sudeste asiático e a China, de outro (ALSTON, 1994).

O consenso alcançado na Conferência de Viena permitiu apenas recomendar em seu documento final que à pauta do ACNUDH fosse concedida a condição de prioridade nos vindouros debates da Assembleia Geral seguinte, em dezembro de 1993. Nos meses que se seguiram ao término da Conferência, a coalizão de ONGs formada em Viena e liderada pela Anistia Internacional se mobilizou intensamente junto às delegações de países do mundo todo de modo a pressionar para que a pauta fosse efetivamente debatida em Nova York (GAER, 2014).

Assim, formou-se um grupo de trabalho informal no âmbito do Terceiro Comitê da Assembleia Geral, responsável pelas temáticas sobre direitos humanos naquela esfera, para debater exclusivamente entre os estados, ou seja, sem acesso para as ONGs, o mandato do ACNUDH. Chefiado por aquele que viria a ser o primeiro alto comissário, o diplomata equatoriano José Ayala Lasso, esse grupo interestatal construiu de forma consensual um mandato formal voltado muito mais às dimensões de ordenação e de assistência técnica aos estados do que às funções de monitoramento, principal demanda das ONGs de direitos humanos em Viena. Esse mandato foi remetido ao Plenário da Assembleia Geral e aprovado por consenso entre todos os seus estados membros<sup>8</sup> (CLAPHAM, 1994; ALSTON, 1997; BOVEN, 2007).

Com isso, por meio da aprovação da Resolução 48/141, estava instituído o posto de ACNUDH, o principal responsável pelos direitos humanos dentro da ONU, o resultado mais visível das negociações iniciadas em Viena e a mais palpável manifestação institucional da elevação do status do tema na agenda internacional pós-Guerra Fria (UN, 1994a; ALSTON, 1997; HERNANDEZ, 2015).

No organograma da ONU, o ACNUDH/EACNUDH está sob a alçada do Secretariado da ONU. O alto comissário é apontado pelo secretário-geral e confirmado pela Assembleia Geral para um mandato de quatro anos com a possibilidade de uma recondução<sup>9</sup>. Hierarquicamente, o ACNUDH é um subsecretário-geral.

O ACNUDH/EACNUDH, financiado pelo orçamento regular da ONU e por um fundo de contribuições voluntárias de estados membros da ONU e outros agentes, tem sua sede principal em Genebra e um Escritório em

---

<sup>8</sup> É bom lembrar que o mandato está contido em uma Resolução da Assembleia Geral, e não em um tratado internacional. Mas essa não é uma decisão trivial, pois raramente resoluções criam instituições na ONU, como é o caso dessa. Isso dá a ela uma envergadura política diferenciada entre funcionários da ONU, ativistas e diplomatas. Uma alta funcionária do EACNUDH tratou disso em entrevista: “Essa resolução em particular é muito importante, pois ela criou uma instituição, então é um nível diferente de resolução. Ela tem um status fundacional. E não se adota uma resolução como essa todo dia.”

<sup>9</sup> Isso dá ao ACNUDH uma posição institucional peculiar, pois, por depender do aval da Assembleia Geral, ele se torna um pouco menos suscetível à pressão direta e aberta das grandes potências e do próprio secretário-geral, pois a aprovação do indicado dependerá de votação ou consenso de todos os países da Assembleia Geral (GIERYCZ, 2012).

Nova York. Afora ser um secretariado dos órgãos de fiscalização de tratados (comitês de tratados ou *treaty bodies*), do Conselho de Direitos Humanos (antecedido pela extinta Comissão de Direitos Humanos) e dos chamados Procedimentos Especiais (relatores especiais, especialistas independentes e grupos de trabalho), o ACNUDH deve, segundo seu mandato, promover e proteger o gozo dos direitos humanos por todos os indivíduos; exercer papel ativo na remoção dos atuais obstáculos à plena realização dos direitos humanos, impedindo a continuação de violações; e coordenar as atividades de promoção e proteção desses direitos no sistema ONU.

Ele provê assistência aos estados para apoiar a implementação dos padrões internacionais de direitos humanos, auxilia governos a cumprirem suas obrigações junto aos tratados de direitos humanos, dá suporte a indivíduos que tiveram seus direitos violados e a ONGs que desejem acesar a arquitetura de direitos humanos da ONU e, ainda, divulga publicamente a ocorrência de violações pelo mundo.

Do ponto de vista institucional, o ACNUDH/EACNUDH tem como responsabilidade centralizar todas as iniciativas de direitos humanos da ONU, tentando articulá-las de modo a evitar esforços duplicados, e inculir em todos os programas, planos, ações, fundos e agências da ONU componentes de direitos humanos, ou seja, “transversalizar” os direitos humanos dentro da instituição (o chamado *mainstreaming*, em inglês) (ZAYAS, 2010).

Atualmente, o EACNUDH se compõe de quatro divisões: Operações de Campo e Cooperação Técnica; Direito ao Desenvolvimento e Pesquisa; Tratados de Direitos Humanos; e Conselho de Direitos Humanos. O EACNUDH, além de despachar funcionários para missões de paz e consultores especializados para os escritórios nacionais da ONU alocados em diversos países, possui catorze escritórios nacionais e doze regionais próprios<sup>10</sup> que desempenham uma série de atividades junto aos governos nacionais em matéria de direitos humanos: monitoramento, investigação

---

<sup>10</sup> Para mais detalhes, ver: <http://www.ohchr.org/EN/Countries/Pages/WorkInField.aspx>



sobre violações, emissão de relatórios públicos, cooperação técnica, treinamentos, consultoria e atuação para o fortalecimento dos sistemas nacionais de proteção dos direitos humanos, apoio às iniciativas de ONGs locais e negociação para instalação e assistência a Instituições Nacionais de Direitos Humanos<sup>11</sup> (INDHs).

Todos os funcionários do EACNUDH são, tal como o próprio alto comissário, servidores civis internacionais, isto é, o *staff* do EACNUDH não é formado por representantes dos estados (diplomatas ou burocratas governamentais), mas por funcionários da ONU. A diferença, no entanto, entre o ACNUDH e o *staff* do EACNUDH (e todos os outros subsecretários) é que o primeiro é um posto cujo mandato tem um tempo de duração previsto, além de seu apontamento ser feito pelo secretário-geral e ter que passar pelo crivo da Assembleia Geral, o que dá a ele um status político completamente diferenciado dos servidores civis internacionais tradicionais da ONU e do EACNUDH. Aliás, é importante mencionar que o mandato aprovado pela Assembleia Geral em 1993 diz respeito explicitamente ao posto de ACNUDH e não ao EACNUDH, o qual foi criado por um despacho de Kofi Annan em 1997 que não passou pela Assembleia Geral. O fato de não ter tido aprovação deste órgão leva a uma discussão entre os estados acerca da inexistência jurídica do EACNUDH, o que veio a ser tema de debates no Conselho de Direitos Humanos durante a gestão de Pillay<sup>12</sup>.

### 3 Antecessores e antecessoras de Navi Pillay

Antes de analisar o mandato de Pillay, uma questão ainda deve ser abordada: os perfis dos alto comissários que a antecederam e um breve

---

<sup>11</sup> INDHs são órgãos independentes para proteger e promover os direitos humanos. Atuam como pontes dentro da sociedade nacional e para além dela. As INDHs são regidas pelos chamados *Princípios de Paris*, relacionados ao *status* das INDHs adotados pela Assembleia Geral, em 20 de dezembro de 1993. Dentro da ONU, o ACNUDH/EACNUDH é o maior entusiasta das INDHs e trabalha em estreita parceria com essas instituições, servindo, inclusive, de ponto focal para a articulação entre elas.

<sup>12</sup> O site do EACNUDH contém uma vasta quantidade de informações sobre os mecanismos de direitos humanos da ONU, sobre eventos, publicações, documentações, pronunciamentos e discursos do ACNUDH e as muitas atividades promovidas pelo EACNUDH e seus escritórios de campo espalhados pelo mundo. Veja: [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)

panorama de sua atuação em seus respectivos mandatos. De maneira geral, investigar os perfis das lideranças das instituições é relevante, pois são elas que são investidas do poder de traçar as grandes linhas mestras do desenvolvimento institucional. Mais do que isso, as lideranças atribuem uma face humana às organizações e são identificadas e responsabilizadas socialmente pelo desempenho das instituições. Só isso já seria suficiente para justificar o exame dos perfis dos diferentes indivíduos que ocuparam o cargo de alto comissário de 1994 a 2014. Entretanto, no caso específico da organização aqui em discussão, abordar os perfis das lideranças justifica-se por razões adicionais. Diferentemente da maioria das organizações internacionais, o ACNUDH foi criado não como uma organização propriamente dita, mas como um cargo. O que a Assembleia Geral da ONU efetivamente aprovou ao final de 1993 não foi o EACNUDH, mas o ACNUDH. Enfim, em comparação com a maioria das outras organizações internacionais, a escolha e o perfil daquele que chefiará o EACNUDH tem um peso político muito grande, ainda mais com um mandato tão abrangente, vago e, assim, aberto a norteamericanos<sup>13</sup>.

O primeiro alto comissário foi o equatoriano José Ayala Lasso<sup>14</sup>. Nomeado em fevereiro de 1994 aos 62 anos de idade, Ayala Lasso presidiu o GT da Assembleia Geral que elaborou a resolução de criação do ACNUDH, o que permite compreender o capital político que o conduziu ao posto de alto comissário.

Representantes de organizações de direitos humanos ficaram, de modo geral, descontentes quando o então secretário-geral Boutros-Ghali indicou Ayala Lasso para o posto. Segundo esses representantes, o equatoriano nunca havia se envolvido intensamente até então com a temática de direitos humanos. De fato, ao longo de seu mandato, ele ficou marcado

---

<sup>13</sup> Kang, analisando a resolução de criação do ACNUDH e sua linguagem genérica, afirma: "It has also meant that the personal vision and leadership of the incumbents would largely determine the orientation and evolution of the Office and the UN human rights program." (KANG, 2009, p. 65).

<sup>14</sup> Nascido em Quito, no Equador, em 1932, ele se tornou diplomata. Serviu em três diferentes ocasiões como ministro das Relações Exteriores e foi embaixador na Bélgica, França, Luxemburgo, Peru, Vaticano e na antiga Comunidade Econômica Europeia. De 1989 a 1994, Ayala Lasso foi representante do Equador na ONU e entre 1991 e 1992 foi representante no Conselho de Segurança, presidindo-o em duas oportunidades (agosto de 1991 e setembro de 1992).

como uma liderança que evitava criticar os governos publicamente em relação às violações de direitos humanos.

Mas um dos pontos mais marcantes de seu mandato se refere ao fato de o atentado ao avião no qual estavam os presidentes de Burundi e Ruanda, gatilho do genocídio de Ruanda, ter ocorrido apenas um dia após a sua posse como alto comissário. Esse era o tipo de crise de direitos humanos com a qual até então a ONU não havia sido capaz de lidar. Na visão de Cook (1995), essa incapacidade de ação foi uma das razões que catalisaram a necessidade de criação do ACNUDH. Ayala Lasso quis responder rapidamente ao enorme desafio de Ruanda e chegou a enviar uma missão ao país, mas ele não tinha recursos ou capacidade institucional para abordar uma crise daquela magnitude e natureza (CLAPHAM, 1994; CERNA, 1995).

De modo geral, o mandato de Ayala Lasso ficou marcado pelo fato de suas atividades serem pautadas pelos princípios da cooperação e pela prática da diplomacia discreta. O equatoriano visitou vinte e sete países na primeira metade do seu mandato, diminuindo o ritmo de visitas na segunda metade (OHCHR REPORT, 1994; 1995; 1996; 1997). Em alinhamento com seu perfil diplomático, em praticamente todas elas, excetuando-se Ruanda, não divulgou relatos detalhados e não se articulou a relatores temáticos, ou eventualmente de países, que já haviam visitado e/ou produzido relatórios sistemáticos sobre a situação de direitos humanos naquele local. Isso gerou tensões junto às ONGs, com destaque para as passagens de Ayala Lasso por Cuba e Colômbia (ALSTON, 1997; KOREY, 2001; MERTUS, 2009; GAER; BROECKER, 2014).

Apesar da pressão das ONGs sofrida por Ayala Lasso, ele também empenhou esforços para assegurar que os governos cumprissem acordos em relação à instalação de escritórios de campo - uma estratégia inaugurada pelo equatoriano que seria incorporada pelos seus sucessores e que atualmente é considerada pelos ativistas de direitos humanos como uma das formas de ação mais inovadoras do sistema de direitos humanos da ONU. Nesse sentido, a estratégia da diplomacia silenciosa e não embaraçosa de Ayala Lasso também obteve resultados politicamente

importantes<sup>15</sup>. Portanto, a principal contribuição do equatoriano - reconhecida pelos estados e, hoje em dia, também reconhecida pelos ativistas - foi estruturar burocraticamente o incipiente posto de ACNUDH (uma vez que o EACNUDH ainda não existia) e lançar as bases para o seu desenvolvimento institucional, como a expansão de escritórios pelo mundo, algo completamente não previsto pelo mandato original.

Ayala Lasso sofria muita pressão das ONGs de direitos humanos, que haviam se articulado pela criação do posto, e, por isso, ansiavam por um alto comissário de perfil mais incisivo (HUMAN RIGHTS WATCH, 1995; 1997). O equatoriano renunciou ao cargo em 31 de março de 1997, antes de encerrar seu mandato, para retornar ao Equador e assumir a função de ministro das Relações Exteriores<sup>16</sup>.

A segunda ocupante do posto foi a ex-presidenta irlandesa Mary Robinson<sup>17</sup>. Quando presidenta, Robinson se destacou por se valer de seu posto para fazer denúncias públicas de violações de direitos humanos ocorridas na Irlanda. Mais do que isso, ela começou a se pronunciar sobre violações de direitos humanos no mundo. Robinson foi, por exemplo, a primeira chefe de estado a visitar Ruanda depois do genocídio em 1994. Como presidenta da Irlanda, ela chefiou uma reunião europeia preparatória para a Conferência de Viena em Estrasburgo.

---

<sup>15</sup> Embora Ayala Lasso não tenha mencionado publicamente as violações de direitos humanos quando visitou a Colômbia, por exemplo, e tampouco tenha feito referência às recomendações dos relatores especiais, ele conseguiu negociar com o governo colombiano o estabelecimento de um escritório de campo permanente do ACNUDH, que continua em funcionamento até hoje e é considerado, por funcionários do EACNUDH, ativistas e diplomatas (conforme pude perceber com as entrevistas), como a mais exitosa presença de campo da organização.

<sup>16</sup> Sob a alta pressão das ONGs e com baixo apoio de Boutros-Ghali, segundo Korey (2001), Ayala Lasso já suspeitava que não tinha mais condições de continuar seu mandato, pois vinha perdendo a confiança de seus principais apoiadores, destacadamente as ONGs e membros do governo dos EUA (THE ECONOMIST, 1997). Um diplomata dos EUA afirmou em entrevista, tal como uma ativista do *Jacob Blaustein Institute*, que, de fato, aqueles membros do Departamento do Estado que se mobilizaram por um ACNUDH de perfil mais incisivo se decepcionaram com a postura, na visão deles, demasiadamente diplomática de Ayala Lasso. Depois de se aposentar como diplomata, Ayala Lasso continuou a atuar com direitos humanos, especialmente os direitos dos indígenas, e a ministrar aulas no Instituto de Derecho Internacional da Universidad Central del Ecuador (ZAYAS, 2000; 2009a; 2010).

<sup>17</sup> Nascida em 1944, na Irlanda, de família católica, se formou em Direito em 1967 e no ano seguinte foi para Harvard, instituição pela qual se tornou mestre em Direito. Após findar o mestrado, Robinson voltou à Irlanda e foi eleita para o Senado. Fora do senado, ela foi uma das líderes no estabelecimento de clínicas jurídicas para pessoas de baixa renda e uma ativista em matéria de direitos das mulheres. Na década de setenta, começou a advogar em casos da Corte Europeia de Direitos Humanos. Na maioria deles, representou mulheres, idosos e pessoas pobres. Já na década de oitenta, foi eleita para o Dublin City Council, a partir de quando começou a se interessar por questões internacionais. Em 1990, Robinson foi eleita a primeira mulher presidenta da história da Irlanda (FORSYTHE, 2009).

Às vésperas de encerrar seu mandato na presidência em 1997, Robinson foi indicada ao posto de alta comissária por Kofi Annan, com amplo apoio das forças políticas ocidentais, estatais e não governamentais (TURNER, 1997). Robinson tinha um perfil bem diferente do perfil diplomático de Ayala Lasso, isto é, muito mais voltado ao exercício da voz pública do ACNUDH, o que muito agradou as ONGs. Seu mandato, além de ter elevado a agenda dos direitos humanos dentro da ONU e a visibilidade do ACNUDH, ficou marcado por fortes denúncias públicas, inclusive contra países como EUA, China, Israel e Rússia. Tal postura fez com que ela fosse lembrada por muitos ativistas, conforme atestado nas entrevistas, como a mais atuante alta comissária até agora, por um lado, mas, por outro, possivelmente tenha sido seu potencial de produção de constrangimentos e embaraços junto aos estados e ao próprio Kofi Annan o principal motivo de sua saída do cargo.

Robinson iniciou seu mandato em bases bastante diferentes de Ayala Lasso. Além do fato de ela não ser a primeira alta comissária e de, por isso, aproveitar as bases lançadas por seu antecessor, Robinson tinha acima de si na estrutura da ONU Kofi Annan, um secretário-geral que, em contraste com Boutros-Ghali, tinha como um dos seus propósitos elevar a importância internacional da agenda de direitos humanos e espriai-la por todas as instâncias da ONU (o chamado *mainstreaming*). Desse propósito, resultou a extinção formal do antigo *Centre for Human Rights* e o surgimento do chamado Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (EACNUDH). Isso não só elevou a importância do ACNUDH, agora assessorado por uma equipe muito maior, como também resolveu um impasse institucional e burocrático com o *Centre*, o qual havia complicado a condução do mandato de Ayala Lasso.

Tendo assumido o posto, Robinson apontou como a indivisibilidade dos direitos humanos, forte marca de Viena, seria um dos principais eixos de seu mandato, assim como o combate à pobreza extrema (BADAWI, 2002). Ao fazer isso, Robinson começou a perturbar a agenda tradicional

de direitos humanos e, com isso, a incomodar o interesse de várias potências tradicionais.

Em grande contraste com seu antecessor, e empoderada pelo apoio das ONGs, pelo apoio inicial das potências ocidentais e por um secretário-geral mais afeito às temáticas de direitos humanos, Robinson começou a denunciar aberta e publicamente violações de direitos humanos em uma série de países.

Durante seis viagens à China, por exemplo, ela criticou publicamente o país por sua conduta no Tibet, disse que a China ainda tinha um longo caminho a percorrer a fim de satisfazer os padrões internacionais de liberdade de associação, expressão e crença religiosa e repercutiu uma recomendação do Comitê contra a Tortura, criticando o sistema prisional chinês.

Robinson também criticou publicamente a Rússia por suas políticas na Chechênia, Burma pela sua repressão à oposição política, a Etiópia pela expulsão de nacionais eritreus, a Argélia pelos abusos de direitos humanos e Serra Leoa pelas violações contra civis, entre muitas outras críticas públicas (UN, 1999; 1998b; 1998a; DESLATTE, 1997; RELIEFWEB, 1999). Além disso, Robinson afirmou abertamente que Cuba, Líbia e Iraque eram países muito hostis aos direitos humanos (IRISH TIMES, 2001). Robinson também relatou publicamente violações cometidas por países do bloco ocidental. Criticou, por exemplo, as forças sérvias no Kosovo e a OTAN pelo bombardeio de alvos civis (BOGGAN, 1999).

Chefiada por Robinson, a Conferência de Durban<sup>18</sup>, dias antes dos atentados de 11/09, colocou-a em franca tensão com os EUA e Israel. O que causou muita polêmica - e clara crítica por parte não só do governo dos EUA, mas de ativistas norte-americanos, como Gaer e Broecker (2014) - é que o documento aprovado na reunião preparatória de Teerã, que chegou a Durban, se valeu de uma linguagem que acabou igualando práticas sionistas com racismo. Essa equiparação foi lamentada pelo próprio

---

<sup>18</sup> A Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância foi realizada em Durban, na África do Sul, de 31 de agosto a 8 de setembro de 2001.

secretário-geral (UN, 1998c). Robinson não foi a autora de tal documento e nem o defendeu publicamente. Mas foi criticada por governo e ONGs dos EUA pela relutância em condenar essa linguagem do documento preparatório da reunião de Teerã. Diante desse quadro de tensões, EUA e Israel se retiraram no meio da Conferência de Durban.

À essa altura, Robinson, que já vinha sendo pressionada por outros membros permanentes do Conselho de Segurança, como Rússia e China, agora contava com a oposição dos EUA. Oposição que só se agravaria com as críticas feitas por Robinson em relação às formas de combate ao terrorismo levadas a cabo pelos EUA e seus aliados, inclusive sobre a prisão de Guantánamo (MERTUS, 2009).

As potências do sistema internacional, como os EUA e outros membros permanentes do Conselho de Segurança, reagiram de modo negativo ao estilo “ativista” de Robinson, o que a levou à saída do cargo ao término do quinto ano de mandato, em setembro de 2002<sup>19</sup>. A maioria dos ativistas e ONGs elogiaram a postura de Robinson e creditaram a ela o aumento da credibilidade da ONU em matéria de direitos humanos.

Pode-se argumentar que Mary Robinson foi a responsável por inaugurar definitivamente o perfil de voz pública do posto de alto comissário. Ela foi a responsável pelo ACNUDH ter adquirido esse perfil e, mais do que isso, pela expectativa dos agentes políticos ser justamente essa acerca do ACNUDH. A gestão Robinson foi o gatilho para um consenso de que o ACNUDH possui uma faceta de voz pública (por parte dos estados) e que assim deve ser (por parte dos ativistas e ONGs).

---

<sup>19</sup> Vale destacar que o mandato de Robinson estava previsto para terminar em setembro de 2001. Robinson chegou a anunciar em março de 2001, durante uma sessão da Comissão de Direitos Humanos, citando os constrangimentos orçamentários da organização, que não ficaria para um novo mandato. Porém, depois desse anúncio, muitas ONGs de direitos humanos e ativistas pediram que ela permanecesse no cargo. Jacques Chirac, então primeiro-ministro da França, também pressionou Annan para que Robinson permanecesse. Por outro lado, Annan vinha sendo pressionado principalmente por Rússia e China em virtude das contínuas críticas por Robinson feitas aos dois países. Depois de uma negociação direta entre Robinson e Annan, estabeleceu-se que ela ficaria mais um ano no posto, de modo a tentar acompanhar os resultados iniciais da vindoura Conferência de Durban. O anúncio da postergação de seu mandato, que duraria até onze de setembro de 2002, foi confirmado pela Assembleia Geral em julho de 2001. Após sair do posto, Robinson fundou uma organização chamada *Realizing Rights*, cujo foco primordial é conectar direitos humanos, crescimento econômico e proteção ambiental em escala global. Além disso, Mary Robinson se tornou professora da Universidade de Columbia, ministrando cursos na área de direitos humanos e globalização (FORSYTHE, 2009; HORGAN, 1997a; 1997b; O'LEARY; BURKE, 1998; BOYLE, 2008; SIGGINS, 1997; ROBINSON, 2012).

Após a saída de Robinson, Kofi Annan indicou para o posto de alto comissário o prestigiado funcionário brasileiro da ONU Sérgio Vieira de Mello<sup>20</sup>. Diante do contexto do polêmico mandato de Robinson e agravado pelo comportamento unilateral dos EUA pós-11/09, Annan procurava para o ACNUDH um novo mandatário, que fosse confiável, habilidoso diplomaticamente diante das grandes potências e conhecedor das grandes estruturas burocráticas que conformam a ONU. A indicação do brasileiro foi aprovada pela Assembleia Geral em julho de 2002.

Alguns ativistas viram a indicação de Vieira de Mello como um sinal de que Annan teria um aporte mais cuidadoso em relação ao tema. Outros receberam bem a indicação em razão da reconhecida habilidade do mandatário (tanto dentro da ONU quanto na relação com os estados), com a expectativa de que incrementaria os esforços de proteção aos direitos humanos no âmbito da ONU (GAER, 2005).

Vieira de Mello assumiu o posto anunciando claramente sua visão de que o incremento da situação global dos direitos humanos estava vinculado à capacidade de negociação coletiva, inclusive com as grandes potências globais (GAER; BROECKER, 2014). Logo em seu início, enfatizou que os direitos humanos estavam no centro do debate intergovernamental e que o fortalecimento do Estado de Direito nos países seria o objetivo primordial de seu mandato (OHCHR REPORT, 2002; 2003).

Apesar do perfil diplomático e da delicada relação que a ONU, de forma geral, e o ACNUDH, de forma específica, viviam com os EUA, ele chegou a se pronunciar publicamente de forma crítica em relação, por exemplo, às formas de combate ao terrorismo e a Guantánamo, questões

---

<sup>20</sup> Nascido em 1948 no Rio de Janeiro, Sérgio Vieira de Mello interrompeu a faculdade após o golpe de 1964 e transferiu seus estudos para a Universidade de Fribourg, na Suíça, por intermédio do pai, Arnaldo Vieira de Mello, um diplomata brasileiro. No final da década de sessenta começou a trabalhar no ACNUR, em Genebra. Já na década de setenta se tornou doutor em filosofia pela Sorbonne, onde fez também seu segundo doutorado já na década de oitenta. A escalada de Sérgio Vieira de Mello a altos postos da ONU se iniciou com o apontamento para secretário-geral, em dezembro de 1996, de Kofi Annan, com quem Sérgio Vieira de Mello mantinha um antigo vínculo de amizade. Em janeiro de 1998, o brasileiro se tornou o chefe do *Office of Coordination of Humanitarian Affairs*, sediado em Nova York. Em junho do ano seguinte, ele se envolveu novamente em uma complexa missão da ONU nos Balcãs, servindo como representante especial do secretário-geral no Kosovo. Poucos meses depois, em setembro, foi designado como representante especial e administrador transicional da ONU no Timor Leste, cargo que ocupou até maio de 2002.



sobre as quais tratou diretamente com Bush em visita feita aos EUA (UNITED NATIONS NEWS CENTRE, 2003).

Porém, depois de apenas nove meses à frente do cargo, com amplo apoio dos EUA e do Reino Unido, Annan indicou, em maio de 2003, Vieira de Mello como seu representante especial no Iraque, atendendo a uma resolução do Conselho de Segurança. O brasileiro aceitou relutantemente seu apontamento e só o fez mediante o compromisso de que ficaria no Iraque apenas por quatro meses<sup>21</sup>.

Mas a quarenta dias de deixar o país e retornar ao ACNUDH, um caminhão com explosivos, em 19 de agosto de 2003, foi detonado sob a janela do escritório de Vieira de Mello em Bagdá. Além de vários funcionários feridos, o brasileiro e outros funcionários da ONU foram mortos nesse atentado (GORDON-LENNOX; STEVENSON, 2004; POWER, 2008; MARCOVITCH, 2004; RISHMAWI, 2009).

O quarto indivíduo a ocupar o posto de ACNUDH foi o guianense Bertrand Ramcharan<sup>22</sup>. Ramcharan ocupou o cargo de *Deputy High Commissioner* de 1998 até 2002 e assumiu interinamente como ACNUDH em agosto de 2003, após a morte de Vieira de Mello, ficando até junho de 2004.

Apesar de algumas tentativas de protagonizar iniciativas políticas e de implementar algumas mudanças institucionais internas, Ramcharan não pode ser considerado um alto comissário da mesma relevância política e institucional que seus antecessores e sucessores. Apesar de sua habilidade diplomática e de sua vinculação histórica ao sistema de direitos humanos da ONU, Ramcharan não gozava de grande apoio de Annan e

---

<sup>21</sup> Os movimentos de direitos humanos protestaram com veemência em relação a sua saída, pois, segundo eles, “The UN could hardly claim to prioritize human rights if it allowed the highest-ranking UN human rights position to remain vacant.” (MERTUS, 2009, p. 33). O corpo de funcionários também não ficou satisfeito com essa saída de Vieira de Mello. Ramcharan (2005a) menciona tal insatisfação.

<sup>22</sup> Ramcharan nasceu em 1943 e recebeu o diploma da Academia de Direito Internacional de Haia em 1973. Ramcharan participou ativamente da definição e formulação de muitas políticas e programas da ONU na área de direitos humanos. Ele foi assistente do diretor do *Centre for Human Rights* de 1975 a 1982, sob a direção de Marc Schreiber, Theo van Boven e Kurt Herndl. De 1988 a 1992, ele foi diretor do serviço de porta-voz do secretário-geral da ONU Javier Pérez de Cuéllar. Em seguida, até 1996, foi diretor da Conferência Internacional sobre a ex-Iugoslávia e, logo depois, de 1996 a 1998, foi diretor para África do Departamento de Relações Políticas da ONU (DPA, em inglês). Após sair do DPA, sediado em Nova York, Ramcharan retornou a Genebra para se tornar *Deputy High Commissioner*.

tampouco dos estados. Essa instabilidade derivava principalmente de ele não ter sido chancelado pelos estados via Assembleia Geral, o que paradoxalmente demonstra como o ACNUDH atinge considerável legitimidade política quando apontado pelas vias previstas em seu mandato, isto é, como as organizações internacionais emprestam legitimidade (necessária inclusive para transgredir e/ou nortear seus mandatos) justamente da vinculação aos estados.

Do ponto de vista analítico, o período que se estende do início do mandato de Vieira de Mello até a saída de Ramcharan pode ser considerado como um período de instabilidade institucional do ACNUDH/EACNUDH. Apesar do destaque de Vieira de Mello na ONU (atestado nas entrevistas com funcionários, ativistas e diplomatas), sua saída para o Iraque representou uma perda de prestígio institucional do ACNUDH/EACNUDH diante dos outros atores internacionais envolvidos com direitos humanos. Em seguida, sua morte fragilizou ainda mais a instituição, a qual passou a ser conduzida durante praticamente um ano por um interino, Ramcharan, cuja indicação não havia passado pelo decisivo crivo da Assembleia Geral.

A canadense Louise Arbour foi a última alta comissária antes de Navi Pillay<sup>23</sup>. Após a morte de Vieira de Mello, Annan entrou em contato com Arbour e a convidou para ser a nova alta comissária. Ela se retirou da Suprema Corte canadense e, em 1º de julho de 2004, tornou-se, mediante o crivo dos membros da Assembleia Geral, a segunda mulher a ocupar o mais alto cargo de direitos humanos dentro da ONU.

---

<sup>23</sup> Nascida em Montreal, no Canadá, em 1947, Arbour graduou-se em Direito em 1970 pela Universidade de Montreal. Continuou seus estudos em nível de pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de Ottawa. A carreira internacional da juíza canadense se iniciou em 1995, quando Richard Goldstone, então promotor dos tribunais penais internacionais da ONU para Ruanda e ex-Iugoslávia, propôs a Boutros-Ghali que ela o sucedesse. Arbour, assim, assumiu a função em setembro de 1996. Nela, a canadense conduziu os primeiros julgamentos dos dois tribunais, ainda vistos naquele momento com certa desconfiança pela comunidade internacional. Em maio de 1999, durante um bombardeio da OTAN à ex-Iugoslávia (em resposta à perseguição de minorias étnicas no Kosovo), Arbour obteve uma acusação formal contra o presidente Slobodan Milosevic por crimes de guerra e crimes contra a humanidade e uma autorização para congelar todos os seus bens ao redor do mundo. Essa foi a primeira vez que um líder de estado foi processado por um tribunal internacional. Depois desse episódio envolvendo o líder iugoslavo, Arbour retornou à Suprema Corte canadense.

Os ativistas em grande medida aprovaram a indicação de Arbour para o cargo de alta comissária, enfatizando que ela detinha tanto habilidades diplomáticas e vontade política quanto postura incisiva de denúncia quando atuou em tribunais (ANISTIA INTERNACIONAL, 2008).

A gestão de Arbour ficou marcada por grandes mudanças institucionais do EACNUDH e do sistema de direitos humanos da ONU<sup>24</sup>. Quanto ao primeiro, Arbour, depois de conseguir obter um incremento considerável do orçamento a partir de 2005 (de US\$ 93,8 milhões, em 2004, para US\$ 183,5 milhões, em 2008), liderou uma grande expansão de campo do EACNUDH<sup>25</sup>. Já em relação ao segundo, Arbour participou ativamente da substituição da Comissão de Direitos Humanos pelo Conselho de Direitos Humanos.

Além de sua própria capacidade, a expansão do EACNUDH comandada por Arbour foi amparada por um novo impulso reformista de Annan. Em março de 2005, ele publicou um relatório intitulado *In Larger Freedom: towards development, security, and human rights* (UN, 2005a). Entre vários elementos, fez um apelo para que os direitos humanos tivessem sua importância político-institucional elevada dentro da ONU diante de seus outros dois pilares, segurança e desenvolvimento. Annan estabeleceu que os direitos humanos deveriam ser incluídos nas atividades, políticas e programas dos outros dois pilares. Em suma, Annan fez um chamado ao *mainstreaming* e à expansão institucional e de campo do EACNUDH, as duas principais marcas do mandato de Arbour. Esse chamado foi muito importante, pois juntamente com o documento elaborado

---

<sup>24</sup> A partir do meio do mandato de Arbour, devido inclusive à pressão dos ativistas, o EACNUDH voltou a ter um *Deputy High Commissioner*. A sul-coreana Kyung-wha Kang assumiu em setembro de 2006 e permaneceu no cargo até março de 2013, quando foi substituída pela italiana Flavia Pansieri até 2015 e, atualmente, o posto é ocupado pela australiana Kate Gilmore.

<sup>25</sup> Em 2004, quando Arbour assumiu o posto, o EACNUDH administrava trinta e três presenças de campo, incluindo seis escritórios regionais/sub-regionais. Ao terminar o mandato de Arbour, em julho de 2008, o EACNUDH estava administrando e dando suporte a um total de cinquenta e três presenças de campo, incluindo nove presenças regionais, nove escritórios nacionais, componentes de direitos humanos em dezessete missões de paz da ONU e consultores de direitos humanos em dezesseis equipes nacionais da ONU. Em matéria de *staff*, por obra principalmente da expansão de campo, o número de funcionários praticamente dobrou de 500 para 1000 durante o mandato de Arbour. Até 2006, o setor responsável pelas missões de campo era alocado na *Programme and Research Division*. Com a expansão crescente de escritórios, esse setor foi retirado dessa divisão em 2007 e tornou-se uma divisão autônoma e passou a se chamar *Field Operations and Technical Cooperation Division* (FOTCD).

na *World Summit 2005* (no qual se propôs a substituição da Comissão pelo Conselho de Direitos Humanos), criou um momento e um impulso político que resultou em um incremento institucional e orçamentário do ACNUDH/EACNUDH bastante representativo (UN, 2005b).

Apesar de um pouco menos confrontadora que Robinson, Arbour se valeu da voz pública de alta comissária para criticar algumas situações, inclusive de países sensíveis, como Israel e EUA. Arbour criticou diversas vezes as formas de combate ao terrorismo empregadas pelo governo Bush e seus aliados, assim como a pena de morte nos EUA (NEGUS, 2008). Mas, nesse momento, segundo um diplomata norte-americano entrevistado, um ingrediente especial adicionava tensão na relação entre EUA e ACNUDH: o anúncio de que o mandatário do ACNUDH seria o responsável por organizar uma revisão, em 2009, da controversa Conferência de Durban de 2001.

Mas, de fato, em comparação com Robinson, Arbour se valeu um pouco mais da diplomacia discreta. Segundo uma ativista do *Jacob Blaustein Institute*, Arbour, em reunião com as ONGs, chegou a dizer que a prática de *namíng/shamíng* não funcionaria com países como China e Rússia e vários outros do G-77. Na visão dela, negociações mais fechadas e discretas tenderiam a obter melhores resultados com esses atores<sup>26</sup>.

Arbour produziu relatórios sobre as violações ocorridas em Darfur e estabeleceu uma missão de investigação atendendo ao pedido do Conselho de Segurança. Essa iniciativa resultou em um relatório que, entre outras coisas, recomendou que a situação fosse remetida ao Tribunal Penal Internacional (TPI). O Conselho de Segurança acatou o relatório, adotou a sua recomendação e, pela primeira vez, exerceu sua autoridade para remeter ao TPI uma situação de um país não signatário do Estatuto de Roma.

---

<sup>26</sup> Apesar de uma aprovação geral em relação ao seu mandato por parte de ativistas (com destaque para a Anistia Internacional), essa postura de Arbour, especialmente em relação à China, não agradou muitos ativistas. Vale lembrar que a China, grande alvo dessa estratégia diplomática, se recusou a permitir que Arbour visitasse o Tibet, a despeito do fato de ela ter evitado fortemente condenar publicamente o desempenho chinês em matéria de direitos humanos.

Ao término do mandato, Arbour anunciou que não permaneceria mais quatro anos. Segundo ela, razões pessoais motivavam a decisão. Porém, um relator especial entrevistado e um diplomata sugeriram, tal como por Schabas (2009), que a razão política para sua desistência em relação a um segundo mandato adveio da forte pressão exercida por Israel e EUA, sob o governo Bush, ambos descontentes com os pronunciamentos públicos e críticos da canadense (ANTHONY, 2008).

#### **4 O mandato de Navi Pillay**

Além de ter sido a primeira mulher não branca e advinda de um país distante dos centros de poder, a gestão de Navi Pillay merece uma análise em separado não apenas por ser o mais recente mandato findado, mas também por ser o mais longo (2008-2014) e, principalmente, por ter sido aquele no qual ocorreu de forma mais bem acabada o encontro entre os vetores institucionais desenvolvidos ao longo dos anos anteriores: a estruturação burocrática herdada de Ayala Lasso, o papel de voz pública de Robinson e o incremento orçamentário, *mainstreaming* e expansão de campo de Arbour. Ademais, no mandato de Pillay foi que se amadureceram as relações institucionais e tensões políticas entre o ACNUDH/EACNUDH e o Conselho de Direitos Humanos, principal fórum intergovernamental global sobre o tema.

A sul-africana Navanethem Pillay, conhecida como Navi Pillay nasceu em Durban, em 1941. Filha de uma família pobre de origem indiana, conseguiu, graças à ajuda da comunidade indiana de seu bairro, fundos para se formar em Direito em 1965. Dois anos depois, ela abriu seu próprio escritório de advocacia, o primeiro conduzido por uma mulher na África do Sul. A partir de 1973, Pillay começou a advogar pelos direitos dos presos políticos de Robben Island, entre eles, Nelson Mandela.

Em 1995, depois da eleição de Mandela como presidente e após ter findado o doutorado em Direito em Harvard, Pillay foi indicada para a Suprema Corte do país, tornando-se a primeira mulher não branca a ocupar

o posto. Mas logo depois foi indicada pela Assembleia Geral da ONU para o Tribunal Internacional de Ruanda e, em 1999, passou a presidir o Tribunal. Em 2003, Navi Pillay foi nomeada juíza da corte de apelação do TPI, cargo ocupado até ser escolhida por Ban Ki-moon para substituir Arbour. Em setembro de 2008, Pillay foi referendada pela Assembleia Geral, tornando-se a primeira mulher não branca alta comissária para os Direitos Humanos (UN, 2008).

Pillay herdou um EACNUDH com uma capacidade político-burocrática fortalecida. Ela se valeu diversas vezes dessa alta capacidade de coleta de informações ou produção de conhecimento, materializada em relatórios, para legitimar seus exercícios de voz pública ao longo de seu mandato, conforme ainda abordarei. A elevação de importância política dos relatórios do EACNUDH assistida durante a gestão Pillay refletiu um incremento de legitimidade da organização, pois na medida em que os relatórios ganharam papel de autoridade (descritiva e normativa), mais credível tornou-se a fala do ACNUDH enquanto fonte autorizada de relato político<sup>27</sup>.

De um lado, Arbour entregaria a Pillay um EACNUDH com uma agenda extremamente carregada, em virtude especialmente da expansão de campo. De outro, a expansão fez com que o EACNUDH alcançasse uma série de novos lugares e, com isso, uma série de atores locais. Isso significa que o ACNUDH/EACNUDH passou a ter mais interlocutores estatais para negociar diretamente, em função da questão da situação local de direitos humanos e as renovações de mandatos nacionais, e também mais parceiras firmadas com atores da sociedade civil inseridos localmente nos respectivos países. Essa inserção em diferentes e variadas sociedades civis locais não é trivial na medida em que o EACNUDH passa a ter mais parceiros confiáveis com os quais pode contar para a coleta e produção de relatórios. Com acesso à realidade local, os relatórios tendem a ser mais

---

<sup>27</sup> Na visão de Ignatieff, o caso da participação de Pillay na recente situação síria foi emblemático nesse sentido: “The current High Commissioner made herself the gold standard on the human rights situation in Syria. Her count of the victims and her blunt reporting to the Security Council have consolidated the authority of her office at a time when the UN itself has lost credibility because of the Security Council impasse on Syria” (IGNATIEFF, 2014: p. 38).

precisos e aumenta a credibilidade do EACNUDH, a qual, por sua vez, incrementa a autoridade das informações veiculadas pelo ACNUDH em suas negociações junto às autoridades e em seus exercícios de voz pública.

Mas Pillay também viveu tensões na relação com a expansão de campo. E Pillay, sob o contexto de forte crise econômica internacional, não contou com nenhum salto orçamentário representativo, diferentemente de sua antecessora. A sul-africana não tinha o mesmo apoio político-institucional vindo da Secretaria-Geral, agora ocupada por Ban Ki-moon, quando comparado ao apoio do qual desfrutou Arbour em sua relação com Annan. Por tudo isso, e por um foco maior na atuação no Conselho de Direitos Humanos e na sua assoberbada e complexa agenda, o ACNUDH/EACNUDH durante o mandato de Pillay não manteve o ritmo de expansão de Arbour.

Apesar de tudo isso, nos seus seis anos como Alta Comissária, Pillay imprimiu uma nova onda de expansão. Além de despachar assessores de direitos humanos para escritórios nacionais da ONU e de introduzir componentes de direitos humanos em missões de paz, a gestão Pillay firmou acordos para o estabelecimento de escritórios nacionais na Mauritânia, Guiné, Tunísia, e Iêmen. Também viabilizou a abertura de um escritório regional europeu, um sul-americano e um outro no Norte da África, em 2012. Evidenciando a perenidade do traço de expansão no desenvolvimento institucional do ACNUDH/EACNUDH, Pillay se destacou pelo uso crescente da *Rapid Response Unit*, tanto mediante sua iniciativa própria quanto do Conselho de Direitos Humanos<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Pillay reconheceu que o trabalho de campo do EACNUDH era um dos traços mais importantes da instituição: "I am fully aware that the credibility of my Office, and the United Nations as a whole, depends on being close to victims, helping them and assisting when they are threatened with or exposed to violations. This requires our independence of judgement, responsiveness from headquarters, and - crucially - service on the ground. The mandate of our country and regional offices consists largely in monitoring and reporting on human rights violations, and providing technical cooperation to prompt promotion and protection of human rights. Our public reports serve as diagnostic tools which inform our cooperation and technical assistance to Governments and other partners." (PILLAY, 2014, p. 68). Alguns exemplos são: Honduras (após o golpe de 2009), Madagascar (assistência técnica durante a crise política de 2009), Gabão (monitoramento de direitos humanos durante as eleições presidenciais de 2009), Iraque (provisão de assistência temporária à *UN Assistance Mission*), Haiti (após o terremoto de janeiro de 2010), Togo (monitoramento de direitos humanos durante as eleições de 2010), Guiné (monitoramento de direitos humanos durante as eleições de 2010), Mali (consultoria em direitos humanos à equipe nacional da ONU, em 2012) e Sudão do Sul (apoio às

Ao final do mandato de Pillay, em setembro de 2014, o EACNUDH contava com sessenta e seis presenças de campo, incluindo quatorze escritórios nacionais, doze escritórios regionais, componentes de direitos humanos em treze missões de paz e consultores de direitos humanos em vinte e sete equipes nacionais da ONU.

Mas a principal contribuição incremental trazida pela alta comissária sul-africana, do ponto de vista da estruturação burocrática, foi a elevação do status institucional do diretor do escritório de representação em Nova York. Durante a gestão de Ramcharan, consolidou-se a figura de um diretor em Nova York. Porém, o cargo só ganhou proeminência política e institucional quando, em junho de 2010, sob o mandato de Pillay, ao diretor passou a ser atribuído o status de *assistant secretary-general for human rights*. Isso possibilitou que Pillay recrutasse para o posto Ivan Simonovic, que possuía ótimo trânsito junto ao sistema ONU e aos estados, inclusive junto aos membros permanentes do Conselho de Segurança. O croata Simonovic, legitimado por seu status institucional de alto nível, conseguiu aumentar a incidência política do ACNUDH em Nova York, destacadamente viabilizando uma presença mais assídua de Pillay no Conselho de Segurança, uma das principais conquistas do *mainstreaming*<sup>29</sup>.

Pillay deu continuidade ao exercício de voz pública iniciado e consagrado por Robinson e proferiu discursos públicos condenando violações de direitos humanos cometidas pelos mais diversos estados ao longo dos seus seis anos de mandato<sup>30</sup>. Já em sua primeira fala para a imprensa, Pillay chamou a atenção para aqueles privados de liberdade (incluindo um

---

investigações sobre direitos humanos da missão de *peacekeeping*) (OHCHR REPORT, 2009a; 2010a; 2011a; 2012a; 2013a; 2014a).

<sup>29</sup> Um funcionário do Escritório de Nova York, que lá trabalha desde antes de 2010, disse que a mudança do status institucional da chefia do escritório e o perfil ativo e articulado de Simonovic foram importantes para tornar o ACNUDH/EACNUDH mais relevante politicamente nos debates da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança. Um diplomata dos EUA entrevistado fez a mesma observação. Outra razão, não mencionada pela literatura, para Pillay ter buscado a elevação do status de seu representante em Nova York foi a questão orçamentária, já que é lá o lugar no qual as decisões orçamentárias da ONU são tomadas. Em função da crise financeira internacional, as contribuições voluntárias começaram a apresentar uma tendência de queda a partir de 2008.

<sup>30</sup> Entre os estados, incluem-se Sri Lanka, Congo, Ruanda, EUA (com destaque para a questão de Guantánamo), Arábia Saudita, Maldivas, China, Myanmar, Líbia, Síria, Coreia do Norte, Eritreia, Israel, Rússia, Egito, Nepal e Colômbia (COHEN, 2014; MOSKALENKO et al, 2014; GENSER, 2014; NOSSEL; BROECKER, 2014; RODRIGUEZ-



milhão de crianças), especialmente aqueles aprisionados ilegalmente. Especificamente, tratou da liberação de sete prisioneiros políticos pelo governo de Myanmar, do caso de Aung San Suu Kyi, líder pró-democracia e Nobel, que esteve em prisão domiciliar por doze anos e, especialmente, da prisão de Guantánamo e de seu uso indevido pelos EUA<sup>31</sup> (NEWS POST INDIA, 2008).

Amparada por um *staff* robusto e de alta expertise, Pillay produziu muitos relatórios influentes junto ao Conselho de Segurança. A maioria desses relatórios tiveram consequências políticas e institucionais significativas. Desde 2009, Pillay vinha se debruçando sobre o conflito no Sri Lanka e a conduta do governo e dos rebeldes, por exemplo. Nesse processo, afirmou diversas vezes que deveria se estabelecer uma comissão internacional de investigação sobre o conflito, mesmo tendo ele se encerrado. Depois de uma série de denúncias públicas, Pillay conseguiu contribuir para se criar um momento político no Conselho de Direitos Humanos que autorizou, em março de 2014, uma investigação acerca das violações ocorridas no país sob a responsabilidade do EACNUDH, conforme recomendado por Pillay (OHCHR REPORT, 2009; UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2014a). A iniciativa de propor soluções para as quais o proponente é o mais indicado

---

RESCIA, 2014; BBC, 2014; LANG, 2014; OHCHR REPORT, 2009a; 2010a; 2011a; 2012a; 2013a; 2014a). Entre dezembro de 2011 e dezembro de 2012, por exemplo, Pillay fez setenta e dois pronunciamentos, dos quais vinte foram específicos sobre países e, desses vinte, dez foram feitos durante visitas aos países em questão. Pillay também publicou quarenta *press releases* abordando trinta e oito países. Em geral, algo entre cinquenta e sessenta pronunciamentos e *press releases* versaram sobre países específicos.

<sup>31</sup> Neste trecho de uma fala de Pillay em um evento no *Jacob Blaustein Institute* em 2012, percebe-se como o ACNUDH referencia a si mesmo a partir de um perfil de voz pública: “[...] unfortunately, institutions and governments do not have the quality of conscience that individual have. And so there, I stay strictly to obligations. [...] Conscience, of course, appeals to everyone, ordinary people, who don’t like to see suffering anywhere. *That’s why there’s a huge volume of correspondence addressed to my Office. Because when people see something is wrong, they want some action to be taken, and they write to us. They see this as a very important office that could take the matter to international fora or draw public attention to it.*” (PILLAY, 2014: p. 73. Grifo meu). Em uma entrevista à CNN, após ser perguntada como ela lidava com as muitas críticas inevitavelmente recebidas por alguém em um posto como o ACNUDH, Pillay respondeu, deixando evidente como, de fato, o apelo moral é uma das fontes de autoridade do posto: “I am supremely confident that I speak with moral authority”. Nessa mesma entrevista afirmou sobre os EUA: “Issues such as addressing racism, racial discrimination and suppression of freedom of assembly, Guantanamo, the use of armed drones, the assassination contracts that have been issued. I feel that the United States is moving so far away from the standards that we require from other states, that the United States requires from other states.” (HULLAH, 2014).

para a incumbência é típico de organizações burocráticas, tal como o ACNUDH/EACNUDH<sup>32</sup> (FINNEMORE; BARNETT, 2004).

Mas a incidência no Conselho de Direitos Humanos se deu não só a partir da contribuição de Pillay para a criação de mecanismos de investigação, como ressaltado acima. Deu-se também a partir do uso que a alta comissária fez do espaço de grande visibilidade do Conselho para trazer pautas que estavam fora dos debates mais tradicionais da agenda de direitos humanos (ABEYSEKERA, 2014).

Um bom exemplo dessa contribuição para abertura de agenda foi a ênfase dada por Pillay aos direitos LGBT e às violações baseadas em orientação sexual e identidade de gênero (SOGI, em inglês). Apesar do caráter polêmico do tema, inclusive em seu país de origem, Pillay tomou a iniciativa, em 2010, de apontar um especialista cujo objetivo seria assessorar a ela e ao EACNUDH para a inclusão e avanço do tema dentro da agenda da ONU. Ela também apoiou os esforços de algumas delegações, dentre as quais se destaca a do Brasil, para avançar a questão por meio, por exemplo, de um pronunciamento contundente em um evento sobre o tema paralelo ao Conselho de Direitos Humanos, em setembro de 2010 (PILLAY, 2010a).

Essa mobilização de Pillay contribuiu para construir um momento político favorável à ação do Conselho que, em junho de 2011, aprovou a primeira resolução da história da ONU afirmando os direitos LGBT como direitos humanos e requisitando ao EACNUDH a produção de um relatório sobre leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra indivíduos baseados em orientação sexual e identidade de gênero. Pillay apresentou o relatório ao Conselho em março de 2012 (OHCHR NEWS, 2012).

Em 2014, Pillay, integrando as forças políticas estatais e não estatais favoráveis à ascensão da pauta, fez novos pronunciamentos no Conselho, que aprovou mais uma resolução sobre o tema (UN HUMAN RIGHTS

---

<sup>32</sup> Em 2011, por exemplo, foram autorizadas Comissões de Inquérito na Líbia e na Síria (UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2011a; 2011b; OHCHR NEWS, 2011a; HAARETZ, 2011). Em 2013, foi aprovada uma Comissão de Inquérito para a Coreia do Norte, e em 2014, poucos meses antes da saída de Pillay, o Conselho de Direitos Humanos também aprovou comissões para investigar violações de direitos humanos ocorridas na Eritreia e na Faixa de Gaza. (UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2013b; 2014b; 2014c; UNITED NATIONS NEWS CENTRE, 2013). Todas elas sob a alçada do EACNUDH (OHCHR REPORT, 2011a; 2013a).

COUNCIL, 2014). Essa resolução requisitou à alta comissária e a seu Escritório a atualização daquele relatório apresentado em 2012, evidenciando uma lógica circular de retroalimentação entre Conselho e ACNUDH/EACNUDH.

Mas a relação entre os dois entes não é apenas de retroalimentação e cooperação harmônica. Na medida em que, de um lado, o Conselho, surgido em 2006, amadureceu seus procedimentos e seus membros compreenderam institucionalmente seu funcionamento, e, de outro, Pillay começou a dele se valer e a alcançar algum protagonismo político, as tensões entre os estados e o ACNUDH/EACNUDH surgiram.

O Conselho foi precedido pela Comissão de Direitos Humanos. Os dois representam o braço intergovernamental do sistema de direitos humanos da ONU. Historicamente, a relação do ACNUDH/EACNUDH com esse braço tem sido de suporte administrativo e de disputas políticas, pouco aprofundadas pela literatura sobre o ACNUDH/EACNUDH.

Tais disputas sempre giraram ao redor do grau de independência e autonomia que o alto comissário, mas especialmente seu Escritório deveriam gozar. Quando o ACNUDH foi criado, em 1993, o vínculo entre ele e a Comissão, segundo seu mandato, era essencialmente um vínculo de suporte e consulta recíproca. Portanto, o mandato não colocou o ACNUDH sob a alçada formal da Comissão, mas apenas do secretário-geral e da Assembleia Geral. Ao fazer isso, criou-se uma margem para disputa eminentemente política a respeito do relacionamento institucional e das possibilidades de monitoramento por esse braço intergovernamental em relação ao ACNUDH.

A intensidade dessa disputa aumentou à medida que a criação do EACNUDH, diferentemente da criação do ACNUDH, não passou pela aprovação da Assembleia Geral. Vale salientar que Kofi Annan, em 1997, mediante um boletim de serviços do Secretariado, regulamentou as funções do EACNUDH, surgido formalmente a partir da extinção do *Centre for Human Rights*. Assim, muitos estados não reconhecem o EACNUDH

como uma figura jurídica independente, ou seja, para muitos estados (especialmente os estados do *Like Minded Group*), não faz sentido falar em uma independência do EACNUDH, uma vez que ele não possui mandato próprio<sup>33</sup>.

O *Like Minded Group* (LMG) é um grupo de países em desenvolvimento que se organizam em coalizão para negociar em várias instâncias da ONU e da OMC. Apesar de uma configuração fluida, seus principais membros são Argélia, Bangladesh, Belarus, Butão, China, Cuba, Egito, Índia, Indonésia, Irã, Malásia, Myanmar, Nepal, Paquistão, Sri Lanka, Sudão, Síria, Vietnam e Zimbábue. Vale dizer que esse grupo de países em grande medida se opôs historicamente à criação do ACNUDH/EACNUDH.

Desde o surgimento do ACNUDH/EACNUDH, esse grupo de países se mobiliza para contestar o que consideram uma exacerbada autonomia ou independência, especialmente do EACNUDH, uma vez que ele não é visto como uma figura jurídica formal, como já exposto. Oposição aos pronunciamentos públicos condenatórios dos alto comissários não é exclusividade de nenhum grupo de países. Países das mais variadas regiões e condições se afrontam com tais pronunciamentos. Via de regra, tentam invalidar a voz do mandatário dizendo que tais fatos denunciados não ocorreram da maneira conforme relatado, e, em alguns casos mais tensos, aponta-se uma desproporcionalidade entre a dureza do pronunciamento e a condição de servidor civil internacional do alto comissário.

O que chama a atenção no caso da oposição articulada do LMG que floresceu no Conselho durante o mandato de Pillay é o fato de ela não ser episódica e de se valer de estratégias políticas de contestação alocadas no campo administrativo-burocrático, caríssimo à afirmação do EACNUDH. Desde os tempos da Comissão, é bastante comum que esse grupo de países

---

<sup>33</sup> Um diplomata entrevistado afirmou sobre a questão da independência do EACNUDH e de sua existência jurídica formal: “É [disputa] política, porque se você começar a reforçar que existe uma figura política de uma equipe, de um escritório, de uma instituição é completamente diferente de você reforçar a ideia de que existe um representante do secretário-geral. Por exemplo, nas resoluções do Conselho dos Direitos Humanos. Quando a resolução pede alguma ação do Escritório, esses países [*Like Minded Group*] sempre introduzem emendas ou nas negociações informais pedem pra que a resolução seja refeita sem mencionar o Escritório, mas sim o alto comissário, pois não existiria a instituição, a figura jurídica separada do Escritório sem ser uma equipe do alto comissário.”.

peça que sejam feitas auditorias ao funcionamento do Escritório. Em 2000 e 2005, por exemplo, foram feitas auditorias pelo *Office of Internal Oversight Services* (OIOS). Em 2003, pela *Joint Inspection Unit* (JIU), que viria a se tornar agente importante nessa disputa depois da criação do Conselho.

A JIU, surgida ao final da década de setenta, é a única instância de monitoramento externo da ONU. Ela é formada por especialistas que não representam seus países formalmente. Seu mandato refere-se a avaliação, inspeção e investigação dos órgãos, agências, departamentos e secretariados da ONU a pedido dos estados. Seu foco mais perene em relação ao EACNUDH, com amplo apoio não só do LMG, mas de parcela expressiva dos estados latino-americanos, tem sido a questão do desequilíbrio geográfico do *staff*. Isso sempre foi recebido pela instituição como uma tentativa política de desestabilização institucional (RAMCHARAN, 2005a).

Depois da maturação do Conselho, no entanto, houve uma certa reorientação desse foco, apesar da questão do equilíbrio geográfico do *staff* ser sempre a porta de entrada dos debates. Em resposta ao protagonismo do ACNUDH no Conselho com Pillay e sua capacidade de impactar na mídia e de contribuir para o desencadeamento de mecanismos como as Comissões de Inquérito (além de suas idas frequentes ao Conselho de Segurança), as inspeções requisitadas por membros do LMG passaram a se ater não apenas ao equilíbrio geográfico do *staff*, mas à necessidade de monitoramento prévio do Conselho em relação ao planejamento de atividades e orçamentário do EACNUDH.

Logo ao final do período de *Institution Building* do Conselho, em 2007, a JIU fez uma primeira auditoria nesse sentido, mas ainda bastante atrelada à questão do *staff* (JIU, 2007). Em 2009, o LMG pediu no âmbito do Conselho um relatório de monitoramento em relação à inspeção de 2007. Nele, ainda que a questão central fosse o equilíbrio geográfico do *staff*, fez-se a seguinte sugestão: “The Human Rights Council should monitor, on a biennial basis, OHCHR staffing to ensure compliance with the mandates of the United Nations General Assembly.” (JIU, 2009, p. 3).

A tensão política aumentou na medida em que Pillay, uma sul-africana de origem indiana, começou a criticar pública e enfaticamente o sistema de castas a partir de 2009. Tais pronunciamentos incomodaram não só a Índia, mas outros importantes membros do LMG, como Paquistão, Bangladesh e Sri Lanka.

Esse nível de tensões políticas culminou em uma resolução proposta por vários membros do LMG no âmbito do Conselho em 2013. Essa resolução tratava do tradicional tema do desequilíbrio geográfico do *staff* do EACNUDH, mas requisitou ao seu final que a JIU fizesse uma ampla auditoria envolvendo não apenas esse tema. Essa proposta foi aprovada com o voto contrário de países europeus e alguns latino-americanos (UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2013a).

A JIU, conforme já dito, é composta por inspetores de vários países que ali estão por conta de sua *expertise* no tema e não de sua filiação nacional. Entretanto, o inspetor responsável especificamente por esse relatório da JIU foi Gopinathan Achamkulangare, que havia sido o embaixador da Índia em Genebra de 2009 a 2011 e uma das principais lideranças do LMG durante esses dois anos, antes de se tornar inspetor da JIU.

O relatório de Achamkulangare, com quem Pillay não mantinha boas relações políticas em razão de suas críticas públicas ao sistema de castas, foi publicado em 2014. Nele, Achamkulangare argumentou como o EACNUDH é uma entidade praticamente singular em todo o organograma da ONU por não prestar contas a uma instância intergovernamental antes de passar pela Assembleia Geral. Nesse sentido, o relatório afirma que há um *déficit* de *accountability* na instituição em relação aos estados, o que, além de desprezar as regras da ONU, prejudicaria seu bom funcionamento burocrático e subtrairia seu respaldo político junto aos estados. Como resultado da auditoria, Achamkulangare recomendou que as instâncias intergovernamentais da ONU estudem formas institucionais de monitorar as estratégias de desenvolvimento do EACNUDH. Recomendou também ao ACNUDH que reporte periodicamente ao Conselho suas estratégias e planos de ação, com previsão orçamentária discriminada, antes de

efetivamente colocá-los em prática (JIU, 2014). O cerne do argumento de Achamkulangare, assim, é que o ACNUDH não pode emprestar sua independência ao EACNUDH, pois o segundo não goza de estatuto jurídico tal como o primeiro.

A reação dos estados europeus, notadamente os nórdicos, mas principalmente de Pillay, dos altos funcionários do EACNUDH e de ativistas internacionais de direitos humanos de variadas origens foi de repúdio à visão de Achamkulangare<sup>34</sup>. O argumento que se contrapôs a esse relatório da JIU é de que o ACNUDH é anterior ao Conselho. Mais do que isso, o argumento é que o mandato do ACNUDH não garantiu poder de monitoramento à Comissão, e o Conselho, sendo herdeiro de todas as funções da Comissão, segundo seu mandato, não teria prerrogativa de fazê-lo.

Argumenta-se que o mandato do ACNUDH concedeu a ele a chefia do antigo *Centre* e, na medida em que o EACNUDH surgiu, em 1997, como substituto do *Centre*, ele não seria uma instância separada, mas acoplada ao mandato do ACNUDH. Como tal, ele necessitaria da mesma independência que o alto comissário (ISHR, 2015).

Não interessa à discussão aqui promovida *verificar* quais das partes em disputa estariam efetivamente “corretas” em seu juízo, mas destacar dois elementos constitutivos que dialogam com os propósitos do capítulo<sup>35</sup>. O primeiro deles refere-se ao fato de as tentativas de controle e monitoramento ao ACNUDH pelos estados no âmbito do Conselho se expressarem a partir do nível burocrático. Como informado pela perspectiva teórica que norteia essa reflexão, parte substancial da afirmação institucional do ACNUDH/EACNUDH decorre de sua natureza, de sua composição e de sua apresentação como ente burocrático. Em grande medida, a condição burocrática, vinculada ao apelo moral e à conexão jurídica junto às normas internacionais de direitos humanos, é mobilizada para justificar

---

<sup>34</sup> Entre as ONGs que se manifestaram publicamente incluem-se *Human Rights Watch*, *CIVICUS*, *Egyptian Initiative for Personal Rights*, *Fédération Internationale des ligues des droits de l'homme*, *Forum Asia*, *International Service for Human Rights*, *World Organization against Torture*, *Conectas*, entre outras.

<sup>35</sup> Atualmente, o ACNUDH apenas apresenta as prioridades e as linhas de atuação definidas internamente aos membros do Conselho. Mas essa é uma prática informal e que não implica em deliberação formal de aprovação ou reprovação pelos estados.

sua reivindicação por independência. As iniciativas da JIU, fomentadas pelo LMG, perturbam visivelmente a instituição. Em vez de simplesmente confrontá-la no plenário do Conselho, travando um embate de narrativas, contestam a independência política do EACNUDH a partir do apontamento de descumprimento de normas burocráticas da própria ONU. Questionam sua qualidade como burocracia e contestam o recorrente argumento mobilizado por funcionários e ativistas de que o ACNUDH/EACNUDH possui um mandato único e singular para cujo exercício a independência de monitoramento estatal é imprescindível<sup>36</sup>.

Enfim, como se pôde observar, o mandato de Pillay, entre 2008 e 2014, foi, sem dúvida, decisivo no processo de desenvolvimento institucional. O destaque alcançado pelo mandato da sul-africana deve ser enquadrado a partir de duas lentes, ambas conformadoras da complexidade que caracterizam o peculiar desenho institucional do composto ACNUDH/EACNUDH.

Do ponto de vista da liderança que personifica o posto, certamente o perfil de Pillay, sendo uma mulher sul-africana não branca de origem pobre e com engajamento histórico com os direitos humanos, atraiu muita legitimidade para suas falas e posicionamentos e contribuiu sobremaneira para que seu mandato, ainda que inevitavelmente sujeito a tensões, fosse visto como um mandato equilibrado, contribuindo para a consolidação institucional do posto.

Do ponto de vista institucional, o mandato de Pillay representou o encontro relativamente bem maturado dos principais vetores de desenvolvimento institucional do ACNUDH/EACNUDH, os quais foram se conformando desde 1994. É por isso que o mandato de Pillay perpassa os acumulados da estruturação burocrática interna, da expansão de campo,

---

<sup>36</sup> Esta fala de um alto funcionário do EACNUDH ilustra bem o recorrente posicionamento da instituição: “Nós somos bastante singular, por diferentes razões. [...] Independência é uma das mais importantes. Você não pode trabalhar sobre direitos humanos sem independência, pois se você não é independente isso significa que você está sob a influência de outros, e eles não darão a você uma imagem completa daquilo que você estava analisando. Assim, eu acho que você tem que aceitar a independência como parte do trabalho em direitos humanos. [...] a diplomacia não deve esconder e nem deve ser permitido que ela esconda violações.”



do *mainstreaming* e do incisivo uso da voz pública em pronunciamentos, inclusive dentro dos fóruns intergovernamentais da área.

## 5 Considerações finais

Conforme dito logo acima, o mandato de Pillay merece tal destaque analítico, pois ele representa a transição para uma fase de consolidação institucional do ACNUDH/EACNUDH. Consolidação esta representada, por exemplo, pela frequente presença da sul-africana no âmbito do Conselho de Segurança ou ainda pela capacidade da mandatária de contribuir de forma relevante para a ascensão e manutenção de debates na pauta do Conselho de Direitos Humanos, como é o caso dos direitos LGBT.

Essa condição de maior consolidação, decorrente do desenvolvimento de vetores institucionais desde 1994 que culminou no mandato de Pillay, é o que contribui para que o ACNUDH/EACNUDH, apesar de suas fragilidades e dimensões, seja considerado uma voz relevante e confiável nos debates internacionais atuais sobre direitos humanos.

Por fim, vale dizer que juntamente com a expansão burocrático-institucional perene e o uso da voz pública por Pillay (e seus antecessores), as tentativas de controlar e monitorar o trabalho do ACNUDH/EACNUDH, a principal tônica da relação com a antiga Comissão e o atual Conselho, são um forte indício de agência política da instituição. O questionamento às instituições internacionais do sistema de direitos humanos não significa necessariamente que elas são desprovidas de agência (SCHAFFER; FØLLESDAL; ULFSTEIN, 2013). Na medida em que a agência é teoricamente desvinculada da necessária e recorrente promoção de mudança de comportamento nos outros atores e é conectada à inserção relevante no processo político, as queixas e tensões despertadas pelo ACNUDH/EACNUDH tornam-se indícios de que ele não é um mero epifenômeno do poder e tampouco politicamente desimportante. Caso fosse, o silêncio e a ausência de tensões seriam indicativos dessa irrelevância e da indiferença dos estados em relação a ele.h

## 6 Referências

- ABEYSEKERA, S. The High Commissioners' promotion of universality of human rights. In GAER, F.; BROECKER, C. (Eds.). *The United Nations High Commissioner for Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 121-129.
- ALSTON, P. The UN's human rights record: from San Francisco to Vienna and beyond. *Human Rights Quarterly*, vol. 16, 1994, p. 375-390.
- \_\_\_\_\_. Neither fish nor fowl: the quest to define the role of the UN High Commissioner for Human Rights. *European Journal of International Law*, v. 2, 1997, p. 321-335.
- ALVES, J. A. L. *Relações internacionais e temas sociais*. Brasília: IBRI, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- ANISTIA INTERNACIONAL. *Amnesty International Press Release*. UN: High Commissioner for Human Rights resigns. 7 March 2008. 2008.
- ANTHONY, L. Arbour Stepping Down as UN Rights Chief to Be With Family: Official. *The Canadian Press*. 7 March 2008. Disponível em: <<http://cknw.com/News/World/article.aspx?id=4565>>. Acesso em 27 mar 2014.
- AOLAIN, F. Strategic priorities and challenges for the UN High Commissioner for Human Rights. *Columbia Human Rights Law Review*, v. 35, 2004, p. 469-491.
- AYALA LASSO, J. Translating the VDPA into reality: the creation of the OHCHR. In BENEDEK, W. *et al. Global standards, local action: 15 years Vienna World Conference*. Viena: Intersentia, 2009, p. 95-100.
- BADAWI, Z. Mary Robinson, UN Human Rights Chief. *BBC Talking Point Special*. 2002. Disponível em: <[http://news.bbc.co.uk/2/hi/talking\\_point/forum/1673034.stm#transcript](http://news.bbc.co.uk/2/hi/talking_point/forum/1673034.stm#transcript)>. Acesso em 25 out 2012.
- BALDWIN, C. The Office of the High Commissioner for Human Rights and minority rights. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 14, 2007, p. 357-377.

- BBC. UNs Navi Pillay warns of Israel Gaza 'war crimes'. 23 July 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-middle-east-28437626>>. Acesso em 28 nov 2014.
- BOGGAN, S. War In The Balkans: NATO warned on war crimes. 5 May 1999. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/war-in-the-balkans-nato-warned-on-war-crimes-1091503.html>> Acesso em 11 jan 2012.
- BOVEN, T. V. The UN High Commissioner for Human Rights: the history of a contested project. *Leiden Journal of International Law*, v, 20, n. 4, 2007, p. 767-784.
- BOYLE, K. (Ed.). *A voice for human rights: Mary Robinson*. Philadelphia: University of Philadelphia Press, 2008.
- CERNA, C. A small step forward for human rights: the creation of the post of United Nations High Commissioner for Human Rights. *The American University Journal of International Law and Policy*, v. 4, n. 10, 1995, p. 1265-1274.
- CLAPHAM, A. Creating the High Commissioner for Human Rights: the outside story. *European Journal of International Law*, v. 5, 1994, p. 556-568.
- CLARK, R. *A United Nations High Commissioner for Human Rights*. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1972.
- COHEN, R. The High Commissioner for Human Rights and North Korea. In GAER, F.; BROECKER, C. (Eds.). *The United Nations High Commissioner for Human Rights: conscience for the world*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 293-310.
- CONNORS, J.; SIMONOVIC, D. The role of UN human rights mechanisms and OHCHR in the promotion and protection of women's human rights. 15 years after Vienna: OHCHR developments and challenges. In NOWAK, M. *et al. Global standards, local action: 15 years Vienna World Conference on Human Rights*. Viena: Intersentia, 2009, p. 423-426.
- COOK, H. The role of the High Commissioner for Human Rights: one step forward or two steps back? *Proceedings of the Annual Meeting*, v. 89, 1995, p. 235-242.
- DESLATTE, M. Robinson consults on rights in Algeria: eyes intervention to stop violence. *The Washington Times*, 25 October 1997.

FEENEY, P. The UN World Conference on Human Rights, Vienna, June 1993. *Development in Practice*, vol. 3, n. 3, 1993, p. 218-221.

FINNEMORE, M.; BARNETT, M. *Rules for the world: International organizations in global politics*. Cornell University Press: Ithaca, 2004.

FLOOD, P. *The effectiveness of UN human rights institutions*. Washington: Praeger, 1998.

FORSYTHE, D. Mary Robinson. In: FORSYTHE, D. (Ed.). *Encyclopedia of human rights*. Oxford: Oxford University Press. Vol. 4, p. 347-349, 2009.

GAER, F. BROECKER, C. (Eds.). *The United Nations High Commissioner for Human Rights: conscience for the world*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

GAER, F. NGOs and the UN High Commissioner for Human Rights. In CARTER CENTER. *Human rights, the United Nations, and nongovernmental organizations*. Atlanta: Carter Center, 1997, p. 81-96

\_\_\_\_\_. Forward. In RICHMOND, O; CAREY, H. *Subcontracting peace: the challenges of NGO peacebuilding*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2005, p. XV-XX.

\_\_\_\_\_. The High Commissioners and the Special Procedures: colleagues and competitors. In GAER, F.; BROECKER, C. (Eds.). *The UN High Commissioner for Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 133-156.

GENSER, J. The High Commissioner for Human Rights and Burma (Myanmar). In GAER, F.; BROECKER, C. (Eds.). *The UN High Commissioner for Human Rights: conscience for the world*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 349-368.

GIERYCZ, D. Human rights in the UN system since the demise of the three pillars approach. *Journal of International Organization Studies*, v. 3, n. 1, 2012, p. 60-70.

GORDON-LENNOX, G.; STEVENSON, A. *Sergio Vieira de Mello: un hombre exceptionell*. Geneva: Éditions du tricorné, 2004.

HAARETZ. UN launches international inquiry into Syria's crackdown on protesters: UN High Commissioner for Human Rights says more than 2,200 people have killed in the five-month-old crackdown. 23 August 2011. Disponível em: <<http://www.haaretz.com/news/middle-east/un-launches-international-inquiry-into-syria-s-crackdown-on-protesters-1.380232>>. Acesso em 13 maio 2013.

- HANNUM, H. Human Rights in Conflict Resolution: The Role of the Office of the High Commissioner for Human Rights in UN Peacemaking and Peacebuilding. *Human Rights Quarterly*, V. 28, n. 1, 2006, p. 1-85.
- HERNANDEZ, M. C. A ascensão do tema dos direitos humanos no pós-Guerra Fria: a Conferência de Viena (1993). *Mediações*, v. 15, n. 1, 2010, p. 54-73.
- \_\_\_\_\_. Direitos humanos e política externa norte-americana: a participação dos EUA na Conferência de Viena (1993). *Brazilian Journal of International Relations*, v. 2, n. 2, 2013, p. 329-351.
- \_\_\_\_\_. *A Conferência de Viena e a internacionalização dos direitos humanos*. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.
- \_\_\_\_\_. O Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos e seu Escritório: criação e desenvolvimento institucional (1994-2014). Tese de Doutorado em Ciência Política. Universidade Estadual de Campinas. 2015.
- HOBBS, A. J. Humphrey and the High Commissioner: the Genesis of the OHCHR. *Journal of the History of International Law*, v. 3, 2001, p. 38-74.
- HORGAN, J. *Mary Robinson: an independent voice*. Dublin: O'Brien Press, 1997a.
- \_\_\_\_\_. *Mary Robinson: a woman of Ireland and the World*. Niwot, Colo.: Roberts Rinehart, 1997b.
- HOROWITZ, J. OHCHR pre-deployment human rights training: adapting to the evolving roles, responsibilities, and influence of UN human rights officers. *Journal of Human Rights Practice*, v. 2, n. 1, 2010, p. 28-48.
- HOWLAND, T. Mirage, Magic, or Mixed Bag? The United Nations High Commissioner for Human Rights' Field Operation in Rwanda. *Human Rights Quarterly*, V. 21, n. 1, 1999, p. 1-55.
- HULLAH, H. Interview with Navi Pillay. 27 August 2014. Disponível em: <<http://amanpour.blogs.cnn.com/2014/08/27/u-n-human-rights-commissioner-navi-pillay-i-am-supremely-confident-that-i-speak-with-moral-authority/>>. 10 set 2014.

HUMAN RIGHTS WATCH. *HRW World Report 1995*. New York: HRW, 1995.

\_\_\_\_\_. *Human Rights Watch World Report 1997*. New York: HRW, 1997.

IGNATIEFF, M. Rights inflation and role conflict in the Office of the High Commissioner for Human Rights. In GAER, F.; BROECKER, C. (Eds.). *The UN High Commissioner for Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 35-44.

IRISH TIMES. *Robinson walk-out*. 20 March 2001.

INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS [ISHR]. Human Rights Council: Reject attempts to limit OHCHR. 23 March 2015. Disponível em: <<http://www.ishr.ch/news/human-rights-council-reject-attempts-limit-office-highcommissioner>>. Acesso em 25 mar 2015.

JOINT INSPECTION UNIT [JIU]. *Funding and staffing of the Office of the High Commissioner for Human Rights*. JIU/REP/2007/8. 2007.

\_\_\_\_\_. *Second Follow-Up to the Management Review of The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. JIU/REP/2009/2. 2009.

\_\_\_\_\_. *Review of management and administration of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. JIU/REP/2014/7. 2014.

KANG, K. 15 years after Vienna: OHCHR developments and challenges. In NOWAK, M. et al. *Global standards, local action: 15 years Vienna World Conference on Human Rights*. Viena: Intersentia, 2009, p. 65-68.

KEDZIA, Z. The United Nations High Commissioner for Human Rights. In: BEYERLIN, U.; BOTHE, M.; HOFMANN, R.; PETERSMAN, E. *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*. Berlin: Max-Planck, 1995, p. 435-452.

KLÍMOVA-ALEXANDER, I.; HADDADIN, Y. Human rights-based approach to trafficking: the work of the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights. *The Judges' Journal*, v. 52, n. 1, 2013, p. 22-27.

KOH, H. A job description for the U.N. High Commissioner for Human Rights. *Columbia Human Rights Law Review*, v. 35, 2004, p. 493-503.

- KOREY, W. The “Diplomatic Approach” vs. the “Human Rights Approach”: *the High Commissioner for Human Rights, and the Blaustein Institute*. In: KOREY, W. *NGOs and the Universal Declaration of Human Rights*. NY: Palgrave, 2001, p. 369-395.
- KRATOCHWIL, F. *Rules, norms and decisions*. Cambridge University Press, 1989.
- LAATIKAINEN, K. *Resistance to hegemony within the United Nations: the 1993 Vienna Conference, human rights, and cultural relativism*. Paper prepared for the International Studies Association (ISA) Annual Convention, 2004.
- LANG, K. Webcast interview with Navi Pillay, UN High Commissioner for Human Rights. 01 June 2014. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUId=EBF1F9F6-1F96-4F9E-9081-8DEAC9A8BBD0>>. Acesso em 18 jan 2015.
- MAGAZZENI, G. The role of OHCHR in promoting National Human Rights Institutions. In NOWAK, M. *et al. Global standards, local action: 15 years Vienna World Conference on Human Rights*. Viena: Intersentia, 2009, p. 169-176.
- MAHONY, L.; NASH, R. *Strengthening the protection impact of human rights field presences*. Concept paper for the OHCHR Annual Meeting of Field Presences, 2010.
- MAHONY, L.; MACKENZIE, T. *Protecting human rights in the DRC: reflections on the work of the Joint Human Rights Office and MONUSCO*. Fieldview Solutions, 2010.
- MAHONY, L.; NASH, R.; TALADHAR, I. *Evaluation of the of OHCHR in Nepal*. Prepared for the Embassy of the United Kingdom in Nepal. Fieldview Solutions, 2010.
- MAHONY, L.; NASH, R. *Influence on the ground: understanding and strengthening the protection impact of United Nations human rights field presences*. Brewster: Fieldview Solutions, 2012.
- MARCOVITCH, J. *Sérgio Vieira de Mello*. São Paulo: EdUsp, 2004.
- MEARSHEIMER, J. The false promise of international institutions. *International Security*, v. 19, n. 3, 1995, p. 5-49.
- MERTUS, J. *The United Nations and human rights*. New York: Routledge, 2009.

MOSKALENKO, K.; GOLDMAN, M.; FITZPATRICK, C. The High Commissioner for Human Rights in the Russian Federation. In GAER, F.; BROECKER, C. (Eds.). *The UN High Commissioner for Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014, p. 331-348.

NASH, R.; MACKENZIE, T. *Protecting human rights in Uganda: reflections on the work of OHCHR*. Fieldview Solutions, 2011.

NEGUS, G. Interview with Louise Arbour. *SBS Dateline*. March 2003. Disponível em: <<http://www.sbs.com.au/dateline/story/transcript/id/543024/n/Interview-with-Louise-Arbour>>. Acesso em 28 mar 2014.

NESS, P. *Debating human rights*. London: Routledge, 1999.

NEWS POST INDIA. UN Human Rights Chief Spotlights Plight of Millions of Detainees World-wide, 3 October 2008. Disponível em: <[www.newspostindia.com/report-61047](http://www.newspostindia.com/report-61047)>. Acesso em 9 set 2012.

NOSSEL, S.; BROECKER, C. The High Commissioner for Human Rights and the UN Human Rights Council. In GAER, F.; BROECKER, C. (Eds.). *The UN High Commissioner for Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014, p. 221-244.

NOWAK, M. Vienna Declaration and Programme of Action: key outcomes, results and achievements. In BENEDEK, W. *et al. Global standards, local action: 15 years Vienna World Conference on Human Rights*. Viena: Intersentia, 2009, p. 101-117.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS [OHCHR]. *Annual Report 1994*.

\_\_\_\_\_. *Annual Report 1995*.

\_\_\_\_\_. *Annual Report 1996*.

\_\_\_\_\_. *Annual Report 1997*.

\_\_\_\_\_. *Annual Report 2002*.

\_\_\_\_\_. *Annual Report 2003*.

\_\_\_\_\_. *Annual Report 2009a*.



\_\_\_\_\_. *Annual Report 2010a*.

\_\_\_\_\_. *Annual Report 2011a*.

\_\_\_\_\_. *Annual Report 2012a*.

\_\_\_\_\_. *Annual Report 2013a*.

\_\_\_\_\_. *Strategic Management Plan 2014-2017*. 2014a.

OHCHR NEWS. Pillay calls for international inquiry into Lybian violence and justice for victims. 22 February 2011a. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10743&LangID=E>>. Acesso em 27 jan 2013.

\_\_\_\_\_. Pillay presents groundbreaking UN study violence, discrimination against people because of their 'sexual orientation'. 7 March 2012. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/RU/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11917&LangID=E>>. Acesso em 8 mar 2014.

O'LEARY, O.; BURKE, H. *Mary Robinson*. London: Hodder & Stoughton, 1998.

O'FLAHERTY, M.; O'BRIEN, C. Reform of UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies: a critique of the concept paper on the High Commissioner's proposal for a unified standing treaty body. *Human Rights Law Review*, v. 7, n. 1, 2007, p. 141-172.

PILLAY, N. Statement at the Side Event on ending violence and criminal sanctions based on sexual orientation and gender identity. Geneva, 17 September 2010a. Disponível em: <<http://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/2010/09/Pillay.pdf>>. Acesso em 22 fev 2013.

\_\_\_\_\_. Address by the High Commissioner at the Jacob Blaustein Institute for the advancement of human rights. In GAER, F.; BROECKER, C. (Eds.). *The United Nations High Commissioner for Human Rights: conscience for the world*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 63-72.

POWER, S. *Chasing the flame: Sérgio Vieira de Mello and the fight to save the world*. NY: Penguin Press, 2008.

RAMCHARAN, B. *The United Nations High Commissioner for Human Rights: the challenges of international protection*. Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2002a.

\_\_\_\_\_. *The Security Council and the protection of human rights*. London: Martinus Nijhoff Publishers, 2002b.

\_\_\_\_\_. The future of UN Human Rights High Commissioner for Human Rights. *The Round Table: the Commonwealth Journal of International Affairs*, v. 94, n. 378, 2005a, p. 97-111.

\_\_\_\_\_. The United Nations High Commissioner for Human Rights and International Humanitarian Law. *Harvard University Occasional Paper Series*, n. 3, 2005b, p. 3-43.

\_\_\_\_\_. *A UN High Commissioner in defence of human rights: no license to kill or torture*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005c.

\_\_\_\_\_. *Human rights protection in the field*. London: Martinus Nijhoff, 2006.

\_\_\_\_\_. *Contemporary human rights ideas*. London: Routledge, 2008.

RELIEFWEB. High Commissioner for Human Rights condemns ongoing abuses in Sierra Leone. 29 Apr 1999. Disponível em: <<http://reliefweb.int/report/sierra-leone/high-commissioner-human-rights-condemns-ongoing-abuses-sierra-leone>>. Acesso 30 ago. 2013.

RISHMAWI, M. Sérgio Vieira de Mello. In: FORSYTHE, D. (Ed.). *Encyclopedia of human rights*. Oxford: Oxford University Press. Vol. 3, p. 279-282, 2009.

ROBINSON, M. *Everybody matters: a memoir*. London: Hodder & Stoughton, 2012.

RODRIGUEZ-RESCIA, V. The impact of the High Commissioner on Human Rights protection in Colombia. In GAER, F.; BROECKER, C. (Eds.). *The UN High Commissioner for Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014, p. 369-388.

SABÓIA, G. V. Um improvável consenso: a Conferência Mundial de Direitos Humanos e o Brasil. *Política Externa*, v. 2, n. 3, 1993, p. 17-38.

SCHABAS, W. In: FORSYTHE, D. (Ed.). *Encyclopedia of human rights*. Oxford: Oxford University Press. Vol. 1, p. 88-91, 2009.

- SCHAFFER, J.; FØLLESDAL, A.; ULFSTEIN, G. International human rights and the challenge of legitimacy. In SCHAFFER, J.; FØLLESDAL, A.; ULFSTEIN, G. (Eds.). *The legitimacy of international human rights regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 1-31.
- SHATTUCK, J. Vienna and Beyond: U.S. Human Rights Diplomacy in the Post Cold War World. *The DISAM Journal*, 1993.
- SIGGINS, L. *Mary Robinson*. Edinburgh: Mainstream Publishers, 1997.
- SIKKINK, K.; FINNEMORE, M. International norm dynamics and political change. *International Organization* 52, 4, Autumn 1998, p. 887-917.
- SIMMONS, B. *Mobilizing for human rights*. Cambridge University Press, 2009.
- THE ECONOMIST. *Human Rights: politics aside...*, 29 March, 1997.
- TIKHONOV, A. A. The UN High Commissioner for Human Rights. *Moscow Journal of International Law*, v. 1, n. 1, 1995, p. 21-30.
- TRINDADE, A. A. C. O processo preparatório da Conferencia Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993. *RBPI*, vol. 36, n. 1, 1993a, p. 1-45.
- TURNER, C. U.N. Chief picks Irish President as top rights official. *Los Angeles Times*, June 13, 1997.
- UNITED NATIONS [UN]. General Assembly. *High Commissioner for Human Rights*. A/RES/48/141. 1994a.
- \_\_\_\_\_. UN Press Release. *High Commissioner for Human Rights expresses deep concern at continuing expulsion of Eritrean nationals from Ethiopia*. 1 July 1998. HR/98/44, July 1, 1998. 1998a.
- \_\_\_\_\_. UN Press Release. *High Commissioner for Human Rights concerned over intensification of repression in Myanmar*. 6 October 1998. HR/98/73. 1998b.
- \_\_\_\_\_. UN Press Release SG/SM/6504/Rev.1, 25 March, 1998. 1998c.
- \_\_\_\_\_. UN Press Release. *Statement by High Commissioner for Human Rights on the Situation in Chechnya, Russian Federation*. 16 November 1999. HR/99/104. 1999.

\_\_\_\_\_. *In Larger Freedom: towards development, security, and human rights*. A/59/2005, 21 March 2005. 2005a.

\_\_\_\_\_. UN WORLD SUMMIT 2005 - *The World Summit Outcome Document*. GA res. 60/1, 16 September 2005. 2005b.

\_\_\_\_\_. UN Press Release. New United Nations High Commissioner for Human Rights takes up her post. 1 September 2008. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/9B761733CA222C1DC12574B7004FE86F?opendocument>>. Acesso em 26 mar 2013.

UN HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Situation of Human Rights in the Libyan Arab Jamahiriya*. A/HRC/RES/S-15/1. 25 February 2011. 2011a.

\_\_\_\_\_. *Situation of Human Rights in the Syrian Arab Republic*. A/HRC/RES/S-17/1. 22 August 2011. 2011b.

\_\_\_\_\_. Composition of staff of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. A/HRC/22/L.17. 15 March 2013. 2013a.

\_\_\_\_\_. *Situation of Human Rights in the Democratic People's Republic of Korea*. A/HRC/RES/22/13. 9 April 2013b.

\_\_\_\_\_. *Human rights, gender orientation and gender identity*. A/HRC/RES/27/L.27/Rev.1, 24 September 2014. 2014.

\_\_\_\_\_. *Promoting reconciliation, accountability and human rights in Sri Lanka*. A/HRC/RES/25/1. 9 April 2014. 2014a.

\_\_\_\_\_. *Situation of Human Rights in Eritrea*. A/HRC/RES/26/24. 14 July 2014. 2014b.

\_\_\_\_\_. *Ensuring respect for international law in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*. A/HRC/RES/S-21/1. 24 July 2014. 2014c.

UNITED NATIONS NEWS CENTRE. *Top UN rights official raises concerns about US treatment of terror detainees*. 6 March 2003. Disponível em: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=6369&Cr=mello&Cr1=#.UzV6oNxzjSE>>. Acesso em 19 set 2012.

\_\_\_\_\_. Top UN official calls for international inquiry into human rights abuses in DPR Korea. 14 January 2013. Disponível em: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp/story.asp?NewsID=43914&Cr=Democratic&Cr1=Korea#.UzXmP9xzjSE>>.

Acesso em 4 abr 2013.

ZAYAS, A. M. United Nations High Commissioner for Human Rights. In: BERNHARDT, R. *Encyclopedia of Public International Law*. Vol. 4. North-Holand: Elsevier, 2000, p. 1129-1132.

\_\_\_\_\_. José Ayala Lasso. In: FORSYTHE, D. (Ed.). *Encyclopedia of human rights*. Oxford: Oxford University Press. Vol. 1, p. 130-132, 2009a.

\_\_\_\_\_. Human rights, UN High Commissioner for. In: VOLGER, Helmut. *A concise encyclopedia of the United Nations*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010, p. 275-284.

## **Intervenção humanitária unilateral ou crime de agressão? Uma análise da intervenção americana no conflito sírio**

*Camilly Gouvea Proença*<sup>1</sup>

*Natália Mascarenhas Simões Bentes*<sup>2</sup>

### **Introdução**

O conflito na Síria apresenta-se como um dos maiores e mais graves conflitos da atualidade, alcançando proporções perturbadoras e pondo em xeque alguns princípios basilares do direito internacional. Apesar da atuação das Nações Unidas (ONU) através do Conselho de Segurança (CSNU) na busca de uma resolução pacífica do conflito, divergências entre os membros do Conselho, em especial entre Estados Unidos da América (EUA) e Rússia, que apoiam os rebeldes e o governo sírio, respectivamente, tem se mostrado um grande empecilho para a adoção de medidas mais efetivas.

Em função do agravamento do conflito, a comunidade internacional tem se mostrado insatisfeita com a atuação do CSNU. Diante dessa dita “inércia” do Conselho e de graves violações aos direitos humanos e ao direito internacional humanitário, é possível verificar a ingerência de outras potências no conflito, principalmente de países como EUA, Rússia, Turquia, Irã, Iraque e Arábia Saudita.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito das Ongs, direito humanitário e direitos humanos pela Universidade de Estrasburgo, França. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Advogada.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário do Pará e da Clínica de Direitos Humanos do Cesupa. Advogada.

A escolha do tema abordado é baseada na importância de se discutir a legitimidade das intervenções unilaterais perpetradas por Estados em territórios estrangeiros que estão diante de um cenário de conflito interno e instabilidade política. Tendo em vista, especificamente, as intervenções mais recentes dos EUA no conflito sírio, faz-se necessário analisar se as intervenções humanitárias unilaterais gozam de legitimidade perante o Direito Internacional, ou se podem vir a caracterizar um crime de agressão.

A importância da discussão dos limites entre a intervenção humanitária e o crime de agressão é inegável, uma vez que ao permitir que se use o discurso de intervenção humanitária para interferir no âmbito interno de um Estado, se abre um precedente para que tais ingerências se tornem mais comuns, configurando um desrespeito aos princípios da soberania e da não intervenção, bem como enfraquecendo o papel do próprio CSNU, como o único órgão responsável pela manutenção da paz e segurança internacional.

Quando um Estado assume para si a prerrogativa de intervir militarmente em um conflito interno, desconsiderando a legitimidade do CSNU é uma situação muito grave. Isso porque, além de tirar toda a credibilidade do CSNU, abre espaço para um caos, onde as grandes potências, invocando o discurso de proteção dos direitos humanos e do direito humanitário, decidem, com base em seus próprios interesses, intervir de forma arbitrária em outros Estados, esvaziando de sentido o Direito Internacional ao ignorar os princípios da soberania estatal, da não ingerência e da igualdade.

Dessa forma, o presente artigo busca fazer um estudo comparativo entre o crime de agressão e a intervenção humanitária unilateral para, em seguida, partir para uma análise das intervenções militares lideradas pelos EUA no conflito sírio, de forma a identificar se tais atos são legítimos sob a égide do direito internacional e, caso não o sejam, quais seriam as implicações em torno de uma possível responsabilização internacional. Para tanto, é necessário, primeiramente, estudar o crime de agressão em toda sua amplitude, desde a sua previsão no Estatuto de Roma (1998) até a sua efetiva tipificação nas Emendas de Kampala, em 2010. Além disso, é indispensável esclarecer quais as condições para o processamento de um

indivíduo pelo cometimento do crime de agressão, pelo que iremos abordar a entrada em vigor das emendas e o exercício da jurisdição do TPI. Enfim, a partir dessas considerações, será feito o comparativo entre os institutos do crime de agressão e da intervenção humanitária unilateral, assim entendida como aquela conduzida sem a autorização do CSNU.

Por sua vez, antes de adentrar nas intervenções norte-americanas na Síria, é preciso um melhor entendimento sobre esse conflito para entender a dimensão da problemática e o motivo dele configurar-se como um dos conflitos mais complexos da contemporaneidade. Feito isto, será possível realizar a análise das intervenções norte-americanas, mais especificamente os bombardeios conduzidos pelos EUA nos dias 6 de abril de 2017 e 13 de abril de 2018. Em relação às intervenções, será feita uma exposição dos acontecimentos, as condutas que as teriam motivado e a repercussão da atuação, principalmente, norte-americana no cenário internacional. Por fim, será possível averiguar se a atuação dos EUA no conflito sírio, de fato, está de acordo com o ordenamento jurídico internacional e poderia ser justificada como sendo uma intervenção humanitária unilateral, ou se deveria ser considerada como um crime de agressão, passível de responsabilização penal internacional.

## **2 Crime de agressão**

### **2.1 Do Estatuto de Roma às Emendas de Kampala**

Durante muitos anos, a guerra foi utilizada como um instrumento político por diversas nações ao redor do mundo. A partir do desenvolvimento das relações internacionais e dos direitos humanos, tal concepção foi sofrendo alterações, até a Carta das Nações Unidas, instrumento fundador da Organização das Nações Unidas (ONU), que reprovava expressamente o uso da força nas relações entre Estados, em seu art.2.4. Contudo, é possível considerar que a condenação da guerra como um instrumento no âmbito das relações internacionais alcançou seu auge



quando, em 1998, através do Estatuto de Roma, foi criado o primeiro tribunal penal internacional permanente e, dentre os ilícitos internacionais que seriam de competência do Tribunal Penal Internacional (TPI), estava previsto o crime de agressão.

Ocorre que, apesar do Estatuto de Roma consolidar o entendimento de que o uso da força contra outro Estado configura um crime internacional, no momento de sua aprovação não se chegou a um consenso do que viria a caracterizar um crime de agressão, de forma que no art.5.2 do Estatuto, os Estados assumem o compromisso de estabelecer a definição do crime de agressão, bem como as condições para o exercício da competência do TPI sobre o referido delito. Em função desse compromisso, ainda no ano de 1999, a Comissão Preparatória para o TPI (CPTPI) iniciou as discussões com o objetivo de alcançar uma definição para o crime de agressão. Uma das principais contribuições feitas pela CPTPI foi o 2002 Discussion Paper, elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Agressão, onde foram apontados alguns dos principais pontos de discussão e posicionamentos que serviriam para conduzir posteriores debates sobre o tema. Dentre alguns dos pontos mais controvertidos, podemos citar como exemplo a questão de estabelecer uma finalidade específica para que um crime viesse a ser qualificado como um crime de agressão e as condições para que os promotores do TPI conduzam investigações sobre o cometimento do referido delito.

Em seguida, a Assembleia de Estados Parte do TPI criou o Grupo de Trabalho Especial sobre o Crime de Agressão (GTECA) que deu prosseguimento às discussões em torno da definição de agressão, a partir do ano de 2003, quando foi realizada a primeira sessão, até 2009, quando o GTECA apresentou as Propostas. O debate no âmbito do GTECA circulava em torno de três pontos chave: a conduta do indivíduo, conduta do Estado e as condições para o exercício da Jurisdição do TPI<sup>3</sup>.

No que se refere à conduta do indivíduo, houve um consenso no sentido de que o crime de agressão está diretamente relacionado a um poder

---

<sup>3</sup> KREB, Claus; HOLTZENDORFF, Lonie von. The Kampala Compromise on the Crime of Aggression: *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, vol.8, 2010, p. 1179-1271.

de liderança, pois o indivíduo deve ocupar uma posição efetiva de poder que lhe permita controlar e ordenar um ato militar ou político por parte de um Estado. Tal concepção implica que aqueles que participam do ato de agressão como meros executores, como um soldado, por exemplo, não poderiam ser responsabilizados pelo crime de agressão, nem mesmo na condição de partícipe.

As principais divergências se fizeram notar em relação aos demais pontos. Em relação à conduta do Estado, não havia dúvidas de que o ato de agressão cometido pelo Estado devia tratar-se de uma hipótese ilegal de uso da força, condenada tanto pela Carta das Nações Unidas, em seu art.2.4, quanto pelo direito internacional consuetudinário. Porém, havia controvérsias quanto à definição do uso ilegal da força para fins de aplicação do tipo penal em análise. Enquanto alguns países defendiam a adoção irrestrita das definições de ato de agressão contidas na Res. 3314 da AGNU, outros sustentavam que as condutas que poderiam ser criminalizadas deveriam ser mais limitadas. A solução foi adotar as disposições contidas na Res. 3314, porém, acrescentar os critérios de gravidade e escala para configurar um ato de agressão<sup>4</sup>.

Por fim, a questão mais controvertida, diz respeito às condições para o exercício da jurisdição do TPI em relação ao crime de agressão. A problemática central estava relacionada à atuação do CSNU, enquanto os membros permanentes do referido órgão defendiam que seria preciso que o CSNU reconhecesse uma ação como sendo um ato de agressão para que o TPI pudesse iniciar os procedimentos, outros países sustentavam que a atuação do CSNU deveria limitar-se apenas à previsão contida no art.16 do Estatuto de Roma, sem interferir no reconhecimento do ato de agressão de forma a impedir as investigações por parte do TPI.

Sobre essa questão, o GTECA conseguiu alcançar um consenso, no sentido de que o papel do CSNU deveria ser apenas processual, ou seja, o fato de um órgão externo ao TPI considerar determinada ação como um

---

<sup>4</sup> KREB, Claus; HOLTZENDORFF, Lonie von. The Kampala Compromise on the Crime of Agression: *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, vol.8, 2010, p. 1179-1271.

ato de agressão, não vincula o TPI no ato de determinar a responsabilidade penal internacional de um indivíduo por cometer um crime de agressão. Durante a discussão em torno deste terceiro ponto, restou evidente que a questão do papel do CSNU estava relacionada à possibilidade, ou não, do TPI exercer sua jurisdição sobre o crime de agressão mesmo nos casos em que o Estado agressor não tivesse reconhecido as novas disposições sobre tal delito. Contudo, em razão de fatores legais e políticos, o GTECA não conseguiu alcançar um consenso.

Outra contribuição importante proveniente das discussões do GTECA está relacionada aos elementos caracterizadores do crime de agressão, pois foi consolidado o entendimento de que para ensejar a responsabilidade penal internacional por um crime de agressão é essencial que um ato de agressão tenha sido praticado, de forma que a figura da tentativa não seria suficiente para ensejar a responsabilidade penal internacional por um crime de agressão. Além disso, os atos de preparar e planejar um ato de agressão só poderiam ser enquadrados como crime de agressão se efetivamente configurassem um ato estatal ilegal.

Com base nas discussões do Grupo de Trabalho sobre Agressão e do GTECA, no ano de 2010, foi realizada a Primeira Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, em Kampala, ocasião em que foi adotada a RC/Res. 6, também conhecida como “Emendas de Kampala ao Estatuto de Roma”. Durante a conferência, o foco da discussão se deu principalmente em torno da questão do exercício da jurisdição do TPI, uma vez que não houve grandes controvérsias contra a adoção da definição estabelecida pelo GTECA nas Propostas de 2009. A definição do crime de agressão encontra-se contida no novo artigo 8 bis do Estatuto de Roma, que assim dispõe:

#### Artigo 8 bis

##### Crime de Agressão

1. Para os fins deste Estatuto, “crime de agressão” significa o planejamento, preparação, iniciação ou execução, por um indivíduo em posição de exercer efetivamente o controle ou dirigir uma ação política ou militar de um Estado, de um ato de agressão, que por sua natureza, gravidade e escala, constitui uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas.

2. Para os fins do parágrafo 1, “ato de agressão” significa o uso de força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou de qualquer outra maneira inconsistente com a Carta das Nações Unidas. Qualquer dos atos a seguir, independente de guerra declarada, pode, de acordo com a Resolução 3314 (XXIX) de 14 de Dezembro de 1974, da Assembleia Geral das Nações Unidas, ser considerado como ato de agressão:
- a) A invasão ou ataque pelas forças armadas de um Estado ao território de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, ainda que temporária, resultante de tal invasão ou ataque, ou qualquer anexação através do uso da força do território de outro Estado ou parte dele;
  - b) Bombardeio pelas forças armadas de um Estado contra o território de outro Estado ou o uso de qualquer arma por um Estado contra o território de outro Estado;
  - c) O bloqueio de portos ou costas de um Estado pelas forças armadas de outro Estado;
  - d) Um ataque pelas forças armadas de um Estado às forças terrestres, marítimas ou aéreas, ou frotas marítimas e aéreas de outro Estado;
  - e) A utilização de forças armadas de um Estado que se encontrem no território de outro Estado com o acordo do Estado receptor, em violação das condições previstas no acordo ou de qualquer extensão da sua presença nesse território para além do término do acordo;
  - f) A ação de um Estado de permitir que ser território, que foi posto à disposição de outro Estado, seja utilizado por esse outro Estado para perpetrar um ato de agressão contra um terceiro Estado;
  - g) O envio por ou em nome de um Estado de bandos armados, grupos, irregulares ou mercenários, que executam atos de força armada contra outro Estado de tal gravidade que equivalem aos atos listados acima, ou seu envolvimento substancial no mesmo. (*tradução nossa*)<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Do original: “Article 8 bis

Crime of aggression

1. For the purpose of this Statute, «crime of aggression» means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.

2. For the purpose of paragraph 1, «act of aggression» means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression:

(a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;

No que concerne ao exercício de jurisdição do TPI em relação ao crime de agressão, foram estabelecidas duas condições para a “ativação” das Emendas de Kampala: estas devem ser ratificadas por, pelo menos, 30 Estados e a Assembleia dos Estados Partes do Estatuto de Roma deve proferir decisão pela ativação, por maioria de dois terços, após 1º de janeiro de 2017. É importante destacar que se aplica a primeira parte do art. 121 (5) do Estatuto de Roma ao exercício da jurisdição pelo TPI, isto é, a alteração passa a valer a contar de um ano após o depósito do instrumento de ratificação.

A atuação do TPI nos casos de crime de agressão é regulamentada pelos artigos 15 *bis* e 15 *ter*, sendo que o primeiro trata das investigações *proprio motu* ou requeridas por Estados membros, nos termos do art.13, alíneas ‘a’ e ‘c’ do Estatuto de Roma, enquanto que a segunda trata das investigações incitadas pelo CSNU, hipótese do art.13, alínea ‘b’ do Estatuto<sup>6</sup>. No que concerne ao art.15 *bis*, há controvérsias em relação à sua correta interpretação, isto porque, ao mesmo tempo em que foi estabelecido que a adoção das Emendas segue os termos do art.121 (5) do Estatuto de Roma, o art.15 *bis* (4) faz referência ao art.12 do Estatuto<sup>7</sup>.

Caso o art.15 *bis* fosse interpretado de acordo com o art. 12 do Estatuto, para que o TPI pudesse exercer sua jurisdição sobre o crime de agressão seria necessário que, pelo menos, uma das partes envolvidas na

---

(b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;

(c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;

(d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;

(e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;

(f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;

(g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.”

<sup>6</sup> WONG, Meagan S. *The crime of aggression and public international law*. Leiden University: Netherlands, 2016.

<sup>7</sup> WONG, Meagan S. *The crime of aggression and public international law*. Leiden University: Netherlands, 2016.

investigação tivesse ratificado as Emendas de Kampala, sendo que, na hipótese de o Estado denunciante ter ratificado as Emendas, a jurisdição pode ser exercida com base nos princípios da territorialidade ou nacionalidade, conforme estabelecidos pelas alíneas do art.12(2). Por outro lado, ao interpretar o art.15 *bis* em conjunto com o art. 121 (5), o que se verifica é que caso o Estado agressor não tenha ratificado as Emendas, ou tenha exercido seu direito de *opt-out*, o TPI não poderia exercer sua competência, mesmo nas hipóteses em que tal país tenha cometido um crime de agressão contra um Estado Membro das Emendas, ou que tal crime tenha sido cometido por um nacional do país não signatário.

Em função da referida controvérsia, faz-se necessária analisar mais detidamente o texto do art. 15 *bis* (4) das Emendas de Kampala. Assim dispõe o referido dispositivo:

Artigo 15 *bis*

Exercício da competência sobre o crime de agressão

(Remissão por um Estado, *proprio motu*)

[...]

4. A Corte poderá, em conformidade com o artigo 12, exercer sua competência sobre um crime de agressão, resultante de um ato de agressão cometido por um Estado Parte, salvo se esse Estado Parte tenha declarado previamente que não aceita essa competência mediante o depósito de uma declaração ao Secretário. A retirada dessa declaração poderá ser efetuada a qualquer momento e será considerada pelo Estado Parte no prazo de três anos. (*tradução nossa*)<sup>8</sup>

Da leitura do dispositivo retrotranscrito, verifica-se que o mesmo estabelece que o TPI poderá exercer sua jurisdição sobre “um ato de agressão cometido por um Estado Parte”, logo, conclui-se que a Corte não poderia

---

<sup>8</sup> Do original: “Article 15 *bis*

Exercise of jurisdiction over the crime of aggression

(State referral, *proprio motu*)

[...]

4. The Court may, in accordance with article 12, exercise jurisdiction over a crime of aggression, arising from an act of aggression committed by a State Party, unless that State Party has previously declared that it does not accept such jurisdiction by lodging a declaration with the Registrar. The withdrawal of such a declaration may be effected at any time and shall be considered by the State Party within three years.”

exercer sua jurisdição sobre um Estado não-Parte, o que implica na prevalência da interpretação do art.15 bis em conjunto com o art.121 (5)<sup>9</sup>. Apesar de haver vários argumentos contra tal entendimento, o mesmo foi confirmado pela Assembleia dos Estados Partes do Estatuto de Roma, durante a reunião realizada no dia 14 de dezembro de 2017, através do item 2 da Resolução ICC-ASP/16/L.10, sendo, portanto, adotada a interpretação conforme o art.121 (5) do Estatuto de Roma.

No que concerne à atuação do CSNU, finalmente se alcançou um consenso, materializado através do art.15 *ter* das Emendas. O entendimento de que o TPI pode investigar um possível crime de agressão independente de determinação da ocorrência de um ato de agressão por parte do CSNU, firmado no âmbito das Propostas de 2009 do GTECA permanece. O CSNU teria o poder de permitir o exercício de jurisdição do TPI, mesmo contra um Estado que não tenha consentido com as Emendas<sup>10</sup>.

No dia 26 de junho de 2016, o Estado da Palestina foi o 30º Estado a ratificar as Emendas de Kampala, atendendo ao requisito do número mínimo de ratificações para ativação da jurisdição do TPI. Enfim, em 14 de dezembro de 2017, a Assembleia dos Estados Partes do Estatuto de Roma decidiu, por unanimidade, pela ativação da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão, que passa a valer a partir do dia 17 de julho de 2018.

Por fim, um último ponto que merece destaque diz respeito à responsabilidade pelo cometimento do crime de agressão, já que o TPI atua com a responsabilização penal internacional de indivíduos.

O poder de decidir sobre dar início a uma guerra, bem como de dirigir os atos e condutas e de pôr fim às hostilidades está concentrado num pequeno número de líderes políticos e militares. Partindo desse entendimento de que há determinados sujeitos que concentram o poder de controlar os esforços de guerra de um Estado, seriam estes os indivíduos que seriam apontados como responsáveis pelo ato de agressão. É com

---

<sup>9</sup> AKANDE, Dapo; TZANAKOPOULOS, Antonios. The crime of aggression in the icc and state responsibility. *Harvard International Law Journal*: Harvard, Vol. 58, 2017, p.35.

<sup>10</sup> KREB, Claus; HOLTZENDORFF, Lonie von. The Kampala Compromise on the Crime of Aggression: *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, vol.8, 2010, p. 33.

base nesse entendimento que é possível concluir que o crime de agressão se trata fundamentalmente de um “crime de liderança”, pois a responsabilidade é daqueles que efetivamente possuem o poder de decisão<sup>11</sup>.

Vale destacar que, para fins de responsabilização penal internacional, não é necessária a presença de dolo, isto é, basta que o indivíduo tenha “planejado, preparado, iniciado ou executado” um ato de agressão. Não é preciso demonstrar que o indivíduo tinha consciência de que se tratava de um ato incompatível com a Carta das Nações Unidas<sup>12</sup>. Além disso, há de se levar em consideração que os indivíduos que possuem poder de mando para levar a cabo um crime de agressão, em regra, são Chefes de Estado ou outros membros do governo, ou oficiais de alto escalão das forças armadas, que pelas normas de direito internacional, gozam de imunidade.

Para os fins à que se propõe o presente trabalho, o mesmo não vai adentrar na temática das imunidades, contudo, é válida a ressalva de a jurisprudência internacional vem consolidando o entendimento de que, diante do cometimento de crimes gravíssimos, como genocídio, crimes contra a humanidade, crime de guerra e de agressão, as imunidades são passíveis de desconsideração, conforme artigo 27 do Estatuto de Roma.

## 2.2 Crime de Agressão x Intervenção Humanitária Unilateral

Durante a Conferência de Kampala já se falava na questão de considerar as intervenções de caráter humanitário como exceções ao ato de agressão, posicionamento este que também era defendido por vários doutrinadores, apesar de não ter sido adotado no texto final das Emendas<sup>13</sup>. No que concerne às intervenções humanitárias estas são entendidas como intervenções em territórios estrangeiros praticados com a finalidade de

---

<sup>11</sup> SAYAPIN, Sergey. *The Crime of Agression in International Criminal Law: historical development, comparative analysis and present state*. Asser Press: 2014, p.5.

<sup>12</sup> O'CONNOR, Laurie. *Humanitarian Intervention and the Crime of Agression: the precarious position of the “knights of humanity”*. University of Otago: New Zealand, 2010.

<sup>13</sup> O'CONNOR, Laurie. *Humanitarian Intervention and the Crime of Agression: the precarious position of the “knights of humanity”*. University of Otago: New Zealand, 2010.



atender a necessidades humanitárias. Trata-se de uma prática que teve início no séc. XIX e que se perpetuou mesmo após a Carta das Nações Unidas confirmar o respeito à soberania dos Estados, bem como o princípio da não intervenção nas relações interestatais, em seus arts. 2.4 e 2.7. Nos termos da Carta da ONU, a única hipótese de intervenção legítima seria aquela autorizada pelo CSNU, porém isso não impediu que, ao longo dos anos, Estados ou grupos de Estados decidissem por si próprios realizar intervenções, principalmente quando a atuação do CSNU se mostra deficiente na resolução de crises humanitárias. Essas últimas, seriam as intervenções humanitárias unilaterais, isto é, sem autorização por parte do CSNU.

Não há dúvidas de que não existe suporte legal para as intervenções unilaterais, uma vez que são incompatíveis com as disposições da Carta da ONU, porém isso não impediu que as mesmas fossem realizadas. Um caso paradigmático foi a intervenção da OTAN no Kosovo, que apesar de não ter sido autorizada pelo CSNU, muitos defendem que foi legítima, em função dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade que estavam sendo cometidos na região. Visando resolver a problemática em torno da legitimidade das intervenções humanitárias, foi desenvolvido conceito de responsabilidade de proteger<sup>14</sup> (R2P, sigla em inglês).

A R2P está diretamente relacionada à soberania dos Estados, pois parte do princípio de que “a soberania carrega consigo uma responsabilidade por parte dos governos de proteger seus cidadãos<sup>15</sup>”. Nessa esteira, quando um Estado não cumpre com a sua responsabilidade de garantir a proteção dos seus cidadãos, seria possível ocorrer uma transferência de responsabilidade do Estado, para a comunidade internacional, o que, em tese, legitimaria a intervenção unilateral. Contudo a AGNU, ao reafirmar a R2P na resolução World Summit 2005<sup>16</sup>, atrela o exercício da R2P à Carta

---

<sup>14</sup> Do original: “responsability to protect”.

<sup>15</sup> COHEN, apud BIERRENBACH, Ana Maria. *O Conceito de Responsabilidade de Proteger e o Direito Internacional Humanitário*. Fundação Alexandre de Gusmão, 2011, p.129. Do original: “Sovereignty carries with it a responsibility on the part of governments to protect their citizens”.

<sup>16</sup> UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. 2005 *World Summit Outcome*, A/RES/60/1.

das Nações Unidas e ao CSNU, de forma que não se pode dizer que ela poderia ser utilizada para justificar uma intervenção unilateral.

Assim sendo, diante da evidente ilegalidade das intervenções humanitárias unilaterais, resta saber se as mesmas poderiam constituir um ato de agressão, nos termos do art. 8 *bis* das Emendas de Kampala. Os atos que se caracterizam como atos de agressão encontram-se previstos nas alíneas do art. 8 *bis* (2), sendo que o rol contido no referido dispositivo é meramente exemplificativo, de forma que não esgota as hipóteses que podem vir a ser consideradas como atos de agressão. Tal entendimento, tem por base a referência que o art. 8 *bis* (2) faz à Resolução 3314 (XXIX) da AGNU, bem como o termo “[...] ou de qualquer outra maneira inconsistente com a Carta das Nações Unidas”<sup>17</sup>.

No caso, como este trabalho dedica-se mais especificamente à análise das intervenções humanitárias de caráter militar, é possível afirmar que esses tipos de intervenção poderiam ser comumente enquadrados na hipótese das alíneas ‘a’ ou ‘d’ do art. 8 *bis* (2). Contudo, para que a intervenção humanitária seja considerada como um crime de agressão, além de se adequar às hipóteses de atos de agressão, deve-se observar outro requisito, qual seja: a gravidade do uso indevido da força, pois é necessário que o ato represente uma severa violação à proibição do uso da força contida na Carta das Nações Unidas, para que possa vir a ser admitido perante o TPI, conforme se depreende da leitura dos artigos 1º e 17 do Estatuto de Roma.

Não há, até o momento, um consenso sobre como essa questão da gravidade deve ser interpretada, por essa razão, será utilizado como parâmetro os Entendimentos (*Understandings*)<sup>18</sup> sobre a interpretação das Emendas de Kampala. Assim dispõem os Entendimentos Seis e Sete, respectivamente:

---

<sup>17</sup> O’CONNOR, Laurie. *Humanitarian Intervention and the Crime of Aggression: the precarious position of the “knights of humanity”*. University of Otago: New Zealand, 2010

<sup>18</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Entendimientos sobre la interpretación de las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión*, RC/10/Add.1. Disponível em: <[https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/reviewconference/pages/review%20conference.aspx#officialdoc](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/reviewconference/pages/review%20conference.aspx#officialdoc)>.

Entende-se que a agressão é a forma mais séria e perigosa de uso ilegal da força; e que a determinação se um ato de agressão foi cometido requer a consideração de todas as circunstâncias particulares de cada caso, incluindo a gravidade dos atos em questão e suas consequências, de acordo com a Carta das Nações Unidas (*tradução nossa*).<sup>19</sup>

Entende-se que ao determinar se um ato de agressão constitui ou não uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas, os três elementos de natureza, gravidade e escala, devem ter importância suficiente para justificar uma determinação de “manifesta” violação. Nenhum dos elementos pode bastar por si só para satisfazer o critério de manifesta violação (*tradução nossa*).<sup>20</sup>

O Entendimento Seis até poderia legitimar as intervenções humanitárias, caso partisse de uma interpretação voltada aos benefícios e consequências vantajosas da intervenção que, porventura, pode pôr fim à um genocídio ou à prática de crimes contra a humanidade. Contudo, o Entendimento reitera a necessidade de que o ato seja compatível com a Carta das Nações Unidas. Por sua vez, a questão posta pelo Entendimento Sete diz respeito aos três elementos (natureza, gravidade e escala) do ato para verificar se o mesmo representa uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas, restando clara a necessidade da análise cumulativa dos três elementos para chegar à tal conclusão. Porém, o Entendimento Sete, por si só, não é suficiente, sendo necessário fazer uma abordagem dos trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*) para verificar seu verdadeiro intuito e, segundo o autor, os mesmos confirmam a necessidade de evidente ilegalidade, no sentido de que o ato deve ser indiscutivelmente visto como um ato de agressão<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Do original: “6. Se entiende que la agresión es la forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza, y que una determinación sobre si un acto de agresión ha sido cometido requiere el examen de todas las circunstancias de cada caso particular, incluyendo la gravedad de los actos correspondientes y de sus consecuencias, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.”

<sup>20</sup> Do original: “7. Se entiende que al determinar si un acto de agresión constituye o no una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, los tres elementos de características, gravedad y escala deben tener la importancia suficiente para justificar una determinación de violación ‘manifiesta’. Ninguno de los elementos puede bastar por sí solo para satisfacer el criterio de violación manifiesta.”

<sup>21</sup> O’CONNOR, Laurie. *Humanitarian Intervention and the Crime of Aggression: the precarious position of the “knights of humanity”*. University of Otago: New Zealand, 2010.

Não há nenhuma hipótese legal, seja partindo de uma interpretação da Carta das Nações Unidas, ou mesmo do Tratado de Viena que autorize uma intervenção humanitária unilateral<sup>22</sup>. Dessa forma, mesmo aqueles que defendem esse tipo de intervenção, com base em argumentos morais ou políticos, como uma forma legítima de combate a outros crimes graves, não há nada que a sustente no ordenamento jurídico internacional. Inclusive, durante a Conferência de Kampala, restou evidente o receio dos Estados em permitir qualquer tipo de abertura que pudesse, expressamente, autorizar as intervenções unilaterais, em função da possibilidade de outros Estados distorcerem esse instituto com base em seus próprios interesses políticos e econômicos.

Dessa forma, entende-se que não há nenhum óbice em caracterizar uma intervenção humanitária unilateral como um crime de agressão, tendo em vista que a mesma é claramente incompatível com a Carta das Nações Unidas, já que o Estado interventor, via de regra, viola a soberania de outro Estado, interferindo em assuntos internos e, não raramente, conduzindo operações militares em território estrangeiro, o que configura uma evidente violação à Carta e mesmo um ato de agressão.

### **3 A intervenção norte-americana no conflito sírio**

Antes de analisar a intervenção norte-americana no conflito sírio é preciso, primeiramente, entender o conflito, bem como o porquê do envolvimento de outros Estados que, num primeiro momento, não estariam intimamente ligados à Síria, ao ponto de se envolverem nos combates.

Sob influência da Primavera Árabe<sup>23</sup>, em 2011 teve início na uma série de protestos na Síria, onde a principal reivindicação era a saída do presidente Bashar al-Assad, que assumiu o governo no ano 2000. No dia 15 de março de 2011, ocorreram protestos em todo o país que reuniram milhares

---

<sup>22</sup> VALEK, Petr. Is unilateral humanitarian intervention compatible with the U.N. Charter? : *Michigan Journal of International Law*. Michigan, vol. 56, issue 4, 2005.

<sup>23</sup> RAMOS, Luiz Felipe Gondin. *Origens da primavera árabe: uma proposta de classificação analítica*. Universidade de Brasília, 2015. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/11377/1/2015\\_LuizFelipeGondinRamos.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/11377/1/2015_LuizFelipeGondinRamos.pdf)>.

de pessoas, porém o governo sírio reprimiu os manifestantes com violência e brutalidade, apesar do caráter pacífico das manifestações. Tais episódios continuaram a se repetir, resultando em diversas detenções e mesmo na morte de manifestantes e essa repressão violenta das manifestações pacíficas deu início a uma guerra civil.

A Síria é um país de maioria sunita, porém algumas regiões do país contam com grandes concentrações de drusos, alauítas e cristãos, principalmente, grego ortodoxos<sup>24</sup>. Há também regiões onde a população é ainda mais diversa, formada por tribos árabes; curdos, divididos entre tribos, nômades, seminômades, nacionalistas e tradicionais; e cristãos, que podem ser imigrantes grego ortodoxos ou católicos armênios. Essa pluralidade de etnias e religiões contribuiu para que houvesse uma divisão entre os próprios opositores do regime, que formaram diversos grupos não estatais que, além de combaterem as forças governamentais, lutam entre si, em razão de possuírem interesses distintos. Além disso, o cenário de instabilidade e violência chamou a atenção de grupos oportunistas, como o Estado Islâmico, jihadistas vinculados à al-Qaeda e o Hezbollah, que acabaram se infiltrando no território sírio.

Desde o início do conflito, cada vez mais aumentam as violações aos direitos humanos e de direito internacional humanitário, cometidas tanto pelos apoiadores do governo Assad, quanto pelos opositores e grupos terroristas, o que resultou na maior onda migratória já vista pela humanidade, segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados<sup>25</sup> e da organização *Human Rights Watch*<sup>26</sup>. Outra particularidade desse conflito diz respeito ao uso de armas químicas contra a população civil, sendo que o primeiro ataque dessa natureza teria ocorrido

---

<sup>24</sup> BENTES, Natália; NEVES, Rafaela; LOBATO, Luísa (orgs). *Síria: da história à crise humanitária*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p.37-39.

<sup>25</sup> UNHCR. *Syria Emergency*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/syria-emergency.html>>.

<sup>26</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 2018: syria, events of 2017*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/world-report/2018/country-chapters/syria>>.

em 2012 e, desde então, estima-se que até o final de 2017, já haviam sido cometidos, aproximadamente, 25 ataques químicos<sup>27</sup>.

Os ataques químicos levaram a Síria a tornar-se signatária da Convenção para Proibição de Armas Químicas de 1997, ainda em 2013, e foi iniciado um plano de eliminação de armas químicas, no território sírio, conduzido pela Organização para Proibição de Armas Químicas (OPAQ). Entretanto, apesar de formalmente, a OPAQ ter tido sucesso em eliminar 100% do arsenal declarado de armas químicas do governo sírio, isso não impediu que novos ataques acontecessem, inclusive após o ano de 2016, quando teriam sido destruídas as últimas armas remanescentes. A autoria pelos ataques químicos é, na maioria das vezes, atribuída ao governo sírio, tendo em vista que os mesmos geralmente são realizados contra áreas que estão sob o domínio dos rebeldes<sup>28</sup>.

A Síria, por si só, já conta com uma multiplicidade de interesses diversos, devido à variedade da sua população, o que já dificulta a resolução do conflito, mas essa mesma diversidade atrai vários atores externos, que além dos seus interesses comuns àqueles de certa parcela da população síria, trazem suas próprias perspectivas e rivalidades que acabam por agravar a situação. Dessa forma, várias tentativas de resolução pacífica fracassaram em virtude da impossibilidade de se atingir um acordo entre os atores envolvidos, sendo que o mesmo cenário se repete no âmbito do CSNU, pois membros detentores do poder de veto, tais como EUA, Rússia e China, apoiam lados opostos no conflito<sup>29</sup>.

Os EUA possuem interesses tanto econômicos, quanto político-militares no conflito, pois além de buscar uma maior influência no Oriente Médio e o enfraquecimento de grupos armados em países que se opõem à presença norte-americana, o país possui grande interesse na construção

---

<sup>27</sup> BENTES, Natália; NEVES, Rafaela; LOBATO, Luísa (orgs). *Síria: da história à crise humanitária*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p.64.

<sup>28</sup> BENTES, Natália; NEVES, Rafaela; LOBATO, Luísa (orgs). *Síria: da história à crise humanitária*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

<sup>29</sup> HINNEBUSCH, Raymond; ZARTMAN, William. *UN mediation in the Syrian crisis: from Kofi Annan to Lakdhar Brahimi*. New York: International Peace Institute, March 2016.

de um gasoduto na região, que garantiria diversas vantagens econômicas. A Rússia, principal apoiadora do governo Assad, além de contar com uma base militar localizada em território sírio, acaba sendo muito beneficiada pelo conflito uma vez que é uma grande fornecedora de armas e que o aumento no preço do petróleo, devido aos conflitos no Oriente Médio, faz com que o mercado europeu dependa energeticamente de empresas russas. A China, por sua vez, apoia a atuação da Rússia na Síria, aliando-se aos russos no combate contra a influência norte-americana no Oriente Médio, com o objetivo de fortalecer suas relações com os países árabes que possuem grande força no mercado petrolífero. Além disso, há certo receio que a derrota dos seus aliados no Oriente Médio, contribua para que haja revoltas no território chinês, principalmente na região muçulmana de Sinkiang e no Tibete budista.

No dia 6 de abril do ano de 2017, o governo norte-americano lançou 59 mísseis em direção à base aérea Al-Shayrat, localizada em Homs, na Síria. A justificativa para o ataque foi que o mesmo representava uma resposta aos supostos ataques químicos, perpetrados pelo governo sírio, do dia 4 de abril de 2017, na região de Idlib, na cidade de Khan Shaykhun, que deixou um saldo de 80 mortos, dentre eles várias crianças e centenas de feridos. Suspeitava-se que a base aérea destruída teria sido o local de armazenamento das armas utilizadas nos ataques do dia 4 de abril, segundo o relatório do Secretário Geral para o CSNU de 22 de maio de 2017.

Apesar dos pedidos, a equipe da Missão de Determinação dos Fatos (FFM, sigla em inglês), até o período de encerramento do quadragésimo terceiro relatório mensal do Diretor Geral da OPAQ (S/2017/373<sup>30</sup>), ainda não tinha conseguido realizar a visita ao local do ataque, na cidade de Khan Shaykhun, quanto na base aérea Al-Shayrat, dessas localidades. Apesar disso, foram colhidas amostras médicas das vítimas do ataque do dia 4 de abril, onde se pôde verificar que elas foram expostas a gás sarin, ou substâncias derivadas.

---

<sup>30</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Letter dated 28 April 2017 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council, S/2017/373.*

No âmbito internacional, a ofensiva norte-americana dividiu opiniões, situação que ficou evidente na reunião do CSNU, solicitada pelo Estado da Bolívia, membro rotativo do Conselho. Na reunião realizada no dia 7 de abril de 2017, o delegado boliviano classificou a ação dos EUA como um ato de agressão, posicionamento este que foi reiterado pelos representantes da Síria e da Rússia. Apesar dos EUA atribuírem o ataque químico do dia 4 de abril ao governo sírio, o governo atribuía a autoria a grupos rebeldes. O representante da Bolívia, durante a reunião de emergência destacou a gravidade da atuação dos EUA ao bombardear a base aérea com base apenas em sua crença de que o ataque químico partiu daquela localidade, sem que fosse realizada uma investigação independente capaz de confirmar a verdadeira origem do ataque<sup>31</sup>.

Os representantes do Uruguai, China, Cazaquistão, Suécia e Etiópia, apesar de não condenarem de forma expressa a atuação dos EUA, defenderam que o CSNU é o órgão responsável pela manutenção da paz e segurança internacional e que as intervenções militares unilaterais são incompatíveis com as normas de direito internacional, razão pela qual carecem de legitimidade. Nesse ponto, vale ressaltar que outro problema com a intervenção unilateral dos EUA é que ela enfraqueceria a credibilidade do CSNU como o único órgão competente para determinar uma intervenção armada num conflito. Por sua vez, os países mais próximos aos EUA e/ou que costumam opor-se à Rússia, tais como Reino Unido, Itália, França, Japão e Ucrânia, classificou o bombardeio como um ataque proporcional e uma resposta necessária diante dos ataques brutais perpetrados pelo regime do ditador Bashar Al-Assad, principalmente tendo em vista a inércia do CSNU, em razão do exercício do poder de veto por parte do governo russo, aliado de Assad.

Contudo, o que mais chamou a atenção nessa reunião do CSNU, foram as declarações da representante norte-americana, que afirmou, perante os demais membros do Conselho que evitar a propagação e o uso de armas

---

<sup>31</sup> RECORD OF THE 7919th MEETING OF THE UN SECURITY COUNCIL, 7 April 2017. S/PV.7919. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/PV.7919](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.7919)>.



químicas é um interesse vital de segurança nacional para os EUA e que, portanto, eles não iriam mais esperar que o regime Assad utilizasse armas químicas para agir. Por fim, a delegada concluiu dizendo que o bombardeio foi devidamente medido e controlado e que o governo norte-americano estaria disposto a adotar outras medidas que se fizessem necessárias.

Sobre esses acontecimentos, o Secretário Geral das Nações Unidas (SGNU), António Guterres, repreendeu a atitude norte-americana, destacando o risco de um agravamento do conflito que afetaria principalmente a população síria, bem como a necessidade de que o suposto ataque químico fosse devidamente investigado para que se identifique os autores e estes sejam responsabilizados, nos termos do direito internacional e das resoluções do CSNU<sup>32</sup>.

Segundo reportagens do jornal RT, como resultado do bombardeio norte-americano, pelo menos seis pessoas morreram<sup>33</sup>. A Agência de Notícias Árabe Síria (SANA, sigla em inglês), informou que nove civis foram mortos durante o bombardeio, dentre eles quatro crianças, isso porque alguns mísseis teriam atingido áreas residenciais de uma vila próxima da base aérea. Por sua vez, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), que até então tratava a situação na Síria como um conflito interno, passou a caracterizá-lo como um conflito internacional. De acordo com o representante do CICV no Oriente Médio “Quando as forças militares de certo Estado atacam os militares de outro Estado no território desse Estado, e há alvos militares legítimos, isso equivale imediatamente à um conflito armado internacional (tradução nossa)”<sup>34</sup>.

Enquanto isso, jornais como o Al Jazeera, apontaram certo aumento na tensão entre EUA e Rússia, bem como um receio de que tal situação

---

<sup>32</sup> UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Letter dated 28 April 2017 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council*, S/2017/373.

<sup>33</sup> RT NEWS. *Us missile strike in syria: what we know so far about target, victims & reactions*. In: Disponível em: <<https://www.rt.com/news/383895-us-airstrike-syria-reactions/>>.

<sup>34</sup> RT NEWS. *Syria situation ‘an international armed conflict’ after US missile strike – Red Cross to RT*. In: Disponível em: <<https://www.rt.com/news/384127-us-strike-red-cross/>>. Do original: “When a military of a certain state attacks the military of another state on the territory of that state, and there are legitimate military targets, that amounts immediately to international armed conflict”.

pudesse vir a desencadear maiores enfrentamentos entre essas duas potências dentro do conflito<sup>35</sup>. Por sua vez, alguns comentaristas políticos interpretaram a ofensiva norte-americana não propriamente como uma estratégia destinada a causar impactos reais no conflito sírio, mas sim como uma manobra do presidente Donald Trump para se fortalecer politicamente<sup>36</sup>.

No dia 13 de abril de 2018, os EUA, juntamente com Reino Unido e França, lançaram um novo ataque no território sírio, dessa vez em resposta ao suposto ataque químico que ocorreu no dia 7 de abril do mesmo ano, na cidade de Douma, o último território que ainda estava sob o controle de rebeldes na região de Ghouta Oriental. Em relação ao ataque químico, há divergências quanto ao real número de mortos que varia de cerca de 40 a 70 pessoas, dentre eles mulheres e crianças. Oficiais norte-americanos concluíram que fora utilizado um agente que afeta o sistema nervoso, porém seriam necessárias maiores análises para identificá-lo. Por sua vez, após realizar sua própria investigação, a Rússia alegou que não foram encontrados vestígios de qualquer agente químico.

Logo após o suposto ataque químico, muitos Estados voltaram a cobrar uma atitude do CSNU, bem como uma mudança de posicionamento do governo russo acusado de sempre vetar resoluções mais incisivas do Conselho em relação ao programa de armas químicas sírio. Em resposta, os EUA lideraram um bombardeio no dia 13 de abril de 2018, onde contou com o apoio da França e do Reino Unido. O bombardeio com mais de 100 mísseis, tinha como alvo três instalações: o Centro Sírio de Estudos Científicos e Pesquisa (Damasco), um depósito de armas químicas e outro

---

<sup>35</sup> AL JAZEERA. *Rússia warning as US threatens more Syria strikes*. In: Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/news/2017/04/envoy-threatens-syria-military-action-170407181709711.html>>.

<sup>36</sup> CHACRA, Gustavo. Como o ataque dos EUA à Síria afeta Trump e Assad?. In: *Estadão*, 07 de Abril de 2017. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/blogs/gustavo-chacra/como-o-ataque-dos-eua-a-siria-afeta-trump-e-assad/>>; CHACRA, Gustavo. Qual seria a lógica de Trump bombardear Assad?. In: *Estadão*, 06 de Abril de 2017. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/blogs/gustavo-chacra/qual-seria-a-logica-de-trump-bombardear-assad/>>; CHARLEAUX, João Paulo. Quais os cálculos de Trump ao atacar a Síria. In: *Nexo Jornal*, 06 de Abril de 2017. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/04/06/Quais-os-c%C3%A1culos-de-Trump-ao-atacar-a-S%C3%A9ria>>.

depósito que também funcionava como posto de comando militar, ambos localizados nas proximidades de Homs.

No dia seguinte ao bombardeio, foi realizada uma reunião do CSNU, onde o SGNU, António Guterres, informou que, apesar de EUA e Rússia terem declarado que o ataque do dia 13 não resultou em vítimas civis, a ONU não tinha como verificar de forma independente tais informações. O SGNU reforçou que, principalmente em se tratando de situações que envolvem paz e segurança internacional, é preciso que os Estados-membros observem as disposições da Carta das Nações Unidas e que o CSNU é o único órgão que possui legitimidade para atuar, assim ele pediu que os Estados-membros se abstenham de adotar medidas de forma unilateral, para evitar um agravamento do conflito sírio. Em seu discurso o SGNU também reforçou que o uso de armas químicas de fato é monstruoso e é de extrema importância que àqueles que perpetraram tais ataques sejam devidamente responsabilizados, porém, para isso, é essencial que seja realizada uma investigação independente e imparcial, sendo a OPAQ o organismo melhor preparado para executar tal tarefa.

A representante norte-americana, Nikki Hayley, alegou que o bombardeio foi legítimo, justificado e proporcional. Além disso, ela esclareceu que os alvos escolhidos foram cuidadosamente estudados e que eram instalações chave do programa sírio de armas químicas. Hayley também afirmou que os EUA tentaram várias vezes resolver a questão das armas químicas na Síria de forma diplomática, tentativas essas que fracassaram em função do veto russo e que o ataque do dia 13 representava um ato de membros permanentes do CSNU numa tentativa de pôr fim ao uso de armas químicas.

O representante do Reino Unido afirmou de forma expressa que o bombardeio era uma intervenção humanitária legítima, pois o próprio direito internacional permitiria tal atitude diante de situações excepcionais de crise humanitária. Segundo ele, as três condições necessárias para legitimar o ato estavam presentes, quais sejam: evidências convincentes e aceitas pela comunidade internacional de que há uma crise humanitária

em larga escala; não haver outra alternativa que não o uso da força; e que o uso da força seja limitado e proporcional ao alcance dos fins a que se destina, que seria de alívio à crise. O delegado francês, por sua vez, sustentou que não apenas a ofensiva não foi contrária às normas de direito internacional, como também necessárias para evitar que o regime Assad continue com o descumprimento sistemático de suas obrigações internacionais.

Apenas as delegações da Polônia e da Holanda manifestaram apoio ao bombardeio perpetrado por EUA, Reino Unido e França, considerando que o mesmo foi justificado devido aos constantes fracassos do CSNU em adotar um mecanismo adequado para a questão do uso de armas químicas na Síria. Dentre os membros do CSNU, apenas as delegações da China e Bolívia adotaram um posicionamento semelhante ao da delegação russa. Apesar de não se referirem ao ataque do dia 13 como sendo propriamente um ato de agressão, ambos sustentam que ele representa uma violação das normas de direito internacional e da Carta das Nações Unidas.

Nesse mesmo sentido foi o posicionamento do Kuwait, que apesar de não condenar de forma clara a atuação dos países interventores, ressaltou a importância do respeito à soberania e integridade estatal, bem como que cabe ao CSNU adotar medidas que dizem respeito à segurança internacional. A delegação da Guiné Equatorial, por sua vez, condena a intervenção militar por considerar que tal medida invés de auxiliar na resolução do conflito, acaba por agravá-lo, trazendo graves consequências, seu representante ainda acrescentou que o uso da força só seria justificado quando estivesse em conformidade com as normas de direito internacional, o que não era o caso.

Por sua vez, países como Cazaquistão, Suécia, Etiópia, Costa do Marfim e Peru, manifestaram-se nas mesmas linhas do discurso do SGNU, no sentido de que os Estados devem se abster de adotar atitudes que possam vir a acarretar num agravamento do conflito e que cabe ao CSNU o dever de agir em relação a casos que dizem respeito à paz e segurança internacional. O representante da Síria condenou a ofensiva e a classificou com

um ato de agressão, sem qualquer fundamento legal e totalmente contrário à Carta das Nações Unidas. Um fato curioso é que o delegado sírio informou que um dos alvos do bombardeio do dia 13, o Centro de Pesquisa, fora objeto de uma investigação no ano anterior, conduzidas por especialistas da OPAQ que certificaram que o referido estabelecimento não estava envolvido com a produção ou armazenamento de armas químicas.

Internacionalmente a ofensiva gerou grande repercussão e vários debates sobre suas consequências. No Reino Unido, segundo o jornal Al Jazeera, vários membros do parlamento, inclusive parte da população, se mostraram insatisfeitos com o ataque, em virtude de sua justificativa ser legalmente questionável e de não ter sido autorizado pelo parlamento. No que diz respeito aos EUA, o analista político Marwan Bishara ressalta que o presidente Donald Trump pode ter tomado tal atitude principalmente com o objetivo de fortalecer sua imagem frente aos norte-americanos, entretanto a ofensiva renova dúvidas quanto ao futuro da atuação dos EUA no conflito, uma vez que alguns dias antes do ataque Trump anunciou num discurso, em Ohio, que em breve as tropas norte-americanas seriam retiradas do território sírio.

Yury Barmin, analista político, aponta para um crescimento das tensões entre Rússia e EUA, inclusive no âmbito diplomático, com constantes trocas de ameaças, bem como um crescimento nas tensões entre Rússia e Reino Unido e França. Tendo isso em vista, segundo ele, a Síria surge como o cenário ideal para os embates, tendo em vista sua localização que permite disputas que não põem em risco o território europeu. O jornalista Rami Khouri, lembrando as consequências negativas da influência de interesses estrangeiros na história da criação e organização do Estado Sírio, chama atenção para o risco de, novamente, o Estado ser reestruturado com base em interesses estrangeiros, sem levar em consideração as necessidades e reivindicações do povo sírio, o que conseqüentemente, não teria sucesso em estabelecer uma ordem estatal estável e soberana.

#### 4 Análise da intervenção norte-americana

Antes de tudo é importante esclarecer que, apesar da participação de atores externos no conflito, tendo por base as definições de conflito internacional e de conflito interno adotadas pelos Protocolos Adicionais I e II de 1977, o conflito da Síria se configura como sendo um conflito interno. O art.1.4 do Protocolo Adicional I configura um conflito internacional como “[...] os conflitos armados nos quais os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas, no exercício do direito de livre determinação dos povos[...]”. Por sua vez, o art.1.1 do Protocolo Adicional II, apresenta a seguinte definição:

[...] todos os conflitos armados que não estiverem cobertos pelo Artigo 1 do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (Protocolo I) e que ocorram no território de uma Alta Parte Contratante entre suas Forças Armadas e Forças Armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a direção de um comando responsável, exerçam sobre uma parte desse território um controle tal que lhes permita realizar operações militares contínuas e concentradas [...]. (grifo nosso)

Nesses termos, apesar da Síria não ter ratificado o Protocolo Adicional II de 77 e do posicionamento adotado pelo CICV após o bombardeio norte-americano do dia 6 de abril de 2017, partindo do entendimento que o referido documento traz no seu bojo conceitos consolidados no âmbito do Direito Internacional Humanitário, para os fins deste trabalho, aplica-se a definição de conflito de caráter não internacional, prevista pelo art. 1.1 do Protocolo II ao conflito sírio.

Conforme já foi exposto a legitimidade das intervenções unilaterais segue sendo uma matéria controvertida. Aqueles que assumem um posicionamento contrário a essa modalidade de intervenção, sustentam sua opinião no receio de que grandes potências venham a utilizar o referido discurso como justificativa para intervir em Estados mais “vulneráveis” e

impor seus próprios interesses. Por sua vez, aqueles que defendem a intervenção unilateral, apontam para a necessidade de proteção dos direitos humanos, elemento fundamental da própria ordem internacional.

As únicas hipóteses em que o art.2.4 da Carta das Nações Unidas permite o uso da força são quando houver autorização do CSNU, nos termos do Capítulo VII da Carta, ou para o exercício do direito de autodefesa. No caso em tela, nenhuma das duas hipóteses de exceção à proibição do uso da força encontram-se presentes, tendo em vista que não houve autorização do CSNU, seja para o bombardeio de 06 de abril de 2017, seja o de 13 de abril de 2018, nem mesmo cabe a justificativa de autodefesa coletiva ou individual.

Não há dúvidas de que o conflito sírio configura como uma das piores crises humanitárias já vistas, nem de que ele representa uma ameaça à paz e segurança internacional. Nessa mesma linha, é pacífico o entendimento de que o uso de armas químicas é um ato desumano, que viola disposições tanto de direito internacional, quanto de direito internacional humanitário. Contudo, como vem sendo reiterado por vários Estados e pelo próprio SGNU, a Carta das Nações Unidas incumbiu o CSNU como o único órgão responsável pela resolução dessas questões, com o objetivo de preservar a ordem internacional.

Os EUA em ambas as ocasiões apontaram para a inércia do CSNU diante das barbaridades cometidas através do uso de armas químicas, como sendo o grande motivador dos ataques. Nesse ponto, devemos retomar observar o conceito de R2P. O Relatório do ICISS sobre R2P estabelece que uma intervenção poderia ser conduzida de forma unilateral, desde que fosse posteriormente aprovada pelo CSNU. Primeiramente, não se pode esquecer que o Relatório da ICISS não foi formalmente aceito pelos Estados-membros da ONU, além disso, mesmo que fosse aceito, restou evidente que as ofensivas norte-americanas não foram posteriormente aprovadas pelo CSNU.

É válido fazer uma análise das intervenções com base nos cinco critérios estabelecidos no Relatório do ICISS para averiguar a legitimidade de

uma intervenção. O primeiro critério, que é a existência de uma situação de genocídio, crime de guerra, crime contra a humanidade ou limpeza étnica. De fato, o uso de armas químicas pode configurar tanto um crime contra a humanidade, quanto crime de guerra, tendo em vista que causam grande sofrimento e afetam gravemente a integridade física e mental das vítimas (art.7.1.k e art.8.2.a.iii do Estatuto de Roma) além de configuram uma violação das Convenções de Genebra de 1949, portanto, foi observado o primeiro critério.

O segundo critério é que a intervenção tenha como finalidade impedir uma catástrofe humanitária. Ambas as intervenções ocorreram após os ataques químicos, inclusive antes da intervenção de 2017, estima-se que ocorreram pelo menos 7 ataques químicos, após a intervenção teriam ocorrido outros 3 ataques químicos, contando com o suposto ataque que motivou o bombardeio de 13 de abril de 2018. Assim, o que se percebe é que, pelo menos em relação à primeira intervenção, a mesma não cumpriu com a sua finalidade que seria a de impedir que novos ataques químicos acontecessem. Ainda não se pode afirmar se a ofensiva do dia 13 será suficiente para pôr fim aos ataques químicos, mas algo que tem sido questionado, como foi exposto anteriormente, é se realmente os alvos da ofensiva faziam parte da rede de produção e armazenamento de armas químicas. Dessa forma, não é possível afirmar que o segundo critério foi devidamente cumprido.

O terceiro critério é que a intervenção militar seja uma medida de última *ratio*, apesar dos impasses em relação à aprovação de resoluções pelo CSNU, não se pode ignorar que os mesmos são motivados primordialmente por questões políticas, de forma que uma mudança na postura, principalmente, dos membros permanentes do CSNU, possibilitaria a adoção de outras medidas que não o uso da força. Por acreditar que ainda seria possível a busca por outra alternativa diplomática, considera-se que o terceiro requisito também não foi cumprido.

O quarto critério exige que os meios e estratégias empregados na intervenção sejam proporcionais, nesse sentido ambas as intervenções



foram direcionadas à locais específicos que, em tese, seriam alvos militares legítimos. Portanto, é possível entender que o requisito da proporcionalidade foi respeitado. Por fim, o último requisito é que as consequências causadas pela intervenção sejam menos gravosas que aquelas causadas pela inércia da comunidade internacional. Conforme já foi dito, ainda não é possível aferir de forma concreta os efeitos da intervenção do dia 13 de abril de 2018, porém em relação à ofensiva de 2017, o que se verificou no âmbito do conflito, foi que a mesma não necessariamente agravou o conflito, nem fez com que melhorasse, contudo no âmbito internacional, especialmente do CSNU, o ataque contribuiu para um aumento da tensão entre os membros do Conselho, o que dificultou ainda mais a adoção de resoluções e mesmo as tentativas de mediação. Por essa razão, consideramos que o quinto critério não foi observado.

Nesses termos, tendo por base a R2P, o que se verifica é que ambas as intervenções norte-americanas não podem ser consideradas como intervenções legítimas, apesar do discurso de combate à catástrofe humanitária causada pelo uso de armas químicas, adotado pelo presidente Donald Trump. Uma vez estabelecido que as intervenções norte-americanas não podem ser tidas como legítimas, vejamos se elas podem ser consideradas como atos de agressão para fins de caracterização do ilícito internacional previsto pelo Estatuto de Roma, o crime de agressão.

Vimos que o crime de agressão consiste no planejamento, preparação, iniciação ou execução de um ato de agressão que constitui uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas, nos termos do art. 8 *bis*, inciso 1º. Quanto a essa questão, não há dúvidas de que o atual presidente norte-americano, juntamente com seus secretários e líderes militares e da inteligência planejaram e executaram duas ofensivas contra o território do Estado sírio, numa clara violação à proibição do uso da força, contida no art. 2.4 da Carta das Nações Unidas. Inclusive, seria possível considerar que houve uma violação do art.24.1 da Carta, pois o mesmo estabelece que é responsabilidade do CSNU em atuar diante de casos que envolvam a paz

e segurança internacional. Ao agir de forma unilateral, sem o consentimento do Conselho, os EUA estariam tomando para si uma função atribuída exclusivamente ao CSNU, pela Carta das Nações Unidas. Vale lembrar que, para fins de responsabilização, não é necessário dolo em violar disposições da Carta das Nações Unidas por parte dos responsáveis pelo crime de agressão.

Os ataques de 06 de abril de 2017 e de 13 de abril de 2018 podem ser facilmente enquadrados como atos de agressão, nos termos do inciso 2º, alíneas 'b' e 'd' do art. 8 *bis* estabelecido pelas Emendas de Kampala, pois não apenas foi realizado um bombardeio contra o território nacional sírio, com também a ofensiva foi direcionada à frota aérea síria, no caso do ataque à base aérea Al-Shayrat.

## 5 Considerações finais

A Carta das Nações Unidas, apesar de reconhecer a soberania estatal e o princípio da não intervenção, também estabelece a proteção aos direitos humanos que é utilizado por muitos países como justificativa para conduzir intervenções em outros territórios. A intervenção humanitária, em tese, busca trazer mais benefícios do que malefícios, porém ao longo da história, podemos ver que sua finalidade foi distorcida, sendo o discurso humanitário utilizado para encobrir interesses meramente políticos e/ou econômicos de outras nações.

Se a discussão em torno da legitimidade das intervenções unilaterais ganhou força há pouco tempo, mais recente ainda é a questão da responsabilização por crimes de agressão. Apesar de tal tipo penal ter sido construído ao longo da história, desde a 2ª Guerra Mundial, é importante lembrar que, até então, sua aplicação estava limitada a tribunais *ad hoc*. Apenas em 1998 passou a vigorar o Estatuto de Roma, que culminou na Criação do TPI e, ainda assim, naquele período, apesar de já ser previsto pelo Estatuto, não se alcançou um consenso sobre a conduta que viria a caracterizar um crime de agressão. Em razão disso, somente no ano de

2010, com a aprovação das Emendas de Kampala, o crime de agressão foi devidamente tipificado.

Em que pese as intervenções unilaterais configurarem manifestas violações à Carta das Nações Unidas, as Emendas de Kampala ainda são muito recentes e são poucos os países, até agora, que ratificaram e aceitaram a jurisdição do TPI sobre o crime de agressão, de forma que ainda há um longo caminho até que ocorram as primeiras condenações.

Após um panorama sobre o conflito sírio e seus atores, foi feita uma exposição dos fatos relacionados aos bombardeios conduzidos pelos EUA na Síria, nos anos de 2017 e 2018, ambos em resposta a supostos ataques químicos, realizados pelo governo Assad, que vitimaram vários civis, dentre eles mulheres e crianças. As intervenções na Síria, apesar do discurso, não apenas não serviram aos fins que propunham, isto é, de evitar novos ataques contra a população civil, como também contribuíram para um aumento no clima de tensão, principalmente, entre os Estados-Membros do CSNU, o que só faz dificultar ainda mais o alcance de uma resolução pacífica do conflito, tendo em vista que a dinâmica entre as potências envolvidas no conflito já era conturbada por uma série de motivos políticos e econômicos, fatores esses que exercem grande influência no cenário das relações internacionais e que, conseqüentemente, têm impacto sobre questões de direito internacional.

Além disso, é possível perceber que os ataques conduzidos pelos EUA, ocorreram num período de mudança governamental dentro do próprio território norte-americano, onde a eleição de Donald Trump é marcada por uma postura mais severa e mesmo extrema no que tange aos interesses norte-americanos, de forma a firmar a sua autoridade para os próprios americanos. Essa nova política dos EUA de perseguir os interesses norte-americanos acima de tudo, fica evidente tanto nas novas práticas estabelecidas pelo atual governo, quanto pela sua atuação no cenário internacional.

A representante dos EUA, Nikki Haley, durante as sessões do CSNU após os bombardeios de 2017 e 2018, demonstrou um completo descaso

em relação às acusações feitas pelos demais Estados, bem como à própria autoridade do CSNU, ao afirmar, em outras palavras, que não apenas o Estado norte-americano via sua atuação como legítima, como também não hesitaria em realizar novas intervenções unilaterais, se assim considerasse necessário. Mais recentemente, no dia 19 de junho de 2018, os EUA se retiraram do Conselho de Direitos Humanos da ONU, o que reforça a política adotada pelo governo Trump de priorizar os interesses nacionais em detrimento das diretrizes de organismos internacionais e das próprias disposições de direito internacional.

Ao analisar as ofensivas norte-americanas realizadas nos dias 6 de abril de 2017 e 13 de abril de 2018, à luz das considerações sobre intervenção humanitária unilateral e crime de agressão, concluímos que não há como legitimá-las com base numa justificativa de auxílio humanitário, bem como que as mesmas podem facilmente ser enquadradas como um crime de agressão. Entretanto, as chances de que os líderes políticos e militares responsáveis por esses bombardeios venham a ser internacionalmente responsabilizados por esses atos é quase nula.

A dificuldade de responsabilização não se deve a uma questão de imunidade, tendo em vista que a jurisprudência do TPI firmou o entendimento, quanto a possibilidade de desconsideração das imunidades de líderes militares e chefes de Estado quando estes são responsáveis pelo cometimento de crimes graves, conforme artigo 27 do Estatuto de Roma. Uma vez que o crime de agressão, assim como os crimes de guerra, crime contra a humanidade e genocídio encontra-se previsto no Estatuto de Roma, ele também pode ser considerado como um grave ilícito internacional, sendo, portanto, o responsável pelo seu cometimento passível de sofrer com a desconsideração de sua imunidade.

A partir das ideias desenvolvidas ao longo deste trabalho, é possível identificar três obstáculos à responsabilização internacional pelo crime de agressão cometido pelos EUA. Primeiramente há a barreira temporal, uma vez que as Emendas de Kampala só podem ser aplicadas aos fatos ocorridos um ano após a sua ativação, no caso dos países que não são signatários,

tal como EUA e Síria. Tendo em vista que a ativação da jurisdição do TPI sobre o crime de agressão só terá início a partir do dia 17 de julho de 2018, nos termos da Resolução aprovada pela Assembleia dos Estados Partes do Estatuto de Roma, no dia 14 de dezembro de 2017, nenhuma das duas intervenções norte-americanas estudadas neste trabalho poderiam ser levadas à apreciação do TPI.

Além desse critério temporal, há o problema de que o Estado norte-americano não é signatário das Emendas de Kampala. Em realidade, tal país nem mesmo ratificou o Estatuto de Roma. Nesse caso, a única possibilidade de denúncia seria a denúncia feita pelo CSNU, que pode fazê-lo mesmo em relação à países que não ratificaram o Estatuto e/ou as Emendas. Contudo, é sabido que os EUA como membro permanente do Conselho, possui poder de veto, o que faz com que uma futura denúncia seja improvável. Outro empecilho para a responsabilização por crimes de agressão é a questão de os responsáveis serem indivíduos de grande poder e influência, não apenas no âmbito de seus próprios países, como também em âmbito internacional.

A despeito dessas dificuldades práticas que são passíveis de discussão, não se pode ignorar o avanço tanto em relação ao debate sobre intervenção humanitária, quanto sobre o crime de agressão. A necessidade de se estabelecer limites à atuação estatal se mostra cada vez mais importante para a própria manutenção da ordem internacional e da legitimidade da ONU, principalmente tendo em vista os diversos conflitos internos, além da Síria, que têm se multiplicado e se agravado ao longo dos anos, muitos deles inclusive que têm na sua origem problemáticas causadas justamente pelo envolvimento de potências externas na estruturação dos Estados.

Vale destacar que a mera criminalização do crime de agressão, bem como a existência de condenações pelo TPI em relação ao cometimento desse delito, por si só, não representa uma garantia de que haveria uma redução no número de intervenções unilaterais. Contudo, com base na premissa de que a criminalização de determinada conduta teria o condão de, pelo menos, inibir a prática desses atos, é possível concluir que efetivas

condenações no âmbito internacional pelo cometimento do crime de agressão poderiam, se não impedir, pelo menos reduzir a atuação unilateral dos Estados, que teoricamente, acabariam por priorizar outras formas de atuação, em detrimento do uso da força, ou mesmo, buscariam realizar uma intervenção melhor planejada, observando as disposições da R2P.

É preciso que a ONU seja fortalecida como um órgão de representação universal e que os Estados, principalmente os membros permanentes do CSNU, assumam o papel de representantes das Nações, respeitem a autoridade do Conselho como único órgão legitimado a atuar em nome da paz e segurança internacional e realmente trabalhem em busca da resolução pacífica dos conflitos e da proteção dos direitos humanos.

## 6 Referências

AKANDE, Dapo; TZANAKOPOULOS, Antonios. The crime of aggression in the icc and state responsibility. *Harvard International Law Journal*: Harvard, Vol. 58, 2017.

AL JAZEERA. *Douma chemical attack draws international outrage*. In: Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/news/2018/04/douma-chemical-attack-draws-international-outrage-180408123134301.html>>.

\_\_\_\_\_. *Jeremy Corbyn: Allies 'bombing is 'legally questionable'*. In: Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/news/europe/2018/04/jeremy-corbyn-allies-bombing-legally-questionable-180414225813098.html>>.

\_\_\_\_\_. *Syria chemical attack: scores killed in Douma, rescuers say*. In: Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/news/2018/04/suspected-chemical-attack-kills-dozens-syria-douma-180407202906316.html>>.

\_\_\_\_\_. *Russia warning as US threatens more Syria strikes*. In: Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/news/2017/04/envoy-threatens-syria-military-action-170407181709711.html>>.

ASSEMBLY OF STATES PARTIES. *Draft resolution by the Vice-Presidents of the Assembly Activation of the jurisdiction of the Court over the crime of aggression*, ICC-ASP/16/L.10\*.

BARMIN, Yury. Syria and the beginning of a new Cold War. In: *Al Jazeera*, 22 April 2018. Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/syria-beginning-cold-war-180422075430047.html>>.

BBC NEWS. *Syria 'chemical attack'*: US weighs up military response. In: Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-middle-east-43734655>>.

\_\_\_\_\_. *Syria war*: what we know about Douma 'chemical attack'. In: Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-middle-east-43697084>>.

BENTES, Natália; NEVES, Rafaela; LOBATO, Luísa (orgs). *Síria: da história à crise humanitária*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

BERGEN, Peter. After Syria strikes, now what? (opinion). In: *CNN*, 14 April 2018. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2018/04/14/opinions/trump-strikes-syria-now-what-bergen/index.html>>.

BIERRENBACH, Ana Maria. *O Conceito de Responsabilidade de Proteger e o Direito Internacional Humanitário*. Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

BISHARA, Marwan. Analysis: Al Jazeera's Marwan Bishara on the US-led Syria attacks. In: *Al Jazeera*, 14 April 2018. In: Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/news/2018/04/analysis-al-jazeera-marwan-bishara-led-syria-attacks-180414055143930.html>>.

BRASIL. *Decreto N° 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Decreto N° 849, de 25 de junho de 1993*. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/Do849.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Do849.htm)>.

CHACRA, Gustavo. Como o ataque dos EUA à Síria afeta Trump e Assad?. In: *Estadão*, 07 de Abril de 2017. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/blogs/gustavo-chacra/como-o-ataque-dos-eua-a-siria-afeta-trump-e-assad/>>.

\_\_\_\_\_. Qual seria a lógica de Trump bombardear Assad?. In: *Estadão*, 06 de Abril de 2017. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/blogs/gustavo-chacra/qual-seria-a-logica-de-trump-bombardear-assad/>>.

CHARLEAUX, João Paulo. Quais os cálculos de Trump ao atacar a Síria. In: *Nexo Jornal*, 06 de Abril de 2017. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/04/06/Quais-os-c%C3%A1lculos-de-Trump-ao-atacar-a-S%C3%ADria>>.

CNN. *2016 presidential election investigation fast facts*. In: Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2017/10/12/us/2016-presidential-election-investigation-fast-facts/index.html>>.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Assembly activates court's jurisdiction over crime of aggression*. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=pr1350>>.

\_\_\_\_\_. *Entendimientos sobre la interpretación de las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión*, RC/10/Add.1. Disponível em: <[https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/reviewconference/pages/review%20conference.aspx#officialdoc](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/reviewconference/pages/review%20conference.aspx#officialdoc)>.

\_\_\_\_\_. *State of Palestine becomes de thirtieth State to ratify the Kampala amendments on the crime of aggression*. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1225>>.

ESTADÃO. *EUA se retiram de órgão de direitos humanos da ONU*. In: Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral/eua-anunciarao-saida-do-conselho-de-direitos-humanos-da-onu-diz-fonte.70002356172>>.

FISHER, Max. *Russia and the U.S. Election: what we know and don't know*. In: *The New York Times*, 12 December 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/12/12/world/europe/russia-trump-election-cia-fbi.html>>.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Suposto ataque químico em reduto rebelde mata 42 na Síria*. In: Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/04/ataque-quimico-em-cidade-controlada-por-rebeldes-na-siria-mata-ao-menos-40.shtml>>.

GLOBAL INSTITUTE FOR THE PREVENTION OF AGGRESSION. *Handbook Ratification and Implementation of the Kampala Amendments to the Rome Statute of the ICC: Crime of aggression war crimes*. Princeton, 2013.



HINNEBUSCH, Raymond; ZARTMAN, William. *UN mediation in the Syrian crisis: from Kofi Annan to Lakdhar Brahimi*. New York: International Peace Institute, March 2016.

HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 2018: syria, events of 2017*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/world-report/2018/country-chapters/syria>>.

INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY (ICISS). *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*. Canada: 2001.

KARAM, Joyce. Trump announces air strikes in Syria. In: *The National*, April 14, 2018. Disponível em: <<https://www.thenational.ae/world/mena/trump-announces-air-strikes-in-syria-1.721303>>.

\_\_\_\_\_. Trump promises quick decision on US response to Syria chemical attack. In: *The National*, April 9, 2018. Disponível em: <<https://www.thenational.ae/world/mena/trump-promises-quick-decision-on-us-response-to-syria-chemical-attack-1.720150>>.

KHOURI, Rami. What next for Syria after the US-led attacks?. In: *Al Jazeera*, 15 April 2018. Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/indepth/opinion/syria-led-attacks-180415105642988.html>>.

KREB, Claus; HOLTZENDORFF, Lonie von. The Kampala Compromise on the Crime of Aggression: *Journal of International Criminal Justice*. Oxford, vol.8, 2010, p. 1179-1271.

O'CONNOR, Laurie. *Humanitarian Intervention and the Crime of Aggression: the precarious position of the "knights of humanity"*. University of Otago: New Zealand, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. São Francisco, 1945.

RECORD OF THE 7919th MEETING OF THE UN SECURITY COUNCIL, 7 April 2017. S/PV.7919. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/PV.7919](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.7919)>.

RT NEWS. *Syria situation 'an international armed conflict' after us missile strike - red cross to rt*. In: Disponível em: <<https://www.rt.com/news/384127-us-strike-red-cross/>>.

\_\_\_\_\_. *Us missile strike against syria*. In: Disponível em: <<https://www.rt.com/news/383785-us-missiles-syrian-army/>>.

\_\_\_\_\_. *Us missile strike in syria: what we know so far about target, victims & reactions*. In: Disponível em: <<https://www.rt.com/news/383895-us-airstrike-syria-reactions/>>.

SARAIVA, Bianca C. *A desconsideração das imunidades diante dos crimes de corrupção: uma análise a partir da jurisprudência internacional*. 2017. 70 f. Monografia (Bacharelado) apresentada no Curso de Bacharelado em Direito, Centro Universitário do Estado do Pará. 2017.

SAYAPIN, Sergey. *The Crime of Aggression in International Criminal Law: historical development, comparative analysis and present state*. Asser Press: 2014.

UN NEWS CENTRE. *Syria: as us responds militarily to chemical attack, un urges restraint to avoid escalation*. Disponível em: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=56524#.WcsNubKGPIU>>.

UNHCR. *Syria Emergency*. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/syria-emergency.html>>.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *2005 World Summit Outcome*, A/RES/60/1.

\_\_\_\_\_. *Resolution 3314 (XXIX): Definition of Aggression*, 1974.

UNITED NATIONS MEETINGS COVERAGE AND PRESS RELEASES. *Members warn that persistent deadlock threatens security council's, 'remaining credibility', in meeting on united states air strike against syria*. Disponível em: <<http://www.un.org/press/en/2017/sc12783.doc.htm>>.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Letter dated 11 April 2018 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council*, S/2018/333.

\_\_\_\_\_. *Letter dated 28 April 2017 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council*, S/2017/373.

\_\_\_\_\_. *Resolution n. 1674/2006, S/RES/1674.*

\_\_\_\_\_. *Resolution n. 1706/2006, S/RES/1706.*

\_\_\_\_\_. *Resolution n. 194/92, S/RES/794.*

\_\_\_\_\_. *Resolution n. 929/94, S/RES/929.*

UNITED NATIONS. *Identical letters dated 13 December 2013 from the Secretary-General addressed to the President of the General Assembly and the President of the Security Council, A/68/663 - S/2013/735.*

\_\_\_\_\_. *Implementation of Security Council resolutions 2139 (2014), 2165 (2014), 2191 (2014), 2258 (2015) and 2332 (2016), S/2017/445.*

\_\_\_\_\_. *Report of the Panel on UN Peace Operations, A/55/205-S/2000/809.*

\_\_\_\_\_. *Report of the United Nations Mission to Investigate Allegations of the Use of Chemical Weapons in the Syrian Arab Republic on the alleged use of chemical weapons in the Ghouta area of Damascus on 21 August 2013, A/67/997-S/2013/553.*

VALEK, Petr. *Is unilateral humanitarian intervention compatible with the U.N. Charter?* : *Michigan Journal of International Law*. Michigan, vol. 56, issue 4, 2005.

WONG, Meagan S. *The crime of aggression and public international law*. Leiden University: Netherlands, 2016.

## **A responsabilização internacional de sujeitos não-estatais: reflexões quanto ao desafio no reconhecimento de violações de direitos humanos por empresas transnacionais**

*Mariana Lucena Sousa Santos*<sup>1</sup>

*Cássius Guimarães Chai*<sup>2</sup>

### **Considerações introdutórias**

Impõe-se ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, com o escopo de promover uma discussão acerca da construção de uma compreensão específica a respeito da responsabilidade internacional em casos de violações de Direitos Humanos, a possibilidade de responsabilização de empresas transnacionais.

Antes, torna-se necessário refletir acerca do novo papel dos Estados diante do fenômeno da globalização, no que são desnudadas as incapacidades, em muitos casos, de que estes façam frente aos casos de violações de Direitos Humanos em operações de atividades empresariais, fazendo

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, *E-mail*: marianalucena@hotmail.com

<sup>2</sup> Cássius Guimarães Chai. [Chai@mpma.mp.br](mailto:chai@mpma.mp.br). Mestre e Doutor em Direito Constitucional UFMG/Cardozo School of Law/Capes. Estudos pos doutorado the Hague Academy of International Law(Holanda), Universidad de Salamanca (Espanha), European University Institute (Itália), Central European University (Hungria), Visiting Law Professor the Normal University of Political Science and Law Shanghai, China, Visiting Law Research and Professor Normal University of Political Science and Law Beijing (Research Center on International Cooperation G20). Pos doutorando Universidade do Porto (Portugal). Membro da International Association of Prosecutors, International Association of Constitutional Law e da European Society of International Law. Membro do Conselho Científico da ABDI. Professor Associado UFMA. Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão. Diplomado Escola Superior de Guerra, Ministério da Defesa, Brasil, Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia 2019.

com que tal fenômeno e o conseqüente novo contexto internacional demandem atenção ao problema da regulação das empresas transnacionais sob o enfoque dos Direitos Humanos.

A inclusão das empresas transnacionais entre os objetos de regulação do Direito Internacional e a consideração pelo mesmo dos atores não-estatais em geral, é tema que tem atraído grande atenção no meio jurídico e acadêmico nos últimos anos. Tais contribuições indicam que é necessário indagar ainda mais a teoria e a prática jurídicas internacionais com o intuito de clarificar não só o *status* jurídico internacional desses atores, mas o alcance de seus direitos e obrigações, bem como mecanismos eficazes de implementá-los.

A abordagem específica deste artigo relaciona-se à análise de um novo rol de sujeitos de direito no campo do Direito Internacional Público, no qual sedia o Direito Internacional dos Direitos Humanos, no intuito de compreender a problemática da responsabilização internacional de atores não-estatais em casos de violações de Direitos Humanos ante a necessidade de proteção de vítimas afetadas por atividades empresariais no plano internacional pelos existentes sistemas de Justiça. Esta reflexão decorre das insuficiências do atual desenho das implicações de *liability* and *compliance*, incapazes de darem concretude às expectativas de efetiva responsabilidade por violações de Direitos Humanos nessa perspectiva.

A pretensão é desenvolver o tema no sentido de que, ao se demonstrar o encargo do Direito Internacional dos Direitos Humanos de promover a proteção do ser humano, não o fazer em casos de violações cometidas por atores não-estatais tão somente por não serem estes, atores estatais, e, de maneira deletéria e paradoxal, desnatura a razão de ser deste espaço, que é de Proteção, conduzindo à conclusão de que os Estados não mais podem ser os únicos sujeitos de Direito Internacional.

## **2 Atores não-estatais como sujeitos do Direito Internacional Público: o desafio da responsabilização de empresas transnacionais**

Reconhece-se que a responsabilidade internacional continua voltada aos Estados. Entretanto, com a instituição do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o indivíduo passou a gozar da condição de sujeito de direitos, não apenas em relação a violações oriundas dos Estados, mas de outros atores, denominados atores não-estatais, e desse modo, o Direito Internacional Público já não pode admitir a impossibilidade de responsabilização de atores não-estatais, como as empresas transnacionais, sob o argumento de que estas não são sujeitos de Direito Internacional.

A partir do pressuposto de que os indivíduos são sujeitos de direito na órbita jurídica internacional, estes devem receber a garantia de proteção do Direito Internacional Público. Ou seja, em casos de violações de Direitos Humanos por empresas transnacionais, deve existir a possibilidade de sua responsabilização internacional, sem que isso signifique a perda da soberania dos Estados.

Para situar o tema no espaço jurídico, insta ressaltar que o conceito moderno de responsabilidade internacional, assume formulações distintas, porém não se desliga do próprio conceito de Estado, sendo um dos fundamentos do Direito Internacional Público. Isso permite a afirmação de que responsabilidade internacional e Estado são conceitos diretamente atrelados, mas não sinônimos, visto que, conforme se demonstrará neste trabalho, a responsabilidade internacional inclui atores não-estatais.

Diante da amplitude e complexidade do tema, decidiu-se por limitar o presente estudo, especialmente em sua parte final, à demonstração da necessária modificação do conceito de responsabilidade internacional em matéria de Direitos Humanos, em razão de a função do Direito Internacional dos Direitos Humanos ser a de garantir proteção aos indivíduos, frente a violações de Direitos Humanos, especialmente quando do fracasso desta proteção, no âmbito interno.

Uma das principais questões envolvendo o tema da responsabilidade internacional atualmente reside justamente na construção de uma ordem jurídica internacional legítima e eficaz e que faça frente a casos de violações de Direitos Humanos, ainda que perpetrados por empresas transnacionais, o que resultaria na criação de um espaço adequado para reconhecimento e reparação de violações de Direitos Humanos pelos indivíduos em casos que envolvam atividade empresarial de cunho transnacional.

A pretensa ordem jurídica decorre da observação crítica das práticas existentes na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que deixam de ofertar um espaço adequado a vítimas de violações por empresas transnacionais, tão somente pelo atrelamento a uma visão clássica de responsabilidade, e que assim, silenciam e se tornam omissas e incapazes de reconhecer, instrumentalizar formas de reparação e até mesmo frear atividades empresariais que objetivam desmedidamente o lucro enquanto vilipendiam direitos consagrados internacionalmente, em especial, de grupos vulnerabilizados.

### 3 A expansão dos sujeitos

Em trecho da publicação da ONU, “Proteção Jurídica Internacional dos Direitos Humanos durante os Conflitos Armados” (2011), extrai-se que o Direito Internacional reconhece que, em geral, os sujeitos principais do Direito Internacional são os Estados e as organizações internacionais, no que estes contraem obrigações legais derivadas tanto dos tratados internacionais como do Direito Internacional Consuetudinário<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> “[...] El derecho internacional reconoce que, en general, los sujetos principales del derecho internacional son los Estados y las organizaciones internacionales. Estos contraen obligaciones legales derivadas tanto de los tratados internacionales como del derecho internacional consuetudinario.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. OFICINA DO ALTO COMISSARIADO. **Protección jurídica internacional de los Derechos Humanos durante los conflictos armados**. HR/PUB/11/01. 2011. p. 24. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR\\_in\\_armed\\_conflict\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_SP.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2019.

Ian Brownlie explica que um sujeito de Direito Internacional é uma entidade capaz de possuir direitos e deveres internacionais e de fazer valer seus direitos, interpondo reclamações em nível internacional<sup>4</sup>.

Andrew Clapham compreende que, tradicionalmente, o tratamento acerca dos sujeitos de Direito Internacional é confuso e incompleto, no que ele atribui a expressão “subjects as prisoners of doctrine” em sua conhecida obra “Human Rights Obligations of Non-State Actors”. Ele sustenta que embora existam autores e mesmo alguns Estados que afirmem que estes são os únicos sujeitos de Direito Internacional, tal questão mantem-se enredada a um conceito equivocado e, na verdade, o que se tem é o aumento das categorias de sujeitos no âmbito deste ordenamento, no que seria uma expansão destes sujeitos.

Ele prossegue que a maior parte da doutrina inclui como sujeitos de Direito Internacional atores com certas características estatais, tais como os *de facto regimes*, insurgentes reconhecidos como beligerantes, movimentos de libertação nacional representando pessoas que lutam por autodeterminação, a Santa Sé e até a Ordem de Malta, além de organizações que ele denomina de interestatais, como a ONU.

No entanto, para ele, esses atores não se separam dos próprios Estados, vez que a doutrina sugere que tais atores são criados pelos Estados para cumprir objetivos que não podem ser executados pelos mesmos, individualmente. Assim, o conceito de sujeitos do Direito Internacional, hodiernamente pode ser considerado inútil<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> “[...] a subject of the law is an entity capable of possessing international rights and duties and having the capacity to maintain its rights by bringing international claims”. BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**, 6 ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 57.

<sup>5</sup> “[...]The traditional treatment of the question of the subjects of international law is confusing and incomplete. Although few authors, or even states, hold out that states are the sole subjects of international law, the question of international legal personality has remained entangled with the misleading concept of ‘subjects’ of international law and the attendant question of attributions of statehood under international law. It seems assumed that increasing the categories of international legal persons recognized under international law will lead to an expansion of the possible authors of international law. This, of course, is seen to threaten the viable development of a decentralized, state-centred international legal order. Most doctrine would include as subjects of international law entities on their way to becoming states, and actors with state-like qualities, such as: *de facto regimes*, insurgents recognized as belligerents, national liberation movements (NLMs) representing peoples struggling for self-determination, the Holy See, and even the Order of Malta. Furthermore, as the principal subjects of international law (states) discover that they need to include further subjects of international law, they can demonstrate this through the recognition of, not only entities such as NLMs, but also of inter-state organizations such as the United Nations. However, even these



### 3.1 O desenvolvimento da matéria no âmbito das Nações Unidas

Dito isto, a Resolução 1540 (2004) do Conselho de Segurança da ONU que tratou da problemática da proliferação de armas nucleares, químicas e biológicas<sup>6</sup>, definiu como “agentes não-estatais” a pessoa física ou entidade que não atua abaixo da autoridade legítima de um Estado na execução das atividades compreendidas no âmbito da aludida resolução<sup>7</sup>.

A Relatora Especial sobre a Violência Contra a Mulher, Yakin Ertürk, em Relatório que tratou das Intersecções entre a Cultura e a Violência Contra a Mulher (2007), considerou que, não obstante caiba primordialmente ao Estado a responsabilidade de assegurar o respeito dos Direitos Humanos de cada indivíduo, em um mundo globalizado onde o espaço transnacional está se expandindo e em que atores não-estatais estão adquirindo influência em diversas esferas, é necessário ampliar a compreensão da obrigação de diligência devida além de cada um dos Estados, o que pode exigir a adoção de códigos de conduta juridicamente vinculativos a atores não-estatais que tenham um alcance transnacional<sup>8</sup>.

---

bodies are not detached from the states themselves, as the doctrine suggests that they are created by them to fulfil objectives which cannot be fulfilled by states acting individually. The concept of a subject of international law is today often deemed unhelpful; and scholars increasingly avoid speculation on which non-state actors can be described as subjects. It is suggested that much of the contemporary doctrine on this topic simply reflects whether the commentators see any policy advantage to extending the traditional notion of subjects of international law. CLAPHAM, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors. Collected Courses of the Academy of European Law*, Kindle Locations, OUP Oxford, p. 2338-2357.

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7722.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7722.htm)>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>7</sup> “[...] Agente no estatal: persona física o entidad que no actúa bajo la autoridad legítima de un Estado en la ejecución de actividades comprendidas en el ámbito de la presente resolución”. S/RES/1540 (2004). Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/1540%20\(2004\)&referer=/english/&Lang=S](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1540%20(2004)&referer=/english/&Lang=S)>. Acesso em: 20 jul. 2019.

<sup>8</sup> “[...] También mencioné que, si bien incumbe primordialmente al Estado la responsabilidad de asegurar el respeto de los derechos humanos de cada individuo, en un mundo globalizado en que el espacio transnacional se está expandiendo y en que actores no estatales están adquiriendo influencia en diversas esferas, es necesario ampliar nuestra comprensión de la obligación de diligencia debida, más allá de cada uno de los Estados. Ello puede exigir nuevos mecanismos y la aprobación de códigos de conducta internacionales jurídicamente vinculantes para los actores no estatales con un alcance transnacional. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Conselho de Direitos Humanos. A/HRC/4/34**, 2007. Disponível em <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5135.pdf?view=1>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

Em material preparado pela Representante Especial sobre a Situação dos Defensores de Direitos Humanos (2010), Maragaret Sekaggya, ainda na introdução, esta define o termo “agentes não-estatais” como as pessoas, organizações, grupos e empresas não constituídos por agentes do Estado e que não são órgãos do Estado<sup>9</sup>.

Já no Marco para a Colaboração com Agentes Não-Estatais, elaborado durante a 69<sup>a</sup> Assembleia Mundial da Saúde (2016), foram consideradas agentes não-estatais, as organizações-não-governamentais, as entidades do setor privado, as fundações filantrópicas e as instituições acadêmicas<sup>10</sup>.

No mesmo entendimento, Manfred Nowak, que foi Relator Especial da ONU sobre a Tortura de 2004 a 2010, afirma que não existe uma definição precisa do termo atores não-estatais no Direito Internacional e que a definição mais ampla possível abarca todos os atores privados que são distintos do Estado, incluindo indivíduos, organizações civis, companhias privadas, grupos armados, etc<sup>11</sup>.

#### 4 Atores não-estatais: perspectivas no âmbito dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos

Philip Alston comenta que embora muito discutidas na literatura, as definições do conceito de atores não-estatais divergem amplamente e que, por essa razão, muitas vezes são deixados de forma indefinida. Ele comenta ainda que existe uma confusão considerável da definição no âmbito das Nações Unidas.

---

<sup>9</sup> “[...] El término “agente no estatal” abarca a personas, organizaciones, grupos y empresas no constituidos por agentes del Estado o que no son órganos del Estado”. Relatório Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Conselho de Direitos Humanos. A/HRC/4/34**, 2007. Disponível em <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5135.pdf?view=1>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

<sup>10</sup> “[...] AGENTES NO ESTATALES 8. Para los fines del presente marco, son agentes no estatales las organizaciones no gubernamentales, las entidades del sector privado, las fundaciones filantrópicas y las instituciones académicas”. WHA 69.10. Disponível em:<<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/475/04/PDF/N1047504.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

<sup>11</sup> NOWAK, Manfred. **No solo el Estado: tortura por actores no estatales**. Redress, 2006, p. 16. Disponível em:<[http://www.redress.org/downloads/publications/Non%20State%20Actors%20May%20\\_Spanish-final%206-7-2006.pdf](http://www.redress.org/downloads/publications/Non%20State%20Actors%20May%20_Spanish-final%206-7-2006.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2019.

O autor avança que para alguns grupos, o termo atores não-estatais assumiu um significado específico dentro de seu próprio contexto, como a Campanha Internacional para Proibir Minas Terrestres, por exemplo, que usa o termo para se referir a "grupos de oposição armados que atuam autonomamente de governos reconhecidos, forças armadas dissidentes, guerrilhas, movimentos de libertação e outros, onde cerca de 190 desses atores não-estatais foram formalmente reconhecidos nessa base. Ele continua que embora esta seja uma abordagem compreensível na área de controle de armas, essa definição não leva a objetivos gerais muito distantes.

De modo semelhante, a Comissão Europeia define os atores não-estatais como grupos que são criados voluntariamente pelos cidadãos; são independentes do Estado; podem ser organizações lucrativas ou sem fins lucrativos; têm como objetivo principal promover um problema ou defender um interesse, seja geral ou específico; e, dependendo do seu objetivo, podem desempenhar um papel na implementação de políticas e na defesa de interesses. Ao tentar ser mais específico, a União Europeia indicou que eles poderiam incluir organizações-não-governamentais, sindicatos, empregadores, associações, universidades, associações de igrejas e outros movimentos confessionais, associações culturais, etc.

Outra definição inclui "todos os atores que não são (representantes de) Estados, mas que operam em nível internacional e são potencialmente relevantes para as relações internacionais"<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> "[...] Although much discussed in the literature, definitions of the concept of non-state actors diverge widely. Indeed the concept is often left undefined. As Kamminga notes below, the same is true of the term non-governmental organizations and there are some authors who would define both categories as embracing multinational corporations, national liberation movements, and voluntary agencies. A recent Reporter of the Panel of Eminent Persons on United States - Civil Society Relation bravely begins with a glossary of terms but then goes on to concede that there is considerable confusion surrounding in United Nations circles. NGOs are then described mainly in terms of the roles accorded them within the UN, while civil society is defined very broadly but in a way which excludes the private and public sectors. The problematic nature of such attempts at definition is illustrated by the description of the private sector which notes that although 'the category includes small and medium-sizes enterprises, some of these are supported by non-governmental organizations or are cooperatives and may also have characteristics closer to civil society. It is perhaps noteworthy that, while the report does use the term non-state actors, it does not attempt to define it, although it seems to include, in addition to civil society, at least firms. The latter are old inclusions since they would normally be included in the public sector. For some groups, the term non-state actors has assumed a specific meaning within their own context. The International Campaign to Ban Landmines, for example, uses the term to refer to 'armed opposition groups who act autonomously from recognized governments, dissident armed

Andrew Clapham leciona que o conceito de atores não-estatais geralmente é compreendido como o que inclui qualquer entidade que não seja de natureza estatal, relacionando-se, portanto, a grupos armados, grupos terroristas, sociedade civil, grupos religiosos ou corporações e, ocasionalmente, estendido ainda às organizações intergovernamentais, como dito anteriormente<sup>13</sup>.

Na clássica obra “Non-State Actors and Human Rights”, Philip Alston<sup>14</sup> inicia sua crítica à atual compreensão e divisão dos sujeitos do Direito Internacional em dois grupos: os estatais e os não-estatais.<sup>15</sup> Para ele, tal divisão

---

forces, guerrillas, liberation movements, and de facto territorial governing bodies. About 190 such non-state actors have been formally recognized on this basis. While this is an understandable approach in the arms control area, such a definition will not get us very far general purposes. Similarly the European Commission defines non-states actors as groups which: are created voluntarily by citizens; are independent of the state; can be profit or non-profit-making organizations; have a main aim of promoting an issue or defending an interest, either general or specific; and depending on their aim, can play a role in implementing policies and defending interests. In trying to be more specific the EU indicates that they can include: ‘non-governmental organisations (NGOs), trade unions, employers, associations, universities, associations of churches and other confessional movements, cultural associations, etc. Another definition includes ‘all those actors that are not (representatives of) states, yet that operate at the international level and are potentially relevant to international relations’. The last of the criteria requires an actor to be sizeable, have a substantial and multinational constituency, to have been granted at least informal access by governments and inter-governmental organizations to political arenas, and to show that it is ‘consequential to international politics’. ALSTON, Philip. Not a Cat Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors? *In Non-State Actors and Human Rights*. OUP Oxford, 2005, p. 14 e 15.

<sup>13</sup> CLAPHAM, Andrew. *Non-State Actors in Postconflict Peace-building: A LEXICON*. Oxford University Press, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1339810>>. Acesso em: 13 ago. 2019. p. 1.

<sup>14</sup> Philip Alston, ao lado de John Ruggie atuou como “Amici Curiae” no paradigmático caso *Esther Kiobel, et al. vs. Royal Dutch Petroleum Co., et al.* perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, que tratou da denúncia de povo indígena Ogoni, da Nigéria, contra a empresa transnacional Shell, por sua cumplicidade em graves violações de Direitos Humanos nesse país em abril de 2013. O tribunal confirmou decisão das instâncias inferiores quando afirmou que o Alien Tort Statute (lei que concede aos tribunais norte-americanos a jurisdição para julgar ações movidas por estrangeiros contra abusos de Direitos Humanos cometidos fora dos Estados Unidos) não se aplicava ao caso, visto que o Direito Consuetudinário Internacional não pode se aplicar às empresas transnacionais e que portanto, as mesmas não estão abaixo do Alien Tort Statute. Disponível em: <[http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491\\_l6gn.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf)>. Acesso em 10 ago. 2017. Sobre o caso, ver mais em: <<http://www.conectas.org/pt/acoef/empresas-e-direitos-humanos/noticia/8474-em-que-pais-julgar-empresas-violadoras>>. Philip Alston é também conselheiro, ao lado de John Ruggie, da organização sem fins lucrativos “Shift”, fundada por Caroline Rees e Rachel Davis, ambas da equipe de John Ruggie e que ao lado dele, trabalharam por cinco anos na elaboração dos Princípios Orientadores. A organização, inaugurada dias após a aprovação dos Princípios Orientadores pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, tem o objetivo de “colocar os princípios em prática. Disponível em: <<https://www.shiftproject.org/who-we-are/>>. Acesso em 05 ago. 2019.

<sup>15</sup> “The ‘Not-a-Cat’ syndrome” é uma expressão empregada por Philip Alston e que foi utilizada para dar título à artigo sobre a relação entre o DIDH e atores não-estatais, no livro por ele organizado chamado “Non-State Actors and Human Rights”. A expressão diz respeito à forma como uma de suas filhas, quando tinha dezoito meses de idade, descrevia os outros animais que não fossem gatos e à consequente crítica feita por ele acerca da necessidade de superação ante a inadequação, do termo “non-state actors”, mais adiante detalhada. A esse respeito: “[...] Apart from its ability to obfuscate almost any debate, this insistence upon defining all actors in terms of what they are not combines impeccable purism in terms of traditional international legal analysis with an unparalleled capacity to marginalize a significant part of international human rights regime from the most vital challenges confronting global governance at the dawn of the twenty-first century. In essence, these negative, euphemistic terms do

reforça a ideia ultrapassada de que os Estados não apenas são figuras centrais na arena do Direito Internacional mas, para além disso, são essenciais. Ele aponta que os atores da sociedade civil são descritos como organizações *não* governamentais. Grupos terroristas ou outros que ameaçam o monopólio do poder estatal são delicadamente referidos como atores *não-estatais*. Também as empresas transnacionais e bancos multinacionais<sup>16</sup>.

Afirma que a insistência na definição de todos os atores que não sejam os Estados como *não-estatais* se trata de um purismo nos termos do Direito Internacional tradicional, e que tem a capacidade de marginalizar uma significativa parcela do DIDH ante os desafios mais vitais enfrentados pela governança local, em pleno amanhecer do século XXI. Continua, dizendo que o uso de tais termos não é apenas uma linguagem inadequada, mas, ao contrário, foi adotado intencionalmente<sup>17</sup> para reforçar a suposição de que o Estado não é apenas ator central, mas indispensável e fundamental, diante do qual as outras entidades giram<sup>18</sup>.

Exemplificando em outro trecho, Alston comenta que em 1994 a Organização Internacional do Trabalho (OIT) iniciou um processo em que se

---

not stem from language inadequacies but instead have been intentionally adopted in order to reinforce the assumption that the state is not only the central actor, but also he indispensable and pivotal one around which all other entities revolve". "[...] Just like my daughter's rabbit, anything that is note a state, whether it be me, IBM, the IMF, Shell, Sendero Luminso, or Amnesty International, is conceptualized as a 'not-a-state'". ALSTON, Philip. Not a Cat Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors? *In Non-State Actors and Human Rights*, OUP Oxford, 2005, p. 3 e 4, respectivamente.

<sup>16</sup> "[...] Civil society actors are described as *non*-governmental organizations. Terrorist groups or others threatening the state's monopol of power are delicately referred to as *non*-state actors. But so too are transnational corporations and multinational banks, despite their somewhat more benign influence." *Ibidem*, Collected Courses of the Academy of European Law, p. 25.

<sup>17</sup> "[...] It is thus neither accidental, nor perhaps surprising, that the United Nations has an editorial rule which requires that the word 'State' should always be capitalized. Apart from recalling the insistence of religious publications that god must always be acknowledged as God, this usage merely encapsulates the assumptions of 1945. But the problem is that it also sets those assumptions in stone at a time when that particular stone is competing with quite a few others as the embodiment of power and even authority. It is revealing that no matter how subversive of the legitimacy of a given state it might be, every human rights document produced under the auspices of the United Nations requires its author(s) to genuflect in this way before the altar of 'State' sovereignty every time the word mentioned. None of this is to suggest that the state is not important, let alone no endorse the more extreme versions of the 'state is dead' thesis. It is simply to underline the fact that the world is a much more poly-centric place than it was in 1945 and that she who sees the world essentially through the prism of the 'State' will be seeing a rather distorted image as we enter the twenty-first century". *Ibidem*, p. 4.

<sup>18</sup> Em outro trecho da obra, ALSTON comenta a nova posição dos Estados no contexto globalizado: "[...] Ultimately, to the extent that 'global civil society becomes a reality in the imagination and lives of its adherents, the reality of territorial states will often recede in significance even though it may never entirely disappear". *Ibidem*, p. 22.

revigorava e se adaptava às normas internacionais do trabalho que culminou com a adoção da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, da OIT, em 1998.

Nesse processo, o Diretor-Geral da organização identificou o crescente papel dos atores não-estatais como um dos principais desafios decorrentes da globalização. Assim, o problema da OIT, segundo ele, reside na natureza “centrada no Estado” de seus padrões, ou seja, o fato de que as obrigações decorrentes das Convenções se aplicam exclusivamente aos Estados<sup>19</sup>.

O autor destaca, ao tratar da definição dos atores não-estatais, que o foco recai sobre atores cujas atividades têm uma dimensão transnacional, excluindo aqueles cuja abrangência de suas ações abrange unicamente níveis nacionais<sup>20</sup>. Outra definição trazida pelo autor inclui "todos os atores que não são (representantes de) Estados, mas que operam em nível internacional e são potencialmente relevantes para as relações internacionais"<sup>21</sup>.

## **5 Um olhar para o futuro: o desenvolvimento da personalidade jurídica internacional das empresas transnacionais e iniciativas vinculantes de responsabilização**

Alston considera a necessidade de reflexões legais e práticas acerca das dificuldades na responsabilização de violações de Direitos Humanos

---

<sup>19</sup> “[...] Trade liberalization and employment consequences. In 1994 the ILO began a process of reinvigoration and adapting its approach to international labour standards. It culminated in the adoption of the International Labour Organization’s (ILO) 1998 Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. In launching the process the Director-General of the ILO identified the growing role of non-state actors as one of the principal challenges flowing from globalization. The problem for the ILO, he noted, lies in ‘the “state-centred” nature of ILO standards, in other words, the fact that the obligations arising from Conventions apply directly only to States’. Ibidem. p. 17.

<sup>20</sup> “[...] Several characteristics of this definition are worthy of note. First, it is very wide-ranging and has the potential to accommodate a hugely diverse range of actors. Secondly, the focus is on those actors whose activities have a transnational dimension. Actors engaged solely at the national level in one state or another are not part of the definition. Thirdly, there is no necessary commitment to particular values or principles, as has often been suggested should be part of the appropriate definition of a human rights NGO (non-governmental organization). Fourthly, the definition is endlessly debatable, as the very first criterion illustrates: what level of governmental funding, support, or encouragement might disqualify a group as a non-state actor? Fifthly, the category is so open-ended that it will have limited utility as a basis for making specific policy prescriptions in the context of international law or the appropriate approaches to be followed by international organizations”. Ibidem. p. 16.

<sup>21</sup> “[...] Another definition includes ‘all those actors that are not (representatives of) states, yet that operate at the international level and are potentially relevant to international relations’. ALSTON, Philip. Ibidem. p. 55.

por empresas ante a ausência de mecanismos domésticos de reparação eficazes<sup>22</sup>. Comenta ainda sua preocupação em como um quadro de obrigações jurídicas internacionais empresariais poderia acentuar o sofrimento humano em países mais pobres<sup>23</sup> ante a diminuição da competitividade destes, tomando em consideração a volatilidade dos investimentos transnacionais, sempre à procura de mercados mais vantajosos, como já discorrido neste trabalho, anteriormente<sup>24</sup>.

Para tanto, afirma que tal quadro obrigacional requer a aprovação ampla nos níveis regional e internacional. Nessa esteira, Alston indica que um desenvolvimento promissor da aplicação das normas de Direitos Humanos é aguardado pelas instâncias regionais, como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>25</sup>, visando responsabilizar Estados responsáveis por atos de atores não-estatais em seus territórios. Indica ainda que a responsabilidade direta dos atores não-estatais diante dos tribunais internacionais permanece subdesenvolvida<sup>26</sup>.

Prossegue afirmando que a capacidade do Direito Internacional em regular adequadamente as atividades transfronteiriças das empresas transnacionais está muito atrasada das realidades sociais e econômicas da produção e do comércio globalizados. Conclui que os mecanismos jurídicos e internacionais existentes são, em grande medida, incapazes de garantir

---

<sup>22</sup> “[...] For that reason, the majority of the contributions to this volume address the legal and practical difficulties of holding such entities to account for conduct which violates international human rights law but is not adequately dealt with by the domestic law of the state in which the entity is operating. Ibidem. p. 25.

<sup>23</sup> Ainda a esse respeito. ALSTON comenta: “[...] It is true that in particular in developing countries transnational corporations bear a heavy moral responsibility because of their economic power, which may occasionally exceed that of the host State. But on the level of positive law, little, if anything has materialized’. In other words there is a strong moral case to be made but positive international law has not budged in the face of such amorphous pressures.” Ibidem. p. 23.

<sup>24</sup> “[...] He concedes that a ‘framework of international legal obligations’ for corporations would help protect human rights but applies strong caveats in that respect. Such a framework would need to be widely endorsed at both the regional and international levels, by states rather than corporations, and in any event they would be likely in the short-term to ‘accentuate human suffering’ because international standards would reduce the competitiveness of the poorest countries”. Ibidem. p. 23.

<sup>25</sup> Os casos analisados no capítulo 2 desta dissertação mostram que a Corte-IDH também têm imputado responsabilizações por meio de suas condenações a Estados pela violação de Direitos Humanos praticadas por atores não-estatais, como empresas transnacionais.

<sup>26</sup> “[...] A promising development in the enforcement of human rights laws is an increased willingness for regional human rights courts such as the European Court of Human Rights to hold states responsible for non-state actors conduct on their territory. The direct accountability of non-state actors before international courts remains underdeveloped, something underlined by the International Court’s lack of jurisdiction over legal persons”. Ibidem. p. 27.

que a aplicação das obrigações em matéria de Direitos Humanos seja efetiva quando se trata de violações cometidas por empresas transnacionais ou outros atores não-estatais. Como resultado, ele destaca a proliferação de esforços para formular códigos de conduta, diretrizes, princípios éticos e outros acordos voluntários e não vinculativos<sup>27</sup>.

Alston, assim como Clapham e Surya Deva, também reconhece a influência da globalização neste processo, evidenciando que a expansão do poder e riqueza das empresas transnacionais a partir da década de 1970 foi impulsionada pela desregulamentação, a liberalização do comércio, as grandes oportunidades de investimento e a promoção ativa dos governos dos países industrializados e das agências internacionais.

Como exemplo, Alston cita que a maior empresa do mundo movimentou em um único dia com suas vendas, somas maiores do que o Produto Interno Bruto anual de trinta e seis países do mundo<sup>28</sup>.

Em todos estes contextos, Alston anota criticamente que o resultado de desenvolvimentos recentes tem sido o de destacar e/ou expandir os papéis de fato desempenhados por atores não-estatais nos assuntos nacionais e internacionais.

## 5.1 Abrindo caminho para o tratado: reforços argumentativos

Mas o desafio que enfrenta o regime internacional de Direitos Humanos, em particular, e o Direito Internacional em geral, é estabelecer um

---

<sup>27</sup> “[...] that address corporate responsibility is that international law’s capacity adequately to regulate the cross-boundary activity of TNCs lags considerably behind the social and economic realities of globalized production and trade. Existing domestic and international legal mechanisms are, to a considerable extent, unable to ensure that their enforcement of human rights obligations is effective when it comes to the activities of TNCs and other non-state actors. Partly as a result, the past decade has seen a proliferation of efforts to formulate codes of conduct, guidelines, ethical principles, and other voluntary and non-binding arrangements. They all attempt to provide a lightning rod for consumer and public awareness campaigns that endeavour to regulate corporate conduct indirectly by threatening brand reputations of affecting investor confidence”. *Ibidem*. p. 30-31.

<sup>28</sup> “[...] Capital mobilization and private foreign investment flows. Globalization – driven by deregulation, the liberalization of trade, expanded opportunities for foreign investment, and the active promotion by the governments of industrialized countries and international agencies of a free enterprise economic environment – has facilitated an immense expansion since the 1970s in the wealth and power of transnational corporations. In terms of revenues, the 2003 sales of the world’s biggest company (Wal-Mart at US\$256 billion) made it larger than the economies of all but the world’s thirty richest nations. Its sales on a single day alone are greater than the annual Gross Domestic Product (GDP) of thirty-six countries in the world”. *Ibidem*. p. 17.



quadro que reconheça os direitos e responsabilidades desses diversos atores, ao mesmo tempo que proteja os princípios sobre os quais o regime se baseia. A recusa em reconhecer e acomodar as novas realidades em relação aos atores não-estatais só serviria para marginalizar os arranjos existentes e ressaltar a necessidade de ignorá-lo na elaboração de futuros arranjos.

Para ele, um regime internacional de Direitos Humanos que os poderosos atores corporativos estão envolvidos em grandes violações dos Direitos Humanos ou para garantir que os atores privados sejam responsáveis, não só perderia credibilidade nos próximos anos, mas se tornaria desnecessariamente irrelevante em relação a questões importantes<sup>29</sup>.

Por fim, afirma que todos esses desenvolvimentos apontam em uma direção semelhante, podendo se afirmar de forma credível que uma leitura contemporânea dos instrumentos de Direitos Humanos mostra que os atores não-estatais também são destinatários das normas de Direitos Humanos.

Se esta interpretação for apoiada pela adoção de códigos de conduta juridicamente vinculativos no futuro, por exemplo, através de tratados, não haverá nenhum obstáculo para considerar que os atores não-estatais, neste contexto, mais provavelmente as empresas transnacionais, tenham obtido, em alguma medida, a personalidade jurídica internacional<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> “[...] In all of these contexts the result of recent developments has been to highlight and/or expand the *de facto* roles played by non-state actors in national and international affairs. But the challenge confronting the international human rights regime in particular, and international law in general, is to establish a framework which acknowledges the rights and responsibilities of these diverse actors, while at the same time protecting the principles upon which the regime based. A refusal to recognize and accommodate the new realities in relation to non-state actors will only serve to marginalize the existing arrangements and underscore the need to bypass it in devising future arrangements. An international human rights regime which powerful corporate actors are involved in major human rights violations, or of ensuring that private actors are held responsible, will not only lose credibility in the years ahead but will render itself unnecessarily irrelevant in relation to important issues”. Ibidem. p. 19.

<sup>30</sup> “[...] All these developments point in a similar direction. It can be credibly asserted that a contemporary reading of human rights instruments shows that non-state actors are also addressees of human rights norms. If this interpretation is supported by the adoption of legally binding codes of conduct in the future, for instance via treaties, there remains no serious obstacle to considering non-state actors, in this context most likely TNCs, to have gained, at least to some extent, international legal personality. As convincing as this reasoning may appear, it still has not wholly rid itself of a certain feeling of circularity. Why would we want to show that non-state actors are subjects international law? By asserting that they are direct addressees of human rights obligations under international Law. Truly, the suspicion that the whole matter of international legal personality forms a vast intellectual prison and that ‘the whole notion of subjects and objects has no credible reality and [...] no functional purpose’ is sometimes hard to suppress”. Ibidem. p. 72.

Para Alston, por mais convincente que este raciocínio possa parecer, ainda não se livrou completamente do que denomina de sentimento de circularidade, que consiste na necessidade de demonstrar que os atores não-estatais são sujeitos de Direito Internacional e portanto destinatários de obrigações com os Direitos Humanos, ao abrigo do Direito Internacional. Conclui assim que a suspeita difícil de suprimir, de que toda a questão da personalidade jurídica internacional configura uma vasta prisão intelectual (teórica), de modo que a discussão acerca de sujeitos/objetos (do Direito Internacional) acaba por não ter nenhum propósito funcional.

Alston, como dito acima, também reconhece a possibilidade de responsabilização das empresas transnacionais, porém fundado em outro argumento, qual seja, o de que a leitura contemporânea dos instrumentos de Direitos Humanos mostra que os atores não-estatais também são destinatários das normas de Direitos Humanos.

Assim, a partir da *Not-a-cat syndrome* e sua crítica à atual concepção de atores não-estatais, a consequência mais importante do entendimento de Alston é a conclusão de que adoção futura de códigos de conduta juridicamente vinculantes através de tratados indica que inexistem obstáculos para que as empresas transnacionais tenham verdadeiramente já obtido a personalidade jurídica internacional.

Tal entendimento, teoricamente, pode ser considerado pertinente, especialmente tomando em conta a Resolução 26/9 aprovada em 14 de julho de 2014 pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, que dispõe sobre a elaboração de um instrumento internacional juridicamente vinculante sobre as empresas transnacionais e outras empresas e os Direitos Humanos e criou um grupo de trabalho intergovernamental que atualmente trabalha na elaboração do aludido instrumento vinculante para regular as atividades das empresas transnacionais e outras empresas no DIDH.

No entanto, a partir das práticas estatais, empresariais e das organizações internacionais, a percepção de que o Direito Internacional Público já não é o mesmo e as exigências de que empresas transnacionais também

respeitem, promovam e reparem os Direitos Humanos, não foi o suficiente para garantir tal feito e nem mesmo oportunizar às vítimas caminhos seguros para suas buscas por reparações, também mostrando-se insuficiente tal teoria.

## 6 Conclusões

Elencadas uma série de contribuições teóricas acima descritas, tem-se como imperiosa a modificação do conceito de responsabilidade internacional em matéria de Direitos Humanos em razão da função do Direito Internacional dos Direitos Humanos de garantir proteção aos indivíduos frente a violações de Direitos Humanos, considerando a inexistência de espaços adequados de acesso à justiça de formas eficazes e justas de reparação no âmbito doméstico dos países do Sul Global, onde a maior parte das transnacionais concentram suas atividades de exploração.

O escopo principal dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos deve ser a proteção da vida, no que a construção de caminhos efetivos para responsabilização perpassa a luta pelo fim da impunidade empresarial, de modo que pautas substanciais que reflitam os desejos e direitos das vítimas devem finalmente estar contidos nos documentos vindouros esperados.

Isso se fundamenta no pressuposto de que os indivíduos são sujeitos de direito na órbita jurídica internacional, no que, portanto, devem receber a garantia de proteção do Direito Internacional Público. Como exposto ao longo deste trabalho, a ausência de responsabilização no âmbito do Direito Internacional Público por meio de seus Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos em casos de violações cometidas por atores não-estatais, tão somente por não serem estes, atores estatais, desnatura a razão de ser deste espaço, conduzindo à conclusão de que os Estados não mais podem ser os únicos sujeitos de Direito Internacional.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos necessariamente deve dar resposta efetiva às vítimas, que dentre sua ampla gama de direitos,

fazem jus à mais ampla proteção em termos dos mais altos padrões de proteção, além de formas eficazes de reparação, no que a elaboração de formas vinculantes de responsabilização deve ser o fio condutor futuro das práticas e jurisprudências dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

## 7 Referências

ALSTON, Philip. Not a Cat Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors? In **Non-State Actors and Human Rights**. OUP Oxford, 2005, p. 14 e 15.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**, 6 ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 57.

CLAPHAM, Andrew. Human Rights Obligations of Non-State Actors. **Collected Courses of the Academy of European Law**, Kindle Locations, OUP Oxford, p. 2338-2357.

CLAPHAM, Andrew. **Non-State Actors in Postconflict Peace-building: A LEXICON**. Oxford University Press, 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1339810>>. Acesso em: 13 ago. 2019. p. 1.

ISA, Felipe Gómez. Empresas Transnacionales y Derechos Humanos: desarrollos recientes. **LAN HARREMANAK ESPECIAL/ALE BEREZIA**, p. 55-94, 2006.

NOWAK, Manfred. **No solo el Estado: tortura por actores no estatales**. Redress, 2006, p. 16. Disponível em: <[http://www.redress.org/downloads/publications/Non%20State%20Actors%20May%20\\_Spanish-final%206-7-2006.pdf](http://www.redress.org/downloads/publications/Non%20State%20Actors%20May%20_Spanish-final%206-7-2006.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. OFICINA DO ALTO COMISSARIADO. **Protección jurídica internacional de los Derechos Humanos durante los conflictos armados**. HR/PUB/11/01. 2011. p. 24. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR\\_in\\_armed\\_conflict\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_SP.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Assembleia Geral. **Conselho de Direitos Humanos. A/HRC/4/34**, 2007. Disponível em <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5135.pdf?view=1>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2003. p. 142. Disponível em: <[https://incipcba.files.wordpress.com/2013/08/introduccion\\_al\\_analisis\\_del\\_derecho\\_-\\_carlos\\_santiago\\_nino.pdf](https://incipcba.files.wordpress.com/2013/08/introduccion_al_analisis_del_derecho_-_carlos_santiago_nino.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

SLAUGHTER, Anne-Marie. The real new world order. **Foreign Affairs**, v. 76, n. 5, p. 183-197, 1997. Disponível em: < [www.foreignaffairs.com/articles/1997-09-01/real-nwe-world-order](http://www.foreignaffairs.com/articles/1997-09-01/real-nwe-world-order)>. Acesso em: 18 jun. 2016.

ZÚÑIGA CARDOZA, Rubén. A dicotomia jurisdiccional entre direito interno e direito internacional em matéria de Direitos Humanos. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 125-159, 2010.

## O quanto se cumpre das sentenças internacionais? Uma análise quantitativa do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana

*Rafaela Teixeira Sena Neves*<sup>1</sup>

### Introdução

A análise dos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos revela-se um dos campos mais férteis para a análise do caráter evolutivo dos Direitos Humanos, pois desenvolve interpretações judiciais a partir de parâmetros principiológicos que não se esgotam na mera transcrição literal dos Tratados Internacionais, mas em uma aplicação para além do texto, a qual, diante das nefastas violações, ouve a voz das vítimas por objetivar uma proteção *pró-homine* mais concreta e eficaz.

Daí porque, a análise da jurisprudência (e até mesmo de um único caso) da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH ou Corte) deve ser realizada a partir de diferentes mecanismos que compõe o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), tendo como base a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH ou Convenção), que em que pese tratar-se de um dos maiores marcos do direito internacional público, não deve ser tratada como superior às outras fontes como opiniões consultivas, tratados internacionais, relatorias, relatórios, resoluções, votos dos

---

<sup>1</sup>Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFPA. Visiting Scholar at Columbia University and Wisconsin University. Mestra em Direito pela UFPA. Professora do CESUPA. Advogada. Este trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES).

juízes, por tratar-se de um norte, isto é, uma diretriz de construção dos julgamentos proferidos pela CorteIDH.

Por essas razões, discutir o sistema interamericano de Direitos Humanos exige muito mais que a simples leitura da CADH; faz-se necessário utilizar das diversas fontes do direito internacional público e de todos os instrumentos que este campo tão vasto oferece a fim de se alcançar uma análise plural e aí sim, compreender como esta corte possibilita a efetivação dos princípios validados pela CADH.

Sendo assim, o estudo visado neste trabalho científico possui o fito de analisar a fase de cumprimento de sentença de processos coletivos da CorteIDH. Neste sentido, foram selecionadas demandas de tutela coletivas, mais especificamente, as versam sobre propriedade comunal, sentenciadas no período de 2001 a 2008, a fim de verificar a complexidade que envolve a fase de execução de um processo coletivo internacional e em que medida os casos são considerados cumpridos e quais os desafios e avanços encontrados.

E para isto, este trabalho se dividirá didaticamente em (1) uma análise sobre o instituto das tutelas coletivas no processo internacional, em especial sobre o entendimento da CorteIDH acerca do termo “propriedade comunal”; (2) numa breve dissertação sobre o funcionamento da fase de execução no processo perante o SIDH e na análise do cumprimento das medidas de reparação dos casos de tutela coletiva, especificamente, os referente a propriedade comunal que tramitaram na CorteIDH e foram sentenciados no período de 2001 a 2008 e (3) nos comentários sobre os resultados verificados, a fim de propiciar o debate sobre a complexidade da execução e cumprimento de sentença coletiva do processo internacional.

Nesse sentido, a metodologia utilizada para a escolha dos casos, leva em consideração três requisitos: (I) casos que envolvam tutela coletivas, logo, verificou-se sentenças em que a violação à propriedade comunal é o direito “chave” do qual todos os outros direitos violados decorrem; (II) casos efetivamente sentenciados pela CorteIDH; (III) sentenças que estejam há, no mínimo, 05 (cinco) anos em fase de execução contados a partir de janeiro de 2001.

Para fins didáticos e para melhor análise do tema proposto, o tempo de 05 (cinco) anos foi considerado como o prazo máximo para o total cumprimento da sentença, tendo em vista quatro requisitos para esta determinação, quais sejam: (1) a complexidade do assunto que envolve o processo coletivo, especialmente, as demandas envolvendo a propriedade comunal dos povos tradicionais que não pode ser encarada como simples caso de um somatório de indivíduos, pois o caráter de Povo que se autodetermina e com identidade própria deve ser intrínseco a essa discussão; (2) a ampla natureza das medidas de reparação contidas nas sentenças coletivas; (3) as obrigações estatais rotineiras de cada país e o (4) Princípio do Desenvolvimento Progressivo que através dos indicadores permite estabelecer as distâncias entre a meta a ser cumprida e a realidade social alcançada.

Como referência para a verificação da situação dos cumprimentos das medidas de reparação recomendadas, tem-se como universo de estudo: as sentenças, os relatórios anuais e as resoluções de cumprimento de sentença emitidas pela CorteIDH, por ser o órgão que concede a palavra final (depois de analisar os relatórios dos Estados, os comentários das vítimas e o parecer da CIDH) se tal medida foi totalmente cumprida, cumprida parcialmente ou não cumprida.

## **2 O instituto da propriedade comunal na CorteIDH**

A tutela coletiva é um instituto que deve ser preservado no processo brasileiro e no processo internacional. Esta afirmativa é necessária tendo em vista a importância de se discutir a tutela coletiva no novo código de processo civil e no processo internacional, em especial, perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), a partir do respeito à dimensão coletiva dos direitos, ainda que ambos os ordenamentos não prevejam expressamente essa situação jurídica como direito subjetivo no sentido clássico<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> ZANETTI JR, Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. p.23-47



No âmbito interno, a razão de se discutir isto antecede o novo código de processo civil de 2016, visto que a proteção da tutela coletiva dar-se-á por meio de um modelo combinado de direitos subjetivos e remédios jurídicos (ações) que tornam as situações jurídicas merecedoras de tutela constitucionalmente albergadas pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>3</sup>. No âmbito internacional, o debate é indispensável pois passa a analisar os impactos da justiça coletiva internacional sobre a justiça interna. O que, por si só, já é factível, tendo em vista que negar a influência dessa corte internacional no âmbito interno, é omitir a própria história e a situação atual de condenações<sup>4</sup> contra o Brasil no SIDH.

Deste modo, antes que se adentre mais especificamente na questão da tutela coletiva no processo internacional perante à CorteIDH, faz-se necessário iniciar a discussão da tutela coletiva a partir de quatro pressupostos. O primeiro refere-se ao desenvolvimento histórico da tutela dos direitos coletivos, que nasceu diante da origem constitucional da normatividade da tutela coletiva e da dicotomia existente na nossa tradição jurídica que se dá entre os coletivistas – que são os que entendem que há tutela de direitos coletivos - e os individualistas – que são os que entendem que há tutela coletiva de direitos individuais<sup>5</sup>.

O segundo pressuposto requer explicar, mesmo que em breves linhas gerais, a diferenciação conceitual entre “complexidade” – que diz respeito a forma de abordagem do objeto - ; “conflituosidade” – que diz respeito aos sujeitos- e “a estrutura dos litígios coletivos” – que se refere aos litígios em si que devem se repensados a partir do seu objeto e seus sujeitos. Estes três institutos encontram-se presentes em todas as tutelas coletivas e devem ser utilizados como parâmetros de análise dos casos concretos<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> IDEM

<sup>4</sup>Atualmente, o Brasil conta com cinco condenações na CorteIDH, a saber: caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil de 2006; caso Escher e outros Vs. Brasil de 2009; caso Garibaldi Vs. Brasil de 2009; caso Gomes Lund e outros (“Guerilha do Araguaia) Vs. Brasil de 2010 e o caso Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil de 2016.

<sup>5</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 10ª edição, 2016, p.31.

<sup>6</sup> VITORELLI, Edilson. **Tipologia dos litígios transindividuais**: um novo ponto de partida para a tutela coletiva, p.51-54.

O terceiro trata da explicação acerca da técnica casuística (*rights*) e da necessidade de tutela (*remedies*), por permitir um avanço quanto ao princípio da estrita legalidade e constitucionalidade para o da legalidade em sentido amplo, e, além disso, permitiu o reconhecimento da limitação da atividade judicial, momento em que tal pressuposto nos informa sobre a necessidade de se retornar às funções clássicas da prova no processo judicial a partir de duas premissas: uma ligada à determinação da verdade dos fatos e a outra relacionada a compreensão de que as provas são instrumentos epistêmicos de descobrimento da verdade no processo, que nos levam a concluir pela importância do equilíbrio entre os poderes e entre as funções da atividade judicial<sup>7</sup>.

E por fim, o quarto e último pressuposto que aborda a questão do novo meio de judicialização dos direitos que é o modelo combinado de remédios/ações e direitos subjetivos, o que irá gerar o dever de coerência entre os juízes por meio das pretensões universalizantes do modelo de precedentes adotado pelo novo código de processo civil<sup>8</sup>.

Tais pressupostos indicam a complexidade que é tratar sobre a tutela coletiva e a necessidade que essa discussão implica. Ou seja, mais que uma necessidade de se preservar a tutela coletiva no âmbito nacional, há aqui um dever de coerência entre os juízes, especialmente quanto ao SIDH, pois passados 20 anos da aceitação voluntária do Brasil em ser signatário do SIDH, é necessário analisar a recepção desse sistema para além da incorporação formal realizada através do controle feito pelo legislativo e da participação do executivo nas assembleias, isto é, é importante verificar qual a postura do judiciário nesse processo de recepção que não se esgota com a mera ratificação de tratados e cortes internacionais, mas, também, na análise do próprio processo internacional em si.

A recepção do SIDH pelo Brasil implica em um dever de coerência com o SIDH, pois como o judiciário nacional e a CorteIDH integram o

---

<sup>7</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Editora Lumen Juris, 2007, p.131-135.

<sup>8</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. 2014, p.47-50.

mesmo sistema, a análise do processo internacional, especificamente, o tratamento concedido à tutela coletiva obriga o judiciário a conceder um tratamento igualitário a casos semelhantes, além de produzir um efeito uniformizador, vez que possibilita o mesmo tratamento jurídico a casos com semelhança relevante, e em casos distintos, o tratamento distinto, com o afastamento do precedente.

Dessa forma, o novo código de processo civil, a Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – que é o documento internacional mais importante do SIDH – devem ser lidas a partir da noção de ordenamento jurídico e de unidade, ou seja, através do diálogo das fontes, sendo esta interpretação condicionada aos princípios da coerência e da integridade do ordenamento. Mas isto, deve assegurar que, nenhuma leitura que vede a possibilidade de ações judiciais para a proteção de situações jurídicas merecedoras de tutela deve ser admitida, pois os direitos coletivos são constitucionalmente assegurados e fazem parte da estrutura dos direitos fundamentais no Brasil e no SIDH.

Interessa ao nosso caso analisar neste artigo a tutela coletiva no processo internacional perante à CorteIDH. Deste modo, passado a discussão quanto a importância de se discutir a tutela coletiva no âmbito interno e no internacional, iniciaremos o debate quanto à demanda coletiva a partir da discussão do instituto da propriedade comunal no SIDH, tendo em vista a falta de previsão expressa nos tratados internacionais quanto à questão da tutela coletiva. Vejamos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos não possui em seu texto nenhum direito de cunho ambiental e coletivo, já o Protocolo de San Salvador que é um protocolo adicional à CADH sobre Direitos Econômicos, sociais e culturais (DESC), e que somente pode ser invocado nos termos do artigo 19, limitando-se a casos de organização sindical e acesso à educação, inseriu em seu artigo 11 o direito de viver em um ambiente sadio e

o dever estatal de promover a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente<sup>9</sup>.

Aliás, “os tratados interamericanos não contém nenhuma especificidade cultural devido a influência liberal no marco jurídico americano”<sup>10</sup>, herança também do pensamento eurocêntrico que considera os povos tradicionais em si como um problema<sup>11</sup> na medida em que “povos indígenas e quilombolas bem como as demais comunidades tradicionais (...) são vistos como sujeitos biologizados, isto é, como mera extensão dos recursos naturais, sem consciência e sem direitos”<sup>12</sup>.

Nesse sentido, da simples leitura do artigo 21 é possível constatar que a CADH não menciona expressamente “propriedade indígena” ou “propriedade comunal” ou “territorialidade”, pois tal artigo somente faz uma abordagem genérica acerca do direito de propriedade.

Entretanto, por se tratar de povo tradicional, tal artigo deve ser analisado para além do texto, tendo em vista que por possuírem uma relação ímpar com seu território, a propriedade ultrapassa o cunho meramente pecuniário, por constituir parte integrante da identidade do povo tradicional. Ou seja, expressa um pleito coletivo dos Povos Tradicionais.

Daí porque, mesmo que expressamente previsto na CADH como direito à propriedade privada, tal artigo, ao ser aplicado em um contexto de violação de terras tradicionalmente ocupadas, exige uma proteção jurídica ainda mais qualificada<sup>13</sup>, tendo em vista que *terras tradicionalmente ocupadas* expressam uma diversidade de formas de existência coletiva de

---

<sup>9</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Revista Direito GV**, nº 17, jan./jun. 2013, p.211.

<sup>10</sup> ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin; IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. La jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en matéria de pueblos indígenas y tribales”. In BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑINGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**. Manual. DHES, Red de Derechos Humanos y Educación Superior. 2014, p.317

<sup>11</sup> IDEM.

<sup>12</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Direitos territoriais e étnicos: As estratégias dos agronegócios na Amazônia. In ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens (org.). **Desenvolvimento e conflitos ambientais**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 95.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier. La deconstrucción del concepto de propiedad. Una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas. Utopía y praxis latino-americana. **Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social**. Año 14, nº 45. Venezuela. 2009. p.28.

diferentes povos e grupos sociais em suas relações com os recursos da natureza<sup>14</sup>, a *territorialidade* funciona como fator de identificação, defesa e força, mesmo em se tratando de apropriações temporárias dos recursos naturais como grupos sociais classificados muitas vezes como “nômades” e “itinerantes”, pois essas formas de apropriação dos recursos possuem um caráter dinâmico<sup>15</sup>.

A *territorialidade* pode ser entendida ainda como “homeland”, pois além de ser um produto histórico de processos sociais e políticos, constitui uma multiplicidade de expressões, daí porque, faz-se mister análises etnográficas para entender as formas específicas de diversidade de territórios e o entendimento do conceito de cosmografia que é definido como “saberes ambientais, ideologias e identidades que um grupo social utiliza para estabelecer e manter seu território”<sup>16</sup>.

Por isso, em que pese o direito à territorialidade ser ausente na CADH, este direito já vem sendo tratado pela Convenção 169 da OIT em seu artigo 13, motivo que ensejou o posicionamento da CorteIDH no sentido de aplicar o artigo 21 da Convenção, “(...) à luz do contexto próprio das comunidades tradicionais, bem como de outras normas internacionais, como a Convenção 169 da OIT – como direito comunal ou coletivo dos povos e comunidades indígenas”<sup>17</sup>.

Isto é, apesar da CorteIDH não utilizar o termo “direito à territorialidade” e ao invés disso, utilizar o termo “propriedade comunal”, o entendimento proposto pela corte é de que o conceito de propriedade disposto na Convenção é amplo, abarcando como bens as coisas apropriáveis,

---

<sup>14</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras tradicionalmente ocupadas. In SOUZA LIMA, Antonio Carlos (Coord). **Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília/Rio de Janeiro, Contra Capa/LACED/ABA, 2012.

<sup>15</sup> ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terras de quilombo, terras indígenas, babaçuais livres, castanhais do povo, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. Manaus: PPGSA-UFAM, 2006, p. 90.

<sup>16</sup> LITTLE, Paul E. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Série Antropologia. Brasília. 2002, p.03. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Paullittle.pdf>>.

Acesso em: 02/07/2014.

<sup>17</sup> AIDA. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a Estratégia para o Litígio de Casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. 2010, p. 88.

assim como todo direito e interesse integrantes do patrimônio de uma pessoa<sup>18</sup>, ou seja, a CorteIDH entende que o Artigo 21 da Convenção protege a propriedade em um sentido que compreende, entre outros, a tutela coletiva dos membros das comunidades indígenas no quadro da propriedade comunal<sup>19</sup>.

Logo, a propriedade comunal deve ser considerada de maneira autônoma e não restritiva, devendo-se valer de todos os instrumentos legais a sua disposição para garantir a proteção das mencionadas comunidades, tendo em vista os prejuízos sociais, ambientais e econômicos que elas vêm enfrentando<sup>20</sup>.

Nesse sentido, a CorteIDH vem realizando uma interpretação evolutiva, tendo em vista que rompe com a visão que interpreta a propriedade como um direito eminentemente individual, para proporcionar um alcance em conformidade com o tutela coletiva dos direitos humanos, ou seja, “que engloba a diversidade de modos de vida válidos e dignos de proteção e garantia”<sup>21</sup>.

Para ampliar a interpretação do direito à propriedade, a CorteIDH fez uso de dois métodos de interpretação: (1) método dinâmico de interpretação, que consiste na interpretação do direito aplicado em um contexto e relação estreita com a complexidade que demandas coletivas exigem<sup>22</sup>; e do (2) método multicultural de interpretação, que propicia uma análise multicultural da perspectiva universal e coletiva dos direitos humanos<sup>23</sup>.

Tais métodos foram utilizados através da técnica de interpretação chamada de valorização da abertura normativa identificada por Laurence Burgorgue-Larsen, a qual refere-se à interpretação “aberta” da Convenção

---

<sup>18</sup> CORTE IDH. **Caso Salvador Chiriboga vs. Equador**. Sentença de 06 de maio de 2008, par. 55; CORTE IDH. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Equador**. Sentença 21 de novembro de 2007, par. 174.

<sup>19</sup> CORTE IDH. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua**. Sentença de 31 de agosto de 2001, par. 148

<sup>20</sup> CORTE IDH. **Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname**. Sentença de 15 de junho de 2005.

<sup>21</sup> MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, nº04, ano 03, 2006, p.35/36.

<sup>22</sup> ESTUPIÑAN SILVA, Op. Cit., p.319/320.

<sup>23</sup> IDEM, p.320.

que propicia uma ampliação do conteúdo dos direitos individuais, e encontra guarida, segundo a autora, no artigo 29 da CADH que ao primar pelo Princípio *Pró-homine* induz à CorteIDH a recorrer às diversas fontes internacionais para interpretar a CADH e ampliar e conceder conteúdo coletivo a estes direitos. Além disso, ao considerar a CADH como “instrumento vivo”, a CorteIDH reposiciona a Convenção não somente como o “*corpus iuris* interamericano”, mas também no “*corpo iuris* internacional”<sup>24</sup>.

Essa abertura a diversas fontes exteriores tem por objetivo principal interpretar tanto o conteúdo como o alcance dos direitos garantidos pela CADH, tendo em vista que identificar o alcance de um direito se caracteriza por levar em consideração certos contextos específicos do continente latino-americano, bem como a *ideia de eficácia*, pois a CorteIDH, conforme ressalta Laurence Burgorgue-Larsen, fará todo o possível para que os direitos consagrados no texto do tratado tenham um alcance concreto, efetivo e coletivo<sup>25</sup>, além de proporcionar a reinterpretação das obrigações positivas multiculturais inerentes, é o método que atualmente é o predominante na jurisprudência da CorteIDH<sup>26</sup>.

O direito à propriedade é reinterpretado a partir de uma perspectiva dinâmica multicultural da Convenção e é aqui que a interpretação evolutiva fica mais evidente, pois é a que “permite abordar os tratados de direitos humanos como ‘instrumentos vivos’ cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos, as condições de vida atuais”<sup>27</sup> e demandas coletivas.

O caso comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua, de 2001, foi o caso paradigmático que propiciou a abertura do posicionamento da justiça interamericana no que tange ao direito à territorialidade. De lá para

---

<sup>24</sup> BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, 2014, p. 120.

<sup>25</sup> IDEM, p.121.

<sup>26</sup> IBIDEM, p.333.

<sup>27</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. O direito à vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. **Revista do Ministério Público do Estado do Pará**. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Ano 2, Volume 2. Belém: AVISI – Agência de Comunicação Ltda, 2007, p.128.

cá, outros casos surgiram como o *Moiwana*<sup>28</sup>, *Yakye Axa*<sup>29</sup>, *Saramaka*<sup>30</sup>, dentre outros, que possibilitaram a aplicação e a interconexão do direito à territorialidade, à identidade étnica, participação política e à consulta prévia.

Diante disso, antes que se adentre no âmbito dos casos, na fase de execução das tutelas coletivas e nos cumprimentos das respectivas sentenças, será feito um destaque – breve – das quatro principais características que a interpretação evolutiva da propriedade comunal realizada pela CorteIDH congloba.

A (1) primeira característica, refere-se ao caráter coletivo da propriedade comunal que é considerado como um princípio hermenêutico que permite a compreensão de culturas diferenciadas, com sujeitos distintos e em situações geopolíticas variadas<sup>31</sup>, dessa forma, o artigo 21 da CADH não se refere somente à concepção civilista de propriedade, “mas também pode (e deve) ser interpretado, de tal forma, que a propriedade comunal da terra e dos recursos naturais sejam protegidos”<sup>32</sup>.

Já a (2) segunda característica, refere-se à origem consuetudinária do direito de propriedade comunal que prevalece sobre o direito à propriedade privada, pois a noção de tradicional e de originário não se reduz ao tempo em que residiam ou ao título e demarcação do território, pois o sentido que tal característica propõe é a noção de pertencimento que se reflete nos vínculos simbólicos e nos valores que o território representa.

No que tange a (3) terceira característica, está relacionada com a especial relação dos povos tradicionais com suas terras e territórios que proporciona a interconexão da propriedade comunal com os DESC, na medida em que a CorteIDH tem protegido direitos sociais a partir da proteção dos direitos civis e políticos<sup>33</sup>, como é o caso do projeto de vida que reflete a

---

<sup>28</sup> CORTE IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Sentença de 15 de junho de 2005.

<sup>29</sup> CORTE IDH. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Sentença 17 de Junho de 2005.

<sup>30</sup> CORTE IDH. *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ DE BRINGAS, Op. Cit. p.27.

<sup>32</sup> CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*. Nº05, ano 3, 2006, p.60.

<sup>33</sup> PARRA VERA, Oscar; VILLANUEVA HERMIDA, María Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Introducción: los derechos sociales y el enfoque de derechos humanos en las estrategias de desarrollo y erradicación de la pobreza. In



liberdade de cada pessoa para realizar sua vida e gozar de seu bem estar<sup>34</sup>, ou seja, tal entendimento fomenta a compreensão de território como base material e espiritual dos DESC dos povos tradicionais demonstrando que tais direitos podem “ser suscetíveis de proteção por via da justiça internacional”<sup>35</sup>.

E por fim, a (4) quarta característica refere-se aos deveres estatais de proteção à propriedade comunal, que transcende a compreensão reducionista de garantias jurídicas, institucionais e legais para implicar numa nova relação de direitos e deveres, e consequentemente, numa nova consideração da subjetividade das vítimas e na reformulação dos deveres públicos do Estado a fim de garantir os direitos fundamentais dos povos tradicionais no plano interno (e prático)<sup>36</sup>.

E é no âmbito dessa última característica, em especial, que se faz mister a análise de como os Estados-parte do SIDH, após serem condenados pela Corte Interamericana, estão garantindo no plano prático, as tutelas coletivas?

### 3 Cumprimento, reparações e medidas adotadas

Conforme prelecionado na Convenção Americana<sup>37</sup>, no que tange a competência para conhecer assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes, tendo em vista que, no momento da ratificação, cada Estado teve a oportunidade de dizer até onde se submete à aplicação da CADH, tanto à CorteIDH quanto à CIDH são competentes. Porém, se esse assunto for relativo à interpretação e aplicação dos dispositivos da Convenção, a competência é exclusiva da CorteIDH que deve

---

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano*. San José, IIDH, 2008, p. 30.

<sup>34</sup> PARRA VERA, Oscar. Derechos humanos y pobreza en el sistema interamericano. *Revista IIDH*, n° 56, dez./dic. 2012, p. 278.

<sup>35</sup> MELO, Op. Cit., p.35/36.

<sup>36</sup> MARTÍNEZ DE BRINGAS, Op. Cit. p.19.

<sup>37</sup> BRASIL, Presidência da República. **Decreto nº678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Do678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Do678.htm)>. Acesso em: 10.dez.2014.

indicar em seus relatórios anuais<sup>38</sup>, casos em que o Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças, pois “[...] a efetividade das sentenças depende do seu cumprimento”<sup>39</sup> por integrar o direito de acesso à justiça que em sentido amplo é entendido como “a materialização da justiça para o caso concreto [...]”<sup>40</sup>, pois “se um Estado deixar de cumprir com as medidas de reparações, está negando o direito de acesso à justiça internacional”<sup>41</sup>.

A fase de execução de um processo internacional perante à CorteIDH é chamado de *fase de supervisão de cumprimento de sentença*. Essa supervisão de cumprimento de sentenças compõe a jurisdição da CorteIDH, “visto que o exercício desta não se limita a tão somente declarar o Direito. Por isso, é fundamental que a Corte estabeleça um mecanismo [...] a fim de verificar a efetividade desta”<sup>42</sup>. Ela inicia-se dois anos após a data da sentença e realiza-se através da apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações a esses relatórios por parte das vítimas (ou de seus representantes), seguido do posicionamento da CIDH que emite observações<sup>43</sup> quanto ao relatório do Estado e das vítimas<sup>43</sup>.

Nesta fase, além dessas solicitações, a CorteIDH pode requerer outras fontes de informação, bem como perícias e outros relatórios que considere oportuno; convocar o Estado, os representantes das vítimas e a CIDH a uma audiência, - que são realizadas desde 2007, na qual determinará o grau de cumprimento e emitirá as resoluções pertinentes a execução -.

Desde 2010, a CorteIDH vem otimizando tal prática ao realizar audiências conjuntas relativas a um mesmo Estado, relacionando mais de um

---

<sup>38</sup> CORTE IDH. Resolução AG/RES. 448 (IX-O/79). **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Bo-lívia, 1979. Artigo 30. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em: 10.dez.2014.

<sup>39</sup> CORTE IDH. **Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá**. Sentença de 28 de novembro de 2003, par.129.

<sup>40</sup> CORTE IDH. **Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá**. Sentença de 28 de novembro de 2003, par.72.

<sup>41</sup> TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema Interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 1ª Edição. Editora Appris. Curitiba. 2014. Pg.248.

<sup>42</sup> IDEM.

<sup>43</sup> CORTE IDH. LXXXV Período Ordinário de Sessões. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Washington DC, 2009. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf)>. Acesso em: 10.dez.2014.

caso, quando se tratar de medidas de reparação que guardem semelhança temática em si<sup>44</sup>.

A supervisão do cumprimento das sentenças vem se tornando uma das atividades mais demandantes da CorteIDH, diante do crescente número de casos ativos em que cada reparação é supervisionada de maneira detalhada e, também, porque tais reparações não se limitam nas medidas de caráter indenizatório, mas em medidas de restituição que se refere ao restabelecimento do *status quo* anterior à violação que podem ser através de reparação monetária ou não; medidas de reabilitação, que são as destinadas a atender as necessidades físicas e psíquicas das vítimas; medidas de satisfação, que implicam na reparação ao dano imaterial; garantias de não repetição, que consistem no caráter pedagógico da condenação em respeito ao Princípio da vedação ao retrocesso e as medidas de obrigação positiva que consistem na obrigação dos Estados de investigar, julgar e sancionar, conforme o caso.

Tais medidas compõem o que a CorteIDH entende por conceito de reparação integral, ou melhor, do *restitutio in integrum* dos danos oriundos de violações de Direitos Humanos, a qual tem “como primeira finalidade a restituição total da situação lesionada”<sup>45</sup>.

Diante disso, e como já salientado anteriormente, com base nos relatórios anuais da CorteIDH de 2002 a 2013, serão analisados o cumprimento das sentenças de tutelas coletivas que versem sobre propriedade comunal no período de 2001 a 2008, visto que, diante da complexidade do assunto e da ampla natureza das medidas de reparação encontradas nos casos em análise, o período de 05 (cinco) anos está sendo considerado como o tempo necessário para o efetivo cumprimento das sentenças, sem que esta perca seu objeto.

Isto é, não se trata de uma escolha aleatória, mas de uma escolha que tem como base o Princípio do Desenvolvimento Progressivo que “estabelece que sejam adotadas medidas constantes e consistentes a promover a

---

<sup>44</sup> CORTE IDH. **Relatório Anual de 2012**. Washington DC, 2013. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa\\_2012.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf)>. Acesso em: 10.dez.2014.

<sup>45</sup> TEREZO, Cristina Figueiredo. Op. Cit. pg. 244.

plena efetividade desses direitos<sup>46</sup> e para que tais condenações não caiam no descrédito.

Logo, os casos que versem sobre propriedade comunal de povos tradicionais sentenciados no período de 2001 a 2008 que agora serão analisados são: (1) Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (2001); (2) Comunidade Moiwana vs. Suriname (2005); (3) Yakye Axa vs. Paraguai (2005); (4) Comunidade indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai (2006) e o (5) Povo Saramaka vs. Suriname (2007).

### a) MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI VS. NICARÁGUA (2001)

O povo indígena Mayagna de Awas Tingni ou Sumo da Costa Atlântica Caribenha da Nicarágua organiza-se através de uma estrutura de liderança tradicional, baseada no costume e com subsistência na agricultura familiar e comunal, na plantação de frutas e plantas medicinais, na caça e na pesca, realizando essas atividades dentro de um determinado espaço territorial de acordo com seu sistema tradicional de posse de terras vinculado à organização sociopolítica da comunidade<sup>47</sup>.

Em outubro de 1995, o povo indígena Mayagna de Awas Tingni apresentou uma demanda perante à CIDH contra o Estado do Nicarágua por outorgar uma concessão de suas terras, sem o devido consentimento, à Companhia “Sol del Caribe S.A.” (SOLCARSA) para realizar a construção de estradas e extração de madeira, além de não ter garantido um recurso efetivo para responder as reclamações da comunidade Awas Tingni sobre suas terras e seus recursos naturais. Nisso, em junho de 1998<sup>48</sup>, a CIDH levou o caso a conhecimento da Corte IDH que em agosto de 2001 condenou o Estado do Nicarágua pela violação do direito à proteção judicial (artigo 25 da CADH) e do direito à propriedade (artigo 21) em conexão com a obrigação

---

<sup>46</sup> PINTO, Mónica. Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del sistema interamericano. Avances y desafíos actuales. *Revista IIDH*, nº 56, dez./dic. 2012, p. 162.

<sup>47</sup> CORTE IDH. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua**. Op. Cit., par. 02

<sup>48</sup> IBIDEM, par. 29.

de respeitar os direitos e dever de adotar disposições de direito interno (artigos 1.1 e 2 da CADH).

Diante disso, a partir de 2002, anualmente, a Corte IDH iniciou o procedimento de supervisão do cumprimento de sentença que será demonstrado na tabela a seguir, que traz a sentença proferida em 31 de agosto de 2001 dividindo os pontos resolutivos de acordo com a natureza da medida de reparação e classificando o seu grau de cumprimento (cumprida totalmente ou cumprida parcialmente) a partir do parecer da Corte através das suas resoluções de supervisão de cumprimento de sentença.

Desta feita, por mais que o Estado considere uma medida cumprida em um período “X”, para fins didáticos, e em respeito à CADH, esse trabalho irá levar em consideração o período que a Corte IDH considera e declara que está totalmente cumprida, pois tal declaração considera não somente o posicionamento do Estado, mas também, a opinião das vítimas e o parecer da CIDH.

MEDIDAS DE REPARAÇÃO	SENTENÇA DO CASO MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI VS. NICARÁGUA (2001)	GRAU DE CUMPRIMENTO
Garantias de não repetição	(1) Adotar medidas legislativas para criar um mecanismo de delimitação e titulação das propriedades indígenas.	<b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2008</b>
Medidas de Obrigação positiva	(2) Delimitar, demarcar e titular as terras correspondentes no prazo máximo de 15 meses.	<b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2009</b>
Medidas de obrigação negativa	(3) Se abster de realizar atos que afetem a existência, o valor, o uso e o gozo dos bens localizado na zona geográfica designada.	<b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2009</b>
Medidas de Satisfação com Reparação monetária	(4) O dano imaterial ocasionado deve ser reparado mediante uma indenização pecuniária: US\$ 50.000, no prazo de 12 meses, em obras e serviços de interesse coletivo em benefício da Comunidade com a supervisão da Comissão Interamericana. (5) Reembolso das custas e gastos às autoridades de jurisdição interna e o sistema interamericano de Direitos Humanos no valor de US\$ 30.000.	<b>CUMPRIDAS TOTALMENTE EM 2008</b>

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída da resolução de supervisão de cumprimento de sentença<sup>49</sup> da Corte IDH e da sentença do caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001).

<sup>49</sup> CORTE IDH. **Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 3 de abril de 2009**: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/mayagna\\_03\\_04\\_09.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/mayagna_03_04_09.pdf) >. Acesso em 11.dez.2014.

Com a leitura da tabela acima é possível perceber que o Estado de Nicarágua cumpriu totalmente com a sentença proferida pela Corte IDH a favor do povo indígena Mayagna Awas Tingni mesmo que de modo tão letárgico, tendo em vista que se passaram 08 (oito) anos da sentença e 14 (quatorze) anos desde a apresentação da demanda à CIDH para que as terras fossem efetivamente tituladas e demarcadas.

Insta ainda salientar que, mesmo após a condenação, o papel das vítimas foi fundamental para o andamento do cumprimento da sentença, tendo em vista que frequentemente supervisionaram e pressionaram o Estado de Nicarágua para que a demarcação e titulação fossem realizadas de acordo com os pontos resolutivos expressos na sentença.

## **b) CASO COMUNIDADE MOIWANA VS. SURINAME (2005)**

O presente caso refere-se à comunidade quilombola N'djuka que habitam a zona oriental do Suriname desde o século XVII, possuindo seu próprio idioma, história, tradições culturais e religiosas. Nisso, em novembro de 1986 a comunidade quilombola foi vítima de uma operação militar que ocasionou na morte de 39 membros, entre os quais havia crianças, mulheres, idosos, e muitos feridos, e mesmo diante de tal massacre, os militares queimaram e destruíram o território da comunidade quilombola, obrigando os sobreviventes a fugir e a abandonar as terras vizinhas<sup>50</sup>.

Desde esse episódio, os membros sobreviventes da comunidade quilombola não podiam praticar seus meios tradicionais de sobrevivência e nem o culto aos falecidos, pois lhes foi impossibilitado de recuperar os restos de seus familiares que morreram durante o ataque<sup>51</sup>.

O Estado do Suriname não realizou maiores investigações para responsabilizar os responsáveis pelo feito, o que fez com que em 1997 o povo N'djuka apresentasse uma demanda à CIDH, que em 2002 submeteu o

---

<sup>50</sup> CORTE IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Op. Cit, par. 13.

<sup>51</sup> CORTE IDH. *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Op. Cit, par. 20.

caso à Corte IDH. Por sua vez, a egrégia Corte condenou o Estado do Suriname pela violação ao direito à integridade pessoal (artigo 5.1 da CADH), direito de circulação e residência (artigo 22 da CADH), direito à propriedade (artigo 21 da CADH) e os direitos referente a garantia e proteção judicial (artigos 8.1 e 25 da CADH) em junho de 2005<sup>52</sup>.

Diante disso, desde 2006 a Corte IDH vem anualmente supervisionando o cumprimento de sentença que será demonstrado na tabela a seguir com a mesma estrutura de análise apresentada no caso anterior.

MEDIDAS DE REPARAÇÃO	SENTENÇA DO CASO DA COMUNIDADE MOIWANA VS. SURINAME (SENTENÇA DE 15 DE JUNHO DE 2005).	GRAU DE CUMPRIMENTO
Garantias de não repetição	(1)Adotar medidas legislativas para criar um mecanismo de delimitação e titulação dos territórios tradicionais.	<b>NÃO CUMPRIDA</b>
Medidas de Obrigação positiva	(2)Obrigação de investigar os casos denunciados, identificar, julgar e sancionar os responsáveis.	<b>NÃO CUMPRIDA</b>
Medidas de satisfação	(3)Recuperar os restos mortais dos membros falecidos durante o ataque de 1896 e entregar aos membros sobreviventes da Comunidade Moiwana. (4)Realizar um ato de desculpa pública e reconhecimento de responsabilidade internacional. (5)Implementar um fundo de desenvolvimento comunitário. (6) Construir um monumento e colocar em um local público apropriado.	<b>NÃO CUMPRIDA</b>  <b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2007</b>  <b>CUMPRIDA PARCIALMENTE CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2010</b>
Medidas de Restituição sem Reparação monetária	(7) Adotar medidas legislativas, administrativas ou de qualquer outra natureza para assegurar aos membros da comunidade Moiwana seu direito à propriedade sobre seus territórios ancestrais dos quais foram expulsos e assegurar o uso e o gozo destes territórios.	<b>NÃO CUMPRIDA</b>
Medidas de Reabilitação	(8) O Estado deve garantir a seguridade dos membros da comunidade Moiwana que decidam regressar ao território de que foi expulsa.	<b>NÃO CUMPRIDA</b>

<sup>52</sup> IDEM, par. 143.

Medidas de Restituição com Reparação monetária	(9) Pagamento de indenização de U\$3.000,00 a cada uma das vítimas a fim de reparar o dano material. (10) Pagamento de U\$10.000,00 a cada uma das vítimas pelos danos imateriais. (11) Pagamento de U\$45.000,00 à Associação Moiwana; U\$27.000,00 à Organização Moiwana'86 pelos gastos e U\$10.000,00 de gastos ao programa Forest People.	<b>CUMPRIDAS TOTALMENTE EM 2007</b>
------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída das resoluções de cumprimento de sentença<sup>53</sup> da Corte IDH e da sentença do caso comunidade Moiwana vs. Suriname (2005).

Insta salientar que em 2012 a Corte IDH realizou uma audiência privada com o Estado do Suriname com o propósito de receber informação completa e atualizada sobre o cumprimento das medidas de reparação que ainda não foram cumpridas totalmente<sup>54</sup>. Mas, a Corte ainda não se pronunciou quanto o resultado da mencionada audiência.

Nesse sentido, é possível perceber que passados 09 (nove) anos da responsabilização internacional do Estado do Suriname, as principais reivindicações da comunidade Moiwana não foram cumpridas, o que gera a necessidade de um olhar crítico diante da judicialização internacional.

### **c) CASO COMUNIDADE INDÍGENA YAKYE AXA VS. PARAGUAI (2005);**

O presente caso envolve a comunidade indígena Yakye Axa formada por mais de 300 pessoas que devido à venda das terras do Chaco Paraguai por parte do Estado,

foram obrigados a habitar em fazendas de gados na região criadas por empresários britânicos.

Nisso, em 1986 o povo indígena Yakye Axa se mudou para outra extensão de terra, devido as graves condições de vida que estavam submetidos nas referidas fazendas. A mudança não trouxe melhoras na

<sup>53</sup> CORTE IDH. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2007:** Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinamee. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/moiwana\\_21\\_11\\_07.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/moiwana_21_11_07.pdf) >. Acesso em 11.dez.2014; **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010:** Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinamee. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/moiwana\\_22\\_11\\_10\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/moiwana_22_11_10_ing.pdf) >. Acesso em 11.dez.2014.

<sup>54</sup> CORTE IDH. **Relatório Anual de 2012.** Op. Cit. P.42.



vida do povo indígena, motivo que ensejou a demandar frente ao Estado paraguaio a recuperação da propriedade que eles consideram como seu habitat tradicional, mas apesar dos vários recursos interpostos, não houve resultado positivo.

Desde 1996, em torno de 28 a 57 famílias dos Yakye Axa estavam assentados ao lado de uma estrada, os outros membros permaneceram em algumas aldeias da região. Daí porque, em 2000 a demanda foi apresentada à CIDH que três anos após levou o caso à Corte IDH, a qual condenou o Estado do Paraguai em 17 de junho de 2005 pela violação aos direitos de garantias e proteção judicial (artigo 8 e 25 da CADH), direito à propriedade (artigo 21 da CADH) e o direito à vida (artigo 4.1).

A Corte deu início a supervisão de cumprimento de sentença em 2006, a qual será demonstrada no quadro abaixo:

<b>MEDIDAS DE REPARAÇÃO</b>	<b>SENTENÇA DO CASO DA COMUNIDADE YAKYE AXA VS PARAGUAI (SENTENÇA DE 17 DE JUNHO DE 2005).</b>	<b>GRAU DE CUMPRIMENTO</b>
Garantias de não repetição	(1) Adotar em seu direito interno, medidas legislativas e administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para garantir o efetivo gozo do direito à propriedade dos povos indígenas	<b>NÃO CUMPRIDA</b>
Medidas de satisfação	(2) Criação de um fundo exclusivamente para a aquisição de terras e entregar às vítimas no prazo máximo de 01 ano. (3) Criação de um fundo de desenvolvimento comunitário. (4) Realizar um ato público de reconhecimento da sua responsabilidade, dentro do prazo de 01 ano. (5) Publicação, no prazo de 01 ano, pelo menos uma vez, no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional, ambos os fatos comprovados e os parágrafos 1 a 14 das reparações, e o financiamento da transmissão via rádio dessa sentença.	<b>NÃO CUMPRIDA</b>  <b>NÃO CUMPRIDA</b>  <b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2008</b>  <b>NÃO CUMPRIDA</b>
Medidas de Restituição sem Reparação monetária	(6) Identificar o território tradicional da comunidade indígena Yakye Axa e entrega-los de maneira gratuita, no prazo máximo de 03 anos.	<b>NÃO CUMPRIDA</b>
Medidas de Reabilitação	(7) Enquanto o povo indígena continue sem terra, o Estado deverá fornecer bens e serviços necessários para a sua sobrevivência básica.	<b>NÃO CUMPRIDA</b>

Medidas de Restituição com Reparação monetária	(8) Pagamento do dano material causado às vítimas e das despesas dentro do prazo de 01 ano.	<b>CUMPRIDA PARCIALMENTE</b>
------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída das resoluções de cumprimento de sentença da Corte IDH<sup>55</sup> e da sentença do caso comunidade Yakyé Axa vs. Paraguai (2005).

É válido ressaltar que a negligência do Estado paraguaio não acaba no não cumprimento da maioria das medidas, mas, também em não fornecer informações adequadas, claras e concisas sobre o andamento do cumprimento de sentença, tendo em vista que somente fornece informações incompletas e indicando a verdadeira estagnação da sentença.

#### **d) CASO COMUNIDADE INDÍGENA SAWHOYAMAXA VS. PARAGUAI (2006);**

O presente caso traz como grupo em situação de vulnerabilidade o povo indígena Sawhoyamaxa que, assim como no caso anteriormente analisado, também habitava tradicionalmente o Chaco paraguaio. Ocorre que, tal território foi individualizado e loteado como fazendas com a propriedade no nome de duas companhias privadas.

Nisso, o povo indígena Sawhoyamaxa em 1991 iniciou o processo de reivindicação de suas terras e após cinco anos sem nenhum resultado obtido, apresentaram um projeto de lei a Presidência da Câmara de Deputados do Congresso Nacional, a fim de que fosse declarado “interesse social” e tais terras fossem desapropriadas para sua posterior entrega ao referido povo indígena. Tal projeto também foi rechaçado pelo Estado do Suriname, assim como os inúmeros recursos judiciais interpostos pelo povo indígena Sawhoyamaxa que continuava sofrendo com pressões por parte dos proprietários da fazenda e vivendo em condições de extrema pobreza, saúde precária e

---

<sup>55</sup> CORTE IDH. **Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 14 de diciembre de 2007:** Caso de la Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/yakyeaxa\\_%2014\\_12\\_07.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/yakyeaxa_%2014_12_07.pdf)>. Acesso em 11.dez.2014; **Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008:** Caso de la Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/taslas/fichas/yakyeaxa.pdf>>. Acesso em 11.dez.2014.

com restrição para praticar suas tradições, costumes e cultura, fazendo com que a maioria se mudasse.

Em 2001, o povo indígena Sawhoyamaxa apresentou esta demanda à CIDH, que por sua vez levou o caso à Corte em 2005, que em um ano depois responsabilizou internacionalmente o Estado do Paraguai pela violação dos direitos à garantia e proteção judicial (artigos 8 e 25 da CADH), direito à propriedade (artigo 21 da CADH), direito à vida (artigo 4.1 da CADH) e o direito ao reconhecimento à personalidade jurídica (artigo 3 da CADH).

O monitoramento do cumprimento da sentença se iniciou em 2007, através dos relatórios do Estado, das vítimas e da CIDH e de audiências temáticas diante da similitude das demandas com as do caso Yakye Axa. Infelizmente, não é somente nas demandas que é possível perceber a semelhança, pois a própria conduta estatal em não colaborar com o cumprimento da sentença é a mesma, conforme é possível visualizar no quadro a seguir:

<b>MEDIDAS DE REPARAÇÃO</b>	<b>SENTENÇA DO CASO DA COMUNIDADE SAWHOYAMAXA VS PARAGUAI (SENTENÇA DE 29 DE MARÇO DE 2006).</b>	<b>GRAU DE CUMPRIMENTO</b>
Garantias de não repetição	(1) Adotar em seu direito interno, em um prazo razoável medidas legislativas e administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias como mecanismo eficaz de reclamação de terras ancestrais pelos povos indígenas diante da certeza de seus direitos sobre suas terras ancestrais.	<b>NÃO CUMPRIDA</b>
Medidas de satisfação	.(2) Criação de um fundo de desenvolvimento comunitário. (3) Realizar no prazo de 01 ano, um programa de registro e documentação. (4) Publicação, no prazo de 01 ano, pelo menos uma vez, no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional, ambos os fatos comprovados e do parágrafo 236 e o financiamento da transmissão via rádio.	<b>NÃO CUMPRIDA</b>  <b>CUMPRIDA PARCIALMENTE</b>  <b>CUMPRIDA PARCIALMENTE</b>
Medidas de Restituição sem Reparação monetária	(5) Adotar medidas legislativas e administrativas e de qualquer outro meio necessário para, no prazo máximo de 03 anos, entregar de forma física e formal à comunidade Sawhoyamaxa, suas terras tradicionais.	<b>NÃO CUMPRIDA</b>

Medidas de Reabilitação	(6) Enquanto o povo indígena Sawhoyamaxa se encontrar sem terra, o Estado deverá fornecer bens e serviços necessários para a sua sobrevivência básica. (7) Estabelecer nos lugares “Santa Elisa e kilómetro 16”, um sistema de comunicação que permita às vítimas contactar-se com agentes da saúde.	<b>NÃO CUMPRIDA</b>  <b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2008</b>
Medidas de Restituição com Reparação monetária	(8) Pagamento pelo dano imaterial causado às vítimas e das despesas dentro do prazo de oitavo.	<b>CUMPRIDA PARCIALMENTE</b>

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída dos relatórios anuais e das resoluções de cumprimento de sentença da Corte IDH<sup>56</sup> e da sentença do caso comunidade Sawhoyamaxa vs Paraguai (2006).

Como se pode perceber, a inércia do Estado do Paraguai é geral, tanto que a Corte IDH solicitou mais uma audiência temática em novembro de 2011 sobre a medida de restituição que ordena a identificação, entrega e titulação das terras tradicionais<sup>57</sup>.

#### e) CASO POVO SARAKAMA VS. SURINAME (2007);

O presente caso se relaciona com o povo tribal Saramaka com características culturais específicas e uma identidade formada por uma completa rede de relações com a terra e as estruturas familiares, que teve seu território ocupado no início do século XVIII. Nisso, o Estado do Suriname tornou-se o proprietário dos territórios e recursos utilizados pelo povo Saramaka e começou a outorgar concessões a terceiros para atividades madeireiras e de mineração na zona superior do Rio Suriname e no território do povo Saramaka.

Como o povo Saramaka carecia de estatuto jurídico no Suriname, eram considerados como não elegíveis para receber títulos comuns no nome da comunidade ou de outra entidade coletiva tradicional e depois de

<sup>56</sup> CORTE IDH. **Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008**: Caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/sawhoyamaxa\\_o8\\_o2\\_o8.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/sawhoyamaxa_o8_o2_o8.pdf) >. Acesso em 11.dez.2014.

<sup>57</sup> ESTUPIÑAN SILVA, Op. Cit., p.348.

inúmeras tentativas de solicitação de um título de propriedade, esta demanda foi levada à CIDH em 2000, sendo apresentada à Corte IDH em 2006 que no ano posterior condenou o Estado do Suriname pelas violações ao direito de propriedade (artigo 21 da CADH), o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 03 da CADH) e o direito à proteção judicial (artigo 25 da CADH).

O procedimento de supervisão de cumprimento de sentença se iniciou em 2008 que pode ser vislumbrado na tabela abaixo:

<b>MEDIDAS DE REPARAÇÃO</b>	<b>SENTENÇA DO CASO DA COMUNIDADE SARAKA VS SURINAME (SENTENÇA DE 28 DE NOVEMBRO DE 2007).</b>	<b>GRAU DE CUMPRIMENTO</b>
Garantias de não repetição	<p>(1) Adotar medidas legislativas, administrativas ou de outra índole que sejam necessárias para reconhecer e garantir o direito do povo Saramaka a ser efetivamente consultado, segundo suas tradições e costumes, ou em seu caso, o direito de outorgar ou se abster de outorgar seu consentimento prévio, livre e informado a respeito dos projetos de desenvolvimento que possam afetar seu território e a compartilhar razoavelmente os benefícios derivados desses projetos com o povo Saramaka.</p> <p>(2) Adotar medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza, necessárias para proporcionar o povo Saramaka, os recursos efetivos e adequados contra atos que violem seu direito ao uso e gozo da propriedade de conformidade com seu sistema de propriedade comunal.</p>	<b>NÃO CUMPRIDA</b>
Medidas de satisfação	<p>(3) Traduzir a sentença para o holandês e publicar o Capítulo VII sem as correspondentes notas de rodapé, assim como os pontos resolutivos do número 1 ao 15, no Diário Oficial do Estado do Suriname e em outro jornal de circulação nacional.</p> <p>(4) Financiar a transmissão via rádio em língua Saramaka dos conteúdos dos parágrafos 2, 4, 5, 17, 77, 80-86, 88, 90, 91, 115, 116, 121, 122, 127-129, 146, 150, 154, 156, 172 y 178, sem as correspondentes notas de rodapé e os pontos resolutivos de 1 a 15 da Sentença em uma estação de rádio que seja acessível ao povo Saramaka.</p> <p>(5) Revisão da sentença e da jurisprudência da Corte a fim de avaliar se é necessária uma modificação aos direitos dos concessionários para preservar a sobrevivência do povo de Saramaka.</p>	<p><b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2011</b></p> <p><b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2011</b></p> <p><b>NÃO CUMPRIDA</b></p>

Medidas de Restituição sem Reparação monetária	<p>(6) Delimitar, demarcar e outorgar título coletivo do território ao povo Saramaka, em conformidade com seu direito consuetudinário e através de consultas prévias efetivas e informadas, sem prejuízo de outras comunidades indígenas ou tribais.</p> <p>(7) Enquanto não ocorre a delimitação e a demarcação, o Estado deve se abster de realizar atos que possam afetar a existência, valor, uso e gozo do território saramakano, a menos que o Estado obtenha consentimento prévio. Respeito as concessão já outorgadas.</p> <p>(8) Outorgar ao povo de Saramaka o reconhecimento legal de sua personalidade jurídica coletiva correspondente a comunidade que eles integram com o propósito de garantir-lhes o exercício e o gozo pleno de seu direito à propriedade de caráter comunal, assim como o acesso à justiça como comunidade em conformidade com seu direito consuetudinário e tradições.</p> <p>(9) Eliminar e modificar as disposições legais que impedem a proteção ao direito à propriedade dos membros do povo Saramaka e adotar sua legislação interna e através de consultas prévias de outra índole, necessárias a fim de reconhecer, proteger, garantir e fazer efetivo o direito dos integrantes do povo Saramaka a serem titulares de direitos coletivos sobre o território que tradicionalmente tem ocupado, inclusive os recursos naturais para sua subsistências social, cultural e econômica, assim como administrar, distribuir e controlar efetivamente tal território, em conformidade com seu direito consuetudinário e o sistema de propriedade comunal, e sem prejuízo a outras comunidades indígenas e tribais.</p>	<p><b>NÃO CUMPRIDA</b></p> <p><b>NÃO CUMPRIDA</b></p> <p><b>NÃO CUMPRIDA</b></p> <p><b>NÃO CUMPRIDA</b></p>
Medidas de reabilitação	<p>(10) Assegurar que se realizem estudos de impacto ambiental e social mediante entidades tecnicamente capacitadas e independentes e, prévio ao outorgamento de concessões relacionadas com projetos de desenvolvimento dentro do território tradicional Saramaka e implementar medidas e mecanismos adequados a fim de minimizar o prejuízo que possam ter na vida do povo Saramaka.</p>	<p><b>NÃO CUMPRIDA</b></p>
Medidas de Restituição com Reparação monetária	<p>(11) O Estado deve atribuir às quantidades fixadas na Sentença como indenização por dano material e imaterial a um fundo de desenvolvimento criado e estabelecido em benefício do povo Saramaka em seu próprio território tradicional.</p> <p>(12) Realizar pagamento a fim de reembolsar as custas e despesas.</p>	<p><b>CUMPRIDA PARCIALMENTE</b></p> <p><b>CUMPRIDA TOTALMENTE EM 2011</b></p>

Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída dos relatórios anuais e das resoluções de cumprimento de sentença da Corte IDH<sup>58</sup> e da sentença do caso comunidade Saramaka vs Suriname (2007).

Da simples leitura do quadro anterior é possível perceber que o Estado do Suriname, também não vem cumprindo com os pontos principais

<sup>58</sup> CORTE IDH. **Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2013:** Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka\\_23\\_11\\_11.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka_23_11_11.pdf)>. Acesso em 11.dez.2014; **Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2013:** Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka\\_04\\_09\\_13.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka_04_09_13.pdf)>. Acesso em 11.dez.2014.

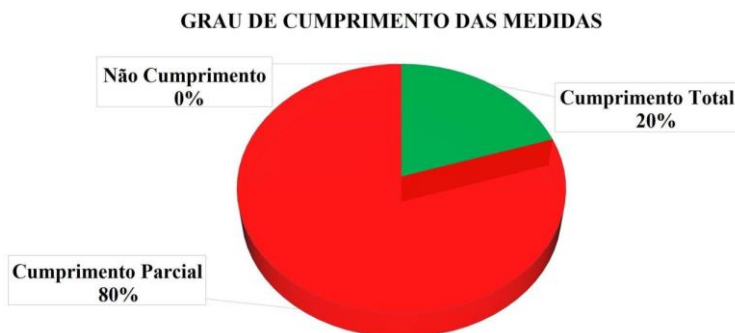
da demanda do povo Saramaka, o que reforça a necessidade de um olhar crítico diante da judicialização internacional.

Mas, antes que se adentre especificamente nesse ponto, é necessário visualizar um o panorama geral da situação dos cumprimentos de sentenças já analisados caso a caso.

### 3.1 Panorama Geral Da situação dos cumprimentos de sentenças de casos sobre Propriedade Comunal

Com a análise anterior, foi possível vislumbrar a situação de cada caso envolvendo a propriedade comunal dos povos tradicionais sentenciados no período de 2001 a 2008.

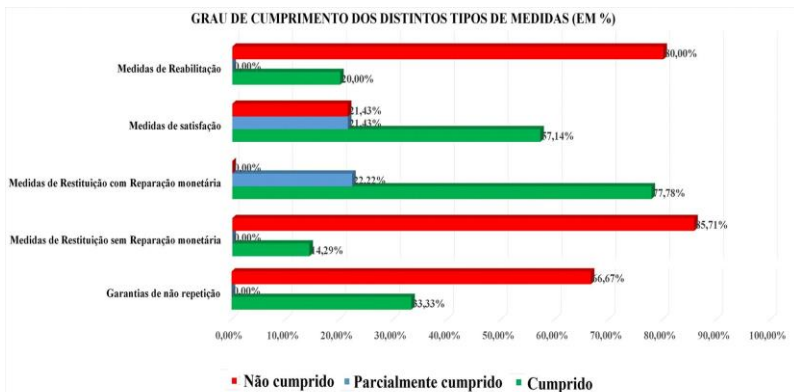
Análise esta que apesar de individual, já apresenta resultados assustadores, na medida em que, de 05 (cinco) casos analisados, somente 01 (um) encontra-se totalmente cumprido depois de 08 anos da responsabilização internacional do Nicarágua que é o caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni de 2001; quanto aos outros casos, estes encontram-se em situação de sentenças parcialmente cumpridas e o quadro geral da situação atual pode ser vislumbrada no gráfico a seguir,



Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença da Corte IDH de 2002 a 2013 e da sentenças do casos Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (2001); Comunidade Moiwana vs. Suriname (2005); (3) Yakye Axa vs. Paraguai (2005); Comunidade indígena Sawho-yamaya vs. Paraguai (2006) e o Povo Saramaka vs. Suriname (2007).

Aliás, se ao longo do trabalho “05 (cinco) anos” foi o período considerável como o tempo máximo para o cumprimento efetivo de uma sentença da Corte IDH, devido à complexidade do assunto, à ampla natureza das medidas de reparação, as obrigações estatais rotineiras e o Princípio do Desenvolvimento Progressivo, nenhum dos países responsabilizados internacionalmente cumpriu em um “tempo hábil”, pois, como ressaltado anteriormente, o único com total cumprimento demorou 08 anos para o feito, enquanto que os outros casos encontram-se em uma demora injustificada.

Outro ponto que merece destaque refere-se ao grau de cumprimento dos tipos distintos de medidas de reparação recomendadas pela Corte, em que as medidas de restituição com reparação monetária, quais sejam, pagamento de caráter indenizatório por dano material e/ou imaterial, apresentam o maior índice de cumprimento, enquanto, as medidas de restituição sem reparação monetária, que são as que conglobam a titulação e demarcação de território, são as que apresentam o maior índice de descumprimento, como podem ser analisadas através do gráfico abaixo



Fonte: Elaboração própria com base em informação extraída das resoluções de supervisão de cumprimento de sentença da Corte IDH de 2002 a 2013 e da sentenças do casos Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (2001); Comunidade Moiwana vs. Suriname (2005); (3) Yakye Axa vs. Paraguai (2005); Comunidade indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai (2006) e o Povo Saramaka vs. Suriname (2007).

Instaurado o panorama geral da situação alarmante de (des)cumprimento das sentenças insta agora se perguntar: em que medida a



judicialização internacional constitui o melhor caminho para a efetivação do direito à propriedade comunal dos povos tradicionais?

É o que se verá a seguir.

#### **4 Os percalços epistemológicos da execução de uma demanda coletiva no processo internacional: desafios e avanços**

Segundo Mônica Pinto, o fato de que tutelas coletivas são exigíveis judicialmente não significa dizer que, por isso, seu gozo e exercício são efetivos, uma vez que o poder judiciário não é o órgão apropriado para crias políticas públicas. O próprio contexto judicial não é o melhor para a discussão de medidas e normas de caráter geral, além do que, objetivamente, as soluções judiciais criam situações questionáveis desde a ótica da vigência dos direitos<sup>59</sup>.

A autora refere-se ao fato de que, no âmbito de uma violação de demandas coletivas, a necessidade não é de intervenção do judiciário, mas sim de políticas públicas, isto é de uma política estatal e de uma política para que os entes privados possam em consequência dessa política estatal, se adequar<sup>60</sup>.

É nesse sentido que os problemas visualizados pela violação do direito à propriedade comunal se aproximam do conceito de *discriminação indireta* que está relacionada com o impacto desproporcional ocasionado por normas, ações, políticas e outras medidas estatais que mesmo quando parecem ter alcance geral e não-diferenciado, produz efeitos negativos para certos grupos vulneráveis<sup>61</sup>.

Essas medidas não correspondem com a obrigação e o dever estatal estabelecidas no âmbito interno e no internacional de promoção dos direitos coletivos, pois segundo Victor Abramovich, existem conceitos instrumentais que correspondem à relação intrínseca entre as obrigações

---

<sup>59</sup> PINTO, Mónica. Op. Cit, p. 175.

<sup>60</sup> IDEM.

<sup>61</sup> PARRA VERA, Oscar. Op. Cit, p.299.

estatais com os direitos humanos, as quais se dividem em respeitar, proteger, garantir e promover<sup>62</sup>; que apesar do senso comum tratar tais conceitos como sinônimos, é importante que no aspecto instrumental, esses conceitos sejam identificados como distintos de modo a saber quais são e como são as obrigações estatais.

As obrigações de respeitar referem-se ao dever do Estado de “não-interferir”; as obrigações de proteger “consiste em evitar que terceiros interfiram”; as obrigações de garantir “pressupõe assegurar que o titular do direito tenha acesso bem quando não puder fazê-lo”; e as obrigações de promover consiste em criar condições para o acesso ao direito<sup>63</sup>.

Diante disso, percebe-se que os Estados-parte que não vem cumprindo com as medidas recomendadas nas sentenças perpetuam a violação dos direitos pelos quais foram responsabilizados internacionalmente, pois, por mais que a CorteIDH sustente que as sentenças em si mesmas já constituem uma reparação<sup>64</sup>, a reparação de fato somente ocorre com o restabelecimento da reparação integral da situação existente antes da ocorrência da violação.

Afirmação esta que não é impossível de ser concretizada e nem propicia a total descrença na Corte IDH, pois, como é possível perceber pela leitura do tópico anterior, ainda que o cumprimento caminhe a passos largos, nenhuma sentença foi totalmente descumprida, mostrando a força que SIDH (ainda) tem.

E é aqui que se encontra a importância dos indicadores, pois é procurando adequar e exigibilidade das demandas coletivas à realidade de cada país, que tais indicadores permitem estabelecer as distâncias entre a meta a ser cumprida e a realidade social. Logo, para averiguar se essas distâncias estão compatíveis com o que foi acordado, resta, segundo Mônica Pinto, aplicar o “sistema a momentos distintos, mas com condições equivalentes”<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> ABRAMOVICH, Víctor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº 2, 2005, p. 194.

<sup>63</sup> IDEM.

<sup>64</sup> MELO, Mario. Op. Cit., p.35/36.

<sup>65</sup> IDEM, p.178/179.

Esses indicadores possuem relação direta com o Princípio da Progressividade, pois além de invalidar medidas regressivas, propiciam a compreensão das temáticas dos direitos humanos como algo dinâmico, e não como situações estáticas.

Nesse sentido, mais do que reconhecer a violação do direito à propriedade comunal a nível internacional, é imprescindível que as tutelas coletivas sejam plenamente atendidas no plano prático.

Portanto, somente a judicialização internacional não é o melhor caminho para se buscar a efetivação das tutelas coletivas, especialmente o direito à propriedade comunal, mas é uma via de acesso que deve ser encarada como *última ratio*, tendo em vista que não foram as sentenças da CorteIDH que forneceram a garantia do direito à propriedade comunal e que cessaram os conflitos e resolveram o problema da exigibilidade das demandas coletivas. O contrário. A história mostra que foi através da ação e atuação direta que os Povos Tradicionais resistiram e conseguiram os resultados positivos mais efetivos.

Aliás, as atividades do SIDH não se limitam à atuação da CorteIDH, pois o SIDH vai muito além da sua função jurisdicional, tanto é que no momento em que um caso de violação de Direitos Humanos chega ao conhecimento da CorteIDH, isso já representa a própria falha nos outros mecanismos de proteção e defesa de Direitos Humanos, pois a sua jurisdição é subsidiária, característica que nunca deve ser esquecida.

Diante disso, o SIDH precisa mudar. Mudanças estas que devem se focar no andamento mais rápido e efetivo das demandas coletivas e ter como “inspiração” a ação direta, ou seja, através do fortalecimento do papel político do SIDH e da criação de mecanismos que propiciem a participação mais direta das vítimas, pois, afinal, são esses grupos que estão em condições de vulnerabilidade.

É nesse sentido que ensina Victor Abramovich<sup>66</sup>, sobre a necessidade de consolidação de uma maior abertura dos sistemas nacionais de justiça do direito internacional, uma vez que as decisões do SIDH gozam de legitimidade social por serem um guia inescusável para os Estados-partes, diante da força persuasiva dos precedentes da CorteIDH.

Por isso, como estratégia para o fortalecimento do SIDH, Abramovich<sup>67</sup> ressalta a ênfase no papel político do próprio Sistema através da incorporação dos princípios do SIDH na orientação geral das leis e políticas estatais e, também, por meio do aperfeiçoamento das respostas dos sistemas nacionais de administração da justiça, da melhor sistematização da jurisprudência e a promoção de mecanismos judiciais para o litígio local de interesse público em temas de Direitos Humanos.

Nessa mesma linha de raciocínio, alguns autores<sup>68</sup> propõem algumas hipóteses associadas à possibilidade de aumentar o cumprimento das sentenças de demandas coletivas prolatadas pela CorteIDH, dentre as quais, no contexto de direito à propriedade comunal, merecem destaque a hipótese que se refere ao (1) desdobramento de medidas com baixo nível de cumprimento e a que (2) propõe a criação de mecanismos nacionais de implementação.

O (1) desdobramento de medidas com baixo nível de cumprimento<sup>69</sup> consistiria na exploração das obrigações com conteúdos amplos que apresentem baixo grau de cumprimento, a título de exemplo, as obrigações de investigar/sancionar, que “ilustrativamente, poder-se-ia exigir a abertura (ou reabertura) das investigações por um lado e a sanção dos responsáveis

---

<sup>66</sup> ABRAMOVICH, Víctor. Das violações em massa aos padrões estruturais: Novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, n. 11, 2009. p. 7-39. <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/11/01.pdf>.

<sup>67</sup> IDEM.

<sup>68</sup> BASCH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bárbara. A eficácia do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**. Nº12. Disponível em: < <http://www.surjournal.org/conteudos/getAr>

tigo12.php?artigo=12%62Cartigo\_02.htm>. Acesso em: 20.ju.2014.

<sup>69</sup> IDEM, p.13.

pelos crimes por outro”<sup>70</sup>, nesse sentido, ordens ou recomendações mais específicas e com prazos de cumprimento progressivos poderiam facilitar o controle dos diversos mecanismos, por meio dos quais ambas as obrigações poderiam ser cumpridas.

Quanto à (2) criação de mecanismos nacionais de implementação, aliada à primeira hipótese, oferece caminho para a efetivação de medidas que também se encontram em baixo cumprimento, em especial, as obrigações de demarcação e titulação de território tradicional, pois enfatiza a importância dos Estados-partes estabelecerem um espaço, no âmbito interno, de coordenação entre os poderes com o propósito de aumentar as possibilidades de cumprimento efetivo e oportuno<sup>71</sup>. É o que o que Abramovich, em outro momento, entende por *diálogo*, a saber,

essa dimensão da atuação judicial pode ser conceituada como a participação em um ‘diálogo’ entre os distintos poderes do Estado para a concretização do programa jurídico-político estabelecido pela Constituição ou pelos pactos de direitos humanos<sup>72</sup>.

É válido ressaltar, que a eficácia da criação de mecanismos internos para a efetivação do cumprimento de sentença da CorteIDH só merece ser materializada, se aos Povos Tradicionais forem destinado espaço de participação política, com poder decisivo, ou seja, a formação de tais mecanismos implicam muito mais do que a simples criação de uma “secretaria” ou um “órgão” no âmbito formal, implicam no estabelecimento de um processo deliberativo em que os envolvidos no caso (Estado e vítimas) tenham a mesma possibilidade de debater e dialogar e ambos no mesmo patamar de igualdade, sem hierarquias.

---

<sup>70</sup> BASCH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bárbara. Op. Cit. p.14

<sup>71</sup> DULITZKY, Ariel. 50 Años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una Propuesta de Reflexión sobre Cambios Estratégicos Necesarios. *Revista IIDH*. n. 46, dez./dez. 2007, p. 40

<sup>72</sup> ABRAMOVICH, Víctor. Op. Cit.p.205.

Um *diálogo* que tendo por base o Princípio *Pró-homine* e o “gerenciamento da diferença e não sua eliminação”<sup>73</sup>, deve ter a “*sensibilidade jurídica*” para romper com os obstáculos do direito ocidentalizado e propiciar a construção de conceitos, “(...) métodos e formas de conceber as situações de tomadas de decisão de modo a que as leis estabelecidas possam ser aplicadas para solucioná-las”<sup>74</sup>.

Nesse *diálogo* nos mecanismos internos de implementação, as vontades e discursos seriam ponderados de modo justificado para que possibilitasse o cumprimento completo - e em tempo hábil - de tais demandas, pois como foi possível perceber, os casos que envolvem violação de direito à propriedade comunal, envolvem problemas estruturais, os quais ultrapassam o tempo cronológico do processo no SIDH, por ter suas raízes em um tempo histórico de colonização social.

## 5 Considerações finais

O objetivo a que este trabalho se propôs foi o de analisar a execução no processo coletivo internacional, especificamente, perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), através de um estudo de casos que envolvam tutelas coletivas, a saber, casos que versem sobre propriedade comunal sentenciados no período de 2001 a 2008.

Com esta meta-trabalho, após metodologicamente dimensionar este estudo a partir de tópicos elucidativos sobre (1) uma suma teórico-procedimental sobre o instituto das tutelas coletivas no processo internacional, em especial sobre o entendimento da CorteIDH acerca do termo “propriedade comunal”; (2) uma análise pragmática acerca do funcionamento da fase de execução no processo perante o SIDH, ou seja, da fase de supervisão de cumprimento de sentença no SIDH, na verificação da situação de cumprimento das medidas de reparação recomendadas; e (3) comentários

---

<sup>73</sup> GEERTZ, Clifford. “O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa” In **O saber local: novos ensaios de Antropologia interpretativa**. Rio de Janeiro, Vozes, 1998, pp. 325.

<sup>74</sup> GEERTZ, Clifford. Op. Cit, p. 325.

a respeito dos reflexos dessa verificação em um panorama geral de (des)cumprimento de sentença a concluir (4) que a judicialização internacional no SIDH não deve ser encarada como a única e a melhor via de efetivação dos direitos dos povos tradicionais, por ser subsidiária devendo ser uma alternativa importante que necessita de mudanças, especialmente, no plano interno, pois o desenvolvimento da fase de execução no processo internacional perante à CorteIDH precisa de mudanças que propiciem tais concretizações.

O âmago desta pesquisa científica se encontra(ou), portanto, no olhar de importância que se deve dar à tentativa, cada vez maior, de efetivar a tutela coletiva e, sendo assim, entender que somente a partir mudança do SIDH através de mecanismos internos que propiciem a participação mais direta e com poder decisório para as vítimas, é que tal efetivação se torna viável.

Em suma, a conclusão deste trabalho não tem por finalidade esgotar o debate e nem todas as questões pertinentes quanto a análise da execução de demandas coletivas perante a CorteIDH, em especial, quanto aos casos de violação do direito à propriedade comunal. Dada a abrangência, novidade e escassez doutrinária a respeito da mesma, tal esgotamento extrapolaria os limites inerentes a um artigo científico. Porém, naquilo que se entendeu essencial, procurou-se conferir a completude e objetividade necessárias ao desfecho sustentável deste ensaio.

## 6 Referências

ABRAMOVICH, Victor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, nº 2, 2005.

\_\_\_\_\_. Das violações em massa aos padrões estruturais: Novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **SUR Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, n. 11, 2009. p. 7-39. <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/11/01.pdf>.

AIDA. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a Estratégia para o Litígio de Casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. 2010.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Direitos territoriais e étnicos: As estratégias dos agrogócios na Amazônia. In ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens (org.). **Desenvolvimento e conflitos ambientais**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

\_\_\_\_\_. Terras tradicionalmente ocupadas. In SOUZA LIMA, Antonio Carlos (Coord). **Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília/Rio de Janeiro, Contra Capa/ LACED/ABA, 2012.

\_\_\_\_\_. **Terras de quilombo, terras indígenas, babaçuais livres, castanhais do povo, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. Manaus: PPGSA-UFAM, 2006.

BASCH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bárbara. A eficácia do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas decisões. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**. N°12. Disponível em:< [http://www.surjournal.org/conteudos/getAr\\_tigo12.php?artigo=12%2Cartigo\\_02.htm](http://www.surjournal.org/conteudos/getAr_tigo12.php?artigo=12%2Cartigo_02.htm)>. Acesso em: 20.dez.2014.

BRASIL, Presidência da República. **Decreto nº678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Do678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Do678.htm)>. Acesso em: 10.dez.2014.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do sistema interamericano. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**. N°05, ano 3, 2006.

CORTE IDH. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua**. Sentença de 31 de agosto de 2001.

\_\_\_\_\_. **Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai**. Sentença 17 de Junho de 2005.

\_\_\_\_\_. **Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname**. Sentença de 15 de junho de 2005.

\_\_\_\_\_. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname**. Sentença de 28 de novembro de 2007.

\_\_\_\_\_. **Caso Salvador Chiriboga vs. Equador**. Sentença de 06 de maio de 2008.



- \_\_\_\_\_. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador**. Sentença 21 de novembro de 2007.
- \_\_\_\_\_. **Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá**. Sentença de 28 de novembro de 2003.
- \_\_\_\_\_. LXXXV Período Ordinário de Sessões. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Washington DC, 2009. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov\\_2009\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf)>. Acesso em: 10.dez.2014.
- \_\_\_\_\_. **Relatório Anual de 2012**. Washington DC, 2013. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa\\_2012.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf)>. Acesso em: 10.dez.2014.
- \_\_\_\_\_. Resolução AG/RES. 448 (IX-O/79). **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Bolívia, 1979. Artigo 30. Disponível em: < <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em: 10.dez.2014.
- \_\_\_\_\_. **Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 3 de abril de 2009**: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/mayagna\\_03\\_04\\_09.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/mayagna_03_04_09.pdf) >. Acesso em 11.dez.2014.
- \_\_\_\_\_. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2007**: Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinamee. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/moiwana\\_21\\_11\\_07.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/moiwana_21_11_07.pdf)>. Acesso em 11.dez.2014.
- \_\_\_\_\_. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2010**: Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinamee. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/moiwana\\_22\\_11\\_10\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/moiwana_22_11_10_ing.pdf)>. Acesso em 11.dez.2014.
- \_\_\_\_\_. **Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 14 de diciembre de 2007**: Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/yakyeaxa\\_%2014\\_12\\_07.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/yakyeaxa_%2014_12_07.pdf)>. Acesso em 11.dez.2014.

\_\_\_\_\_. **Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008:** Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/yakyeaxa.pdf> >. Acesso em 11.dez.2014.

\_\_\_\_\_. **Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008:** Caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/sawhoyamaya\\_08\\_02\\_08.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/sawhoyamaya_08_02_08.pdf) >. Acesso em 11.dez.2014.

\_\_\_\_\_. **Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2013:** Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka\\_23\\_11\\_11.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka_23_11_11.pdf)>. Acesso em 11.dez.2014.

\_\_\_\_\_. **Resolución de la Corte Interamericana De Derechos Humanos de 4 de septiembre de 2013:** Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka\\_04\\_09\\_13.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka_04_09_13.pdf)>. Acesso em 11.dez.2014..

DULITZKY, Ariel. 50 Años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una Propuesta de Reflexión sobre Cambios Estratégicos Necesarios. **Revista IIDH.** n. 46, dez./dez. 2007, p. 40

ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin; IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. La jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en matéria de pueblos indígenas y tribales”. In BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑINGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables.** Manual. DHES, Red de Derechos Humanos y Educación Superior. 2014, p.317

GEERTZ, Clifford. “O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa” In **O saber local: novos ensaios de Antropologia interpretativa.** Rio de Janeiro, Vozes, 1998.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales.** N. 1, 2014.

- LITTLE, Paul E. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Série Antropologia. Brasília. 2002, p.03. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/PaulLittle.pdf>>. Acesso em: 02/07/2014.
- MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier. La deconstrucción del concepto de propiedad. Una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas. Utopía y praxis latinoamericana. **Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social**. Año 14, nº 45. Venezuela. 2009.
- MAUÉS, Antonio Moreira. O direito à vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. **Revista do Ministério Público do Estado do Pará**. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Ano 2, Volume 2. Belém: AVISI – Agência de Comunicação Ltda, 2007.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Revista Direito GV**, nº 17, jan./jun. 2013.
- MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, nº04, ano 03. 2006.
- PARRA VERA, Oscar. Derechos humanos y pobreza en el sistema interamericano. **Revista IIDH**, nº 56, dez./dic. 2012.
- \_\_\_\_\_; VILLANUEVA HERMIDA, María Aránzazu; MARTIN, Agustín Enrique. Introducción: los derechos sociales y el enfoque de derechos humanos en las estrategias de desarrollo y erradicación de la pobreza. In INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano**. San José, IIDH, 2008.
- PINTO, Mónica. Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del sistema interamericano. Avances y desafíos actuales. **Revista IIDH**, nº 56, dez./dic. 2012.
- TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema Interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 1ª Edição. Editora Appris. Curitiba. 2014.

## Construção dos costumes internacionais a partir da ética das virtudes

*Laércio Dias Franco Neto*<sup>1</sup>

### Introdução

Hodiernamente, atribuir a validade do Direito Internacional ao voluntarismo estatal é objeto de estudos que visam retirar essa faculdade dos Estados. Ainda que seja inegável a relativização dessa premissa, não se pode deixar de reconhecer que essa lógica ainda impera em muitas áreas do Direito Internacional, o que não é por si um problema. Afinal, não se pode negar a relação diferenciada dos Estados com os próprios modos de produção das fontes do Direito.

Nesse sentido, reconhecer as fontes do Direito Internacional Público integram o desafio da própria normatividade de ramo do Direito. A partir dessa premissa, destaca-se a existência das normas costumeiras internacionais, ao lado da norma de *jus cogens*, como fontes do Direito que não demandam para sua validade um ato de vontade do Estado.

Para tentar identificar a construção dessas normas consuetudinárias, optou-se por uma abordagem filosófica e teórica que dialogasse com a teoria das virtudes de Alasdair MacIntyre, numa perspectiva que envolvesse o conceito das práticas sociais e de tradição para o filósofo inglês.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (2014). Professor e Advogado.

Por fim, a interação entre Direito Internacional e filosofia permite a compreensão desse ramo tão questionado do Direito sob um viés de construção argumentativa e teórico, distante do contexto essencialmente voluntarista dos Estados.

## **2 Fontes do direito internacional**

O Direito Internacional é considerado um ramo da Ciência Jurídica. No entanto, observa-se uma série de especificidades em relação às outras matérias do Direito Interno. Portanto, parece razoável estabelecer um paralelo entre esses ramos do Direito.

Uma maneira de caracterizar um sistema jurídico interno de virtualmente qualquer Estado soberano ocorre por meio da identificação de uma instituição ou um órgão competente para criar normas; Tribunais com instâncias hierárquicas capazes de resolver definitivamente quaisquer problemas oriundos das normas; e um poder central capaz de implementar, por meio da força, se necessário, as decisões legalmente constituídas.

Conforme Herbert Hart<sup>2</sup> preceitua, as normas que compõem um sistema jurídico podem ser primárias ou secundárias, sob uma perspectiva de vinculação do Direito a regras obrigatórias.

As normas primárias são as que regulam propriamente a conduta, exigindo uma comissão ou omissão por partes dos agentes, enquanto as normas secundárias estariam sempre relacionadas a uma norma primária, estabelecendo de que modo elas podem ser determinadas de forma excludente, assim como a configuração de sua violação e das suas consequências.

Contudo, quando se observa o Direito Internacional, não se identifica concretamente nenhum desses elementos básicos que integram o Direito Interno. Não existe um órgão legislativo internacional, tampouco um Poder Judiciário com jurisdição compulsória e capaz de aplicar sanções em caso do descumprimento das suas decisões.

---

<sup>2</sup> HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Em relação às normas, o sistema jurídico internacional só seria composto de normas primárias, inexistindo normas secundárias. Hart acrescenta que também falta “[...] uma norma de reconhecimento unificadora que especifique as ‘fontes’ do direito e forneça critérios gerais para a identificação de suas normas”.<sup>3</sup>

Em consequência das antinomias apresentadas entre Direito Interno e Direito Internacional, um questionamento de Malcolm Shaw se apresenta como preciso para essa discussão:

Assim, se não há instituição identificável para estabelecer regras ou mesmo para esclarecê-las, ou ainda para garantir que aqueles que as descumprem sejam punidos, como é possível chamar o direito internacional de direito? <sup>4</sup>  
(tradução nossa)

A expressão Direito Internacional foi pela primeira vez utilizada em 1780, tendo sido cunhada por Jeremy Bentham, que acabou por substituir a nomenclatura vigente à época, “Direito das Gentes”. Não é o objetivo do presente trabalho discutir qual o melhor termo existente, mas é inegável que Direito Internacional está consagrado.

Justamente por conta da nomenclatura, a comparação entre Direito Internacional e Direito Interno se torna inevitável. Bentham defendeu a expressão Direito Internacional por considerar que ela é suficientemente análoga ao Direito Interno<sup>5</sup>.

Hart se pronuncia acerca do tema:

Em primeiro lugar, a analogia é de conteúdo, e não de forma; em segundo lugar, nessa analogia de conteúdo, nenhum outro tipo de norma social é tão semelhante ao direito interno quanto as normas do direito internacional. <sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Ibidem, p. 277.

<sup>4</sup> “Thus, if there is no identifiable institution, either to establish rules, or to clarify them of see that those who break them are punished, how can what is called international law be law?” (SHAW, Op. Cit., p.3).

<sup>5</sup> BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

<sup>6</sup> HART, Op. Cit., p. 306.

Um dos principais conflitos entre Direito Interno e Direito Internacional existe em razão da ausência de um poder central internacional capaz de emitir sanções organizadas, o que implicaria na ausência de poder vinculante do Direito Internacional e até mesmo na base do fundamento da indagação se seria esse ramo verdadeiramente Direito.

Lafayette Rodrigues, jurista brasileiro do início do século XX, questionava-se sobre o tema:

Há quem pense que o direito internacional não seja senão um código de regras e máximas morais, a que as nações, na ausência de jurisdição superior incumbida de aplicá-lo e fazê-lo observar, só prestarão obediência quando seus interesses o permitirem ou o exigirem, ou quando lhes faltar poder para impunemente violá-lo. Não haverá nisso uma parcela, uma partícula de verdade? <sup>7</sup>

No entanto, o reconhecimento dessa premissa significaria que o Direito seria essencialmente uma questão de ordens balizadas por ameaças. Hart defende o abandono dessa ideia, constatando que “não parece haver uma boa razão para limitar a ideia normativa de obrigação às normas apoiadas por sanções organizadas”.<sup>8</sup>

É importante que se reconheça a total diferença de possibilidade de aplicação de uma sanção a uma pessoa e por outro lado, a um Estado. A natureza de ambos é totalmente diferente, podendo-se inferir que a base comparativa que se insiste em fazer seja desproporcional. Logo, não se pode concluir que o Direito Internacional não seja vinculante em razão da ausência de mecanismos coercitivos em sua organização.

Uma vez mais, recorre-se à Malcolm Shaw:

Já que não se pode descobrir a natureza do Direito Internacional com base em uma definição de direito fundado em sanções, a característica da ordem internacional legal deve ser examinada em busca de se revelar se de fato um Estado se considera compelido a obedecer as regras do Direito Internacional, e se sim, o motivo. Se, de fato, a resposta para a primeira questão for negativa, de que

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Princípios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: J R dos Santos, 1902.

<sup>8</sup> HART, Op. Cit., p. 281.

os Estados não precisam agir de acordo com ditas regras, então não existe um sistema de Direito Internacional que mereça o nome.<sup>9</sup> (tradução nossa)

Não resta qualquer dúvida que Direito Internacional e Direito Interno, apesar da semelhança nas expressões, se referem de fato a fenômenos, ambos jurídicos, só que distintos.

No Direito Interno da maior parte dos Estados, a estrutura legal é hierárquica e vertical. Por outro lado, o sistema internacional é horizontal, formado por 193 Estados soberanamente reconhecidos<sup>10</sup>, dispendo de igualdade entre eles e sem qualquer ingerência direta de um sobre o outro, ao menos no aspecto teórico.

No Direito Interno, a pessoa está sujeita apenas a obedecer ou não a lei. No Direito Internacional, os Estados não apenas optam por obedecer ou não a lei, como também eles são diretamente responsáveis pela elaboração das normas internacionais por meios convencionais, na maioria dos casos.

Apesar da impressão inicial de que tal sistema atribuiria verdadeira discricionariedade aos Estados para a livre escolha de quando obedecer ou ignorar determinada legislação internacional, a maior parte das regras estabelecidas pelo Direito Internacional são adimplidas.<sup>11</sup>

Portanto, qual seria o motivo e o fundamento para o respeito às regras do Direito Internacional?

A ausência de um sistema central de sanções não invalida a existência de outros meios de persuasão na ordem internacional, tais como a reciprocidade mediante os Estados pares, assim como vantagens advindas pelo respeito das regras do Direito Internacional, até como pelo cumprimento em razão da norma internacional representar um costume daquela sociedade.

---

<sup>9</sup> "Since one cannot discover the nature of international law by reference to a definition of law predicated upon sanctions, the character of the international legal order has to be examined in order to seek to discover whether in fact states feel obliged to obey the rules of international law and, if so, why. If, indeed, the answer to the first question is negative, that states do not feel the necessity to act in accordance with such rules, then there does not exist any system of international law worthy of the name" (SHAW, Op Cit., p.5).

<sup>10</sup> Números de Estados membros da Organização das Nações Unidas.

<sup>11</sup> MORGENTHAU, Hans J. **Política entre as Nações**: a luta pelo poder e pela paz. São Paulo: IMESP, 2003, p. 290.



Parte da doutrina clássica<sup>12</sup> reputa ao consenso, ao voluntarismo estatal a base legal de exigibilidade do Direito Internacional. O Estado não seria obrigado a se comprometer internacionalmente por uma questão de soberania, mas a partir do momento em que o faz, ficaria vinculado a respeitar o compromisso. Há quem defenda, como Adam Chilton, que o Estado só se compromete com aquilo que ele já iria cumprir.

Apesar desse viés voluntarista ainda ser fundamente na compreensão do Direito Internacional, ao analisar as fontes formais primárias dessas normas, percebe-se a existência de outras explicações.

Ao mesmo tempo, é interessante o questionamento do que aconteceria se um Estado resolvesse abandonar todos seus compromissos internacionais, desobedecê-los simplesmente pelo argumento da falta de exigência do Direito Internacional.

Em uma análise empírica, é de se esperar que dito Estado torne-se um pária na sociedade internacional, não conseguindo constituir relações diplomáticas e comerciais com praticamente nenhum outro Estado, ruando a um conseqüente isolamento, dificultando a sua própria coexistência com os seus pares<sup>13</sup>. A possibilidade de uma conseqüência como descrita acima demonstra uma necessidade indispensável de alguma relação entre os Estados e, por conseqüente, de respeito às regras existentes do Direito Internacional.

Uma crítica que se pode fazer ao desenvolvimento desse pensamento é a base política no mecanismo coercitivo ao Estado, e não estritamente jurídica. Contudo, a relação entre Política e Direito Internacional é muito diferente no âmbito do Direito Interno. Só é possível a compreensão do Direito Internacional se considerado os fatores políticos conjugados com os jurídicos.

Shaw preceitua que:

---

<sup>12</sup> Autores como Malcolm Shaw e J.S Watson.

<sup>13</sup> O exemplo concreto que mais se aproxima da situação descrita acima é o do Estado africano da Somália, considerado como um Estado falido pelas últimas duas décadas, sem conseguir estabelecer relações com a comunidade internacional.

Está claro que nunca haverá uma completa separação entre o direito (internacional) e a política. Não importa a teoria do direito ou da filosofia política que seja professada, os laços inextricáveis entre direito (internacional) e política devem ser reconhecidos<sup>14</sup>. (tradução nossa).

Adam Chilton, da Universidade de Chicago, questiona em que medida o Direito Internacional representou na prática algum tipo de mudança no comportamento estatal e como seria possível demonstrar isso de forma empírica. Primeiramente, Chilton relata que com base nos dados existentes, Beth Simmons defende o impacto positivo que os tratados internacionais de Direitos Humanos tiveram, enquanto Eric Posner conclui que o Direito Internacional dos Direitos Humanos falhou em alcançar seu objetivo<sup>15</sup>.

Para Chilton, simplesmente não é possível mensurar ou mesmo conhecer o efeito que o Direito Internacional dos Direitos Humanos possui pelos seguintes motivos: pouca variação no número de Estados que ratificaram os principais tratados internacionais, pequena amostragem para análise, repetição de normas internacionais nas legislações internas (inclusive constitucional) e ausência de dados confiáveis por parte dos Estados.

Nesse sentido, sob uma perspectiva internacionalista, o regime internacional de Direitos Humanos teria tido a adesão expressiva que ele possui em razão da falta de *accountability* internacional, da falta de verificação do cumprimento por parte dos Estados.

Essa explicação é insuficiente e imprecisa ao se considerar que na maior parte dos Estados, a ratificação dos tratados internacionais acarreta em obrigações jurídicas internas que terão seus efeitos mensuráveis de forma concreta. Portanto, não se pode adotar a visão de Eric Posner como verdadeira, mas tampouco se pode desconsidera-la por completo.

---

<sup>14</sup> "It is clear that there can never be complete separation between law and policy. No matter what theory of law or political philosophy is professed, the inextricable bonds linking law and politics must be recognized" (SHAW, Op. Cit., p.11).

<sup>15</sup> As informações relatadas são advindas de palestra ministrada pelo professor Adam Chilton, da Universidade de Chicago, intitulada "Por que sabemos tão poucos sobre a efetividade do Direito Internacional e como experimentos podem mudar essa realidade", disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=1TdNjeo7s9E>.

Esse tipo de problemática não é exclusiva das instituições de Direitos Humanos, mas sim representa dilema do próprio Direito Internacional. As ausências de meios coercitivos para garantir a implementação das suas decisões acabam por enfraquecer a normatividade (e não a obrigatoriedade) das suas disposições. Portanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos teria como fundamento de cumprimento de suas normas a mera existência delas, em uma espécie de obrigação moral dos Estados em segui-las.

No entanto, parece ser inapropriado relegar a discussão da efetividade para o segundo plano, com base na crença que a obrigação moral ou mesmo contratual seria suficiente para encerrar o assunto, mediante a automática atribuição de responsabilidade internacional aos Estados violadores. Os Direitos Humanos precisam ser uma realidade prática e efetiva, não somente teórico e normativa. Estudar os meios para alcançar a efetividade é dar concretude ao Direito.

De acordo com o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, as fontes primárias do Direito Internacional são os tratados ou convenções internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de Direito, além do reconhecimento posterior pela doutrina internacionalista dos atos unilaterais dos Estados e as decisões obrigatórias de Organizações Internacionais.

Para efeitos do presente trabalho, desenvolver-se-á a construção do costume internacional como norma de Direito Internacional que vinculam os Estados, sob uma perspectiva não voluntarista, a partir do conceito trabalhado por MacIntyre de prática e da ética das virtudes.

## **2.1 Costume Internacional**

O costume internacional deve espelhar o reconhecimento generalizado, pelos Estados, de determinadas práticas como sendo obrigatórias, gerando consequências jurídicas para seu infrator. Os meros hábitos ou usos internacionais não refletem obrigações jurídicas, tendo como base somente a cortesia ou outros valores morais internacionais. Apenas os atos

realizados intencionalmente (ou conscientemente) pelo Estado no sentido da formação do costume podem tornar o costume vinculante ao Estado que o demonstrou.

A doutrina aponta que, para que uma prática comissiva ou omissiva possa constituir um costume, é necessária a verificação de dois elementos: elemento material, o costume deve traduzir uma prática reiterada de comportamentos, havendo a repetição de um certo modo de agir ante determinado quadro de fato; e o elemento psicológico ou subjetivo (*opinio juris*), que é a convicção, por parte dos Estados, de que a prática em questão é obrigatória devido à existência de uma norma jurídica que a requer. Se a aplicação do costume puder ser atribuída a qualquer motivo que não seja essa convicção, não há *opinio juris*, e, conseqüentemente, não haverá costume.

Portanto, a existência de normas costumeiras advém da prática e do comportamento dos Estados. Como reconhecer que determinada prática estatal é suficientemente consolidada a ponto de se tornar uma fonte do Direito Internacional? O que seria essa prática?

Sob uma perspectiva dogmática, a percepção do comportamento estatal pode ser determinada pela análise de documentos oficiais, registros governamentais ou mesmo por meio dos jornais, o que não implica necessariamente que essa prática seja uma norma. Para a configuração do aludido elemento material, precisa-se que essa prática seja reiterada, ainda que não demande um prazo específico. O transcurso de um curto período de tempo não impede a formação de um costume.

Não é necessário para a prática ser considerada um costume internacional, que ela seja perfeitamente uniforme, mas demanda uma uniformidade substancial. Grandes inconsistências impedem a formação de um costume; pequenas inconsistências, não.

Os costumes internacionais, como normas internacionais gerais, obrigam a todos, mesmo aqueles que não participaram no seu processo de produção – isso inclui também novos Estados que ainda não existiam nesse momento (embora haja exceções quanto a esse último aspecto). Não

se exige a unanimidade para o surgimento de um costume. Basta a vontade da maioria dos Estados cujos interesses sejam particularmente afetados pelo novo costume.

Identificado a existência da prática, deve-se buscar a análise de como o Estado interpreta o seu comportamento. É uma prática existente devido a um dever moral, político ou legal? Será justamente a *opinio juris*, a crença de que a prática é obrigatória, que transforma a situação em costume enquanto norma de Direito Internacional.

Esse entendimento foi reafirmado pela Corte Internacional de Justiça do caso Nicarágua:

Para que uma nova norma costumeira seja formada, não basta que os atos sejam práticas reiteradas, mas precisam estar acompanhados da *opinio juris sive necessitatis*. Qualquer dos Estados ao agir sobre outros Estados, na posição de reagir a isso, devem se comportar de modo que sua conduta evidencie a crença de que esta prática é realizada de forma obrigatório em razão de uma norma de Direito que a obrigue. A necessidade dessa crença, por exemplo, a existência do elemento subjetivo é implicitamente a noção de *opinio juris sive necessitatis*<sup>16</sup>. **(tradução nossa)**

A comprovação quanto à existência de um costume gera controvérsia, podendo ocorrer por meio da ratificação de um tratado por muitos Estados que positivem o costume; atos diplomáticos estatais; manifestações unilaterais; e decisões reiteradas de Organizações Internacionais.

Outra questão relevante atinente ao costume diz respeito à sua prova. Nos termos do art. 38, 1, *b*, do Estatuto da CIJ, a parte que alega um costume geral tem que provar que o mesmo é oponível à parte contrária.

## 2.2 Normas de Jus Cogens

Dentro do contexto do costume internacional, deve-se destacar a existência das normas de *jus cogens*, que apesar de não estarem expressas

---

<sup>16</sup> Caso das Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicaragua v. Estados Unidos), Mérito, Julgamento, CIJ Relatório 1986, p. 14, at p. 97, para. 183.

no artigo 38 da CIJ, são reconhecidas como fonte do Direito Internacional, inclusive com reconhecimento convencional, no art. 53 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969.

Dessa forma, conceitua-se essa fonte como normas imperativas, que consagram princípios básicos de Direito Internacional em relação aos quais nenhuma derrogação por acordo é permitida, ou seja, que não podem ser afastadas pela vontade dos Estados, ao contrário do que ocorre com as normas dispositivas obrigatórias, que podem ser não aplicadas pela vontade dos Estados em particular.

Note-se que essas normas são baseadas em valores fundamentais e superiores da atual sociedade internacional, e necessitam ser aceitas por uma maioria expressiva de Estados, de todas as inclinações políticas e ideológicas.

As regras de *jus cogens* podem ter origem convencional, como no caso da proibição do uso da força contra a independência política e a integridade territorial de um Estado (Carta da ONU, art. 2º, § 4 e 6), ou consuetudinária, como no princípio da autodeterminação dos povos e em várias normas relativas aos princípios fundamentais de Direito Internacional Humanitário.

### **3 Teoria das virtudes de MacIntyre**

De acordo com a teoria das virtudes de Alasdair MacIntyre, em existem três estágios conceituais do processo de desenvolvimento lógico dos conteúdos das virtudes: as práticas, a unidade narrativa da vida humana e o conceito de tradição como condição para o desenvolvimento da racionalidade ética.

De alguma forma, é possível encontrar dentro de uma comunidade padrões entre as diversas conceituações de bem e de virtude. Esses padrões são encontrados em certos elementos que se repetem.

No processo de desenvolvimento lógico dos conteúdos das virtudes, o conceito de prática, mais complexo que o sentido do senso comum é o primeiro estágio citado.

MacIntyre se opõe ao liberalismo individual moderno, que tem como uma das facetas o voluntarismo, de que toda norma depende da vontade. Ele não explica como se constitui a prática social, nem para reconhecê-la, nem para desconstruí-la. Em *Depois da Virtude*, MacIntyre afirma que:

(...) significado que darei a "prática" será o de qualquer forma coerente e complexa de atividade humana cooperativa, socialmente estabelecida, por meio da qual os bens internos a essa forma de atividade são realizados durante a tentativa de alcançar os padrões de excelência apropriados para tal forma de atividade, e parcialmente dela definidores, tendo como consequência a ampliação sistemática dos poderes humanos para alcançar tal excelência, e dos conceitos humanos dos fins e dos bens envolvidos.<sup>17</sup>

MacIntyre estabelece dois tipos de finalidade pelas práticas: os bens internos e os bens externos. Os primeiros têm como característica de que a sua conquista seja boa para toda a comunidade que participa da prática, enquanto o segundo não se vincula ao exercício de alguma virtude, o que permite seu alcance por métodos amorais.

O aludido filósofo exemplifica por meio do xadrez e do futebol. Ao praticá-los, os participantes desenvolvem e aperfeiçoam habilidades morais, intelectuais e de relacionamento. Quando se joga xadrez, desenvolve-se o raciocínio lógico, fundamental para virtude da *phrónesis*; quando se joga futebol, desenvolve-se a capacidade de adequar os desejos à necessidade da equipe, virtude moral imprescindível para vida em comunidade.

Logo, o que configura uma prática é sua orientação pelos seus bens intrínsecos, porém, MacIntyre não afirma que as práticas necessariamente possuem valor moral intrínseco. As práticas não são virtudes em si, nem são qualidades que geram naqueles que as praticam a virtude. As práticas

---

<sup>17</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. São Paulo: EDUSC, 2001<sup>a</sup>, p.315.

a que se refere MacIntyre fazem parte de uma ideia que vincula o exercício de uma ou mais virtudes.

Dessa forma, o conceito de práticas permite a MacIntyre formular o que chama de sua primeira definição de virtude: “A virtude é uma qualidade humana adquirida, cuja posse e exercício costumam nos capacitar a alcançar aqueles bens internos às práticas e cuja ausência nos impede, para todos os efeitos, de alcançar tais bens”.

O conceito de prática não é o bastante para definir plenamente a virtude, já que pode haver conflito entre as práticas, além da possibilidade de existirem más práticas. Portanto, o segundo estágio do processo de desenvolvimento lógico dos conteúdos das virtudes envolve a unidade narrativa da vida humana.

Essa seria uma estrutura teleológica que demanda que o indivíduo esteja consciente do fim ou fins aos quais está direcionando a sua própria vida. Portanto, o fato de as práticas serem compreendidas como atividades vinculadas a bens internos ocorre mediante o reconhecimento de uma unidade narrativa para a vida humana.

Dentro desse contexto, os bens que o indivíduo pretenda obter necessitam estar subordinados a um bem prioritário e comum. Nessa correlação, as práticas e as virtudes devem estar presentes nesse processo de busca, já que dessa forma é conferido maior inteligibilidade de como esses fatores se relacionam entre si.

Finalmente, a conclusão do conceito de virtude macintyriano se dá mediante a inserção da estrutura narrativa da vida humana na história de uma determinada tradição, conforme o terceiro estágio do processo de desenvolvimento lógico dos conteúdos das virtudes.

MacIntyre acredita que as alterações de compreensão que as concepções de virtude passaram desde o conceito inicial obrigam a análise desse processo histórico de transformação. Uma vez com base desse conceito, seria possível propor uma solução moral para os debates contemporâneos.

Nesse mesmo sentido, o esquema tradicional das virtudes desenvolvidas desde o medievo até tempos hodiernos foi paulatinamente



desvinculado da tradição da qual surgiu, o que impôs uma dificuldade alcançar critérios racionais para a moralidade. Contudo, para compreender essa questão, é necessário conhecer o conceito de tradição.

MacIntyre apresenta uma concepção de “tradição viva”:

Uma tradição viva é, então, uma argumentação que se estende na história e é socialmente incorporada, e é uma argumentação, em parte, exatamente sobre os bens que constituem tal tradição. Dentro da tradição, a procura dos bens atravessa gerações. Portanto, a procura individual do próprio bem é, em geral e caracteristicamente, realizada dentro de um contexto definido pelas tradições das quais a vida do indivíduo faz parte, e isso é verdadeiro com relação aos bens internos, às práticas e também aos bens de uma única vida.<sup>18</sup>

Dessa forma, ao rejeitar o universalismo e o emotivismo, MacIntyre escolhe uma moralidade com o senso de história e de particularidade das comunidades, numa tentativa de resgate da ética das virtudes aristotélica.

### **3.1 Construção dos Costumes Internacionais a partir da ética das Virtudes**

Sob uma perspectiva estritamente dogmática, não resta dúvida que os costumes internacionais são normas de Direito Internacional de observância obrigatória, ainda que não haja um ato de vontade expresso do Estado, em razão da sua previsão no artigo 38 do Estatuto da CIJ.

Contudo, especialmente num contexto de fragmentação cultural e diversidade internacional, observar que grande parte dos Estados, com tradições e contextos diferentes, se obrigam e cumprem normas de Direito Internacional, e em especial, Direito Internacional dos Direitos Humanos de forma comum desafia a compreensão do senso usual. Sem tentar defender qualquer argumento universalista, o que possibilita a ocorrência de práticas comuns, que aliados a outras circunstâncias, se transformam em verdadeira norma internacional.

---

<sup>18</sup> Ibidem, p.373-4.

Existem vários motivos concomitantes, mas empiricamente, essas normas estariam em algum ponto de acordo com a tradição (e tradição é Direito) de cada Estado. Direitos são práticas internas a uma tradição. As partes podem chegar a compromissos recíprocos a despeito das tradições diferentes.

Duas tradições morais são capazes de reconhecer uma à outra como tradições que apresentam discordâncias em questões importantes, devem obrigatoriamente compartilhar características comuns. Algum tipo de relação com as práticas, alguma concepção dos bens humanos, alguma característica que surge da própria natureza da tradição será característica de ambas. Isso é possível observar por meio da teoria das virtudes de MacIntyre e em especial, por meio do processo de desenvolvimento lógico dos conteúdos das virtudes.

De fato, essa hipótese pode servir para explicar as relações normativas entre os Estados como um todo, não apenas no que diz respeito à construção dos costumes, podendo argumento similar ser utilizado para explicar a capacidade dos Estados de contratarem tratados com objetos comuns.

No entanto, identificou-se uma similitude entre o conceito de costume internacional com a prática teorizada por MacIntyre. É possível observar, de acordo com a teoria das virtudes, que apesar das dificuldades de comprovação legal da formação do costume, sob um aspecto teórico, torna-se possível explicar a existência dessas práticas entre nações tão diferentes, se considerada a tradição ligada aos Direitos.

Da mesma forma, a retomada de uma teoria teleológica, após o fracasso iluminista de tentar explicar a moral, permite-se a identificação de pontos comuns, mesmo em situações contrastantes.

Nesse sentido, observa-se que o reconhecimento das normas de *jus cogens* enquanto fonte do Direito Internacional, tendo seu conteúdo associado essencialmente aos Direitos Humanos, solidifica a existência de normas inderrogáveis, que surgiram a partir da prática reiterada internacional, que vinculam todos os Estados, independentemente do seu consentimento.

Ainda que permaneça a perspectiva voluntarista do Direito Internacional como predominantemente, infere-se que a aceitação desse tipo de compromisso internacional não advém de uma simples obrigação contratual ou construção doutrinária, mas sim do contexto de práticas comuns que eram divididas pelos Estados, numa leitura histórica a partir da tradição e da própria teleologia.

Identificar a existência de um costume implica também interpretar a conduta dos sujeitos envolvidos no que diz respeito a valoração do seu comportamento ao reconhecer que cada sujeito aceita um mesmo costume (como prática constante, uniforme e vinculativa), o aceita de maneira diferente, com valorações e pesos diferentes, cada qual ao seu modo.

Por ser a aceitação de um princípio não escrito, a interpretação depende da determinação do grau de aceitação da norma no seio da sociedade internacional, o que pode variar no tempo e de Estado para Estado.

O Costume Internacional, que é fonte do Direito Internacional, além das normas de *jus cogens*, são práticas reiteradas vistas como obrigatórias. Apesar das tradições diferentes dos Estados, só é possível a existência dessa fonte do Direito em razão das tradições, que apesar de serem diferentes, possuem pontos comuns.

#### **4 Conclusão**

As fontes do Direito Internacional apresentam uma mudança de paradigma em direção da objetivação do Direito Internacional, sob uma perspectiva de abandono do caráter voluntarista, da simples reciprocidade, no encontro de elementos comuns às práticas dos Estados.

A identificação desses elementos comuns entre os Estados sob uma leitura da teoria das virtudes, fundado numa teoria essencialmente teleológica, a partir dos conceitos de prática, de narrativa e de tradição de MacIntyre conferem aos Estados motivos que não sejam puramente interesses recíprocos na busca de certa identidade entre os seus costumes.

De fato, essas similaridades, apesar de existentes, não são o suficiente para criação de uma ordem pública mundial. O Direito Internacional em si continua com suas bases assentadas no voluntarismo estatal, ainda que já existam indícios dessa mudança de paradigma, como ocorre com a ampla aceitação internacional geral das normas de *jus cogens*.

A construção do costume internacional permanecerá cercada de dúvidas sobre a prova de sua formação, mas apesar do atual contexto de constitucionalização do Direito Internacional, essa fonte, justamente por representar aspectos das práticas das comunidades, continuará relevante.

## 5 Referências

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Cedin, 2005.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

CARDOSO, Flora Rocha. **A teoria das virtudes de Alasdair MacIntyre** [manuscrito] 2010. 142 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2014.

COMISSÃO PARA O DIREITO INTERNACIONAL. **First report on formation and evidence of customary international law**. Genebra, 2013.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice**. Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50th Anniversary of the Court, C. Peck and R. S. Lee (eds.), The Hague[etc.], 1997.

FRANCIONI, Francesco. International Soft Law: a contemporary assessment. In: **Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude**. São Paulo: EDUSC, 2001a.

\_\_\_\_\_. **Justiça de quem? Que racionalidade?** São Paulo: Loyola, 2001b.

MORGENTHAU, Hans J. **Política entre as Nações**: a luta pelo poder e pela paz. São Paulo: IMESP, 2003.

SHAW, Malcolm N. **International Law**. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Princípios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: J R dos Santos, 1902.

POSNER, Eric A. *The twilight of human rights law*. Oxford University Press: New York, 2014.



**Segunda Parte:**

**Direito e atuação estatal**





## **Estado de exceção de Giorgio Agamben: é possível uma democracia da opressão?**

*Anna Laura Maneschy Fadel*<sup>1</sup>

*Thiago Augusto Azevedo Galeão*<sup>2</sup>

### **Introdução**

Este artigo tem como objeto de estudo a exposição das ideias trazidas por Giorgio Agamben, filósofo italiano, acerca do estado de exceção e da sua (possível) conversão a um modelo de ditadura constitucional.

Considera-se que introduzir o pensamento do autor na academia jurídica brasileira é relevante, pois, possibilita que sejam feitas reflexões importantes sobre o nosso contexto político atual, principalmente sobre a possibilidade de um estado de exceção, limitador de garantias e direitos individuais, ser instaurado sob a falsa aparência de uma democracia ou, como o autor nomeia: uma ditadura constitucional.

Para tanto, esclarece-se que, em um primeiro momento, discutir-se-á sobre o poder, ou melhor, sobre as relações de poder estudadas por Michel Foucault, ao longo de sua trajetória intelectual. Traz-se à baila este

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela UFPA. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos pelo Centro Universitário do Pará (2017). Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Pará (2011-2015). Membro do grupo de pesquisa (CNPQ): Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos. Professora do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará, no qual ministra as disciplinas: Introdução ao Estudo do Direito I e II, Direitos Humanos e História do Direito e do Pensamento Jurídico e Filosofia do Direito. Tem experiência na área de Direito, Filosofia e Ciência Política, com ênfase em Teoria do Direito, Teoria Política, Direitos Humanos e Filosofia do Direito.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito (Direito, Estado e Constituição) pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Especialista em Direito Civil - PUC MG. Professor da Universidade Federal de Mato Grosso. Advogado (OAB/MT).

autor pelo fato do mesmo ter sido uma forte influência acadêmica para Agamben, em especial os seus ensinamentos sobre biopolítica.

Nessa seção, far-se-á uma introdução breve sobre os principais pontos trabalhados por Foucault em matéria de poder, destacando-se as noções conceituais acerca do *Poder Soberano*, *Poder Disciplinar*, *Biopolítica das Populações* e *Biopoder*, considerados essenciais para a plena compreensão da análise proposta pelo presente ensaio.

Seguidamente, analisar-se-á o que Agamben estrutura como *homo sacer* e vida nua, conceitos estes apresentados em sua obra: “*Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*”. De início, aborda-se a distinção feita entre os termos gregos *bíos* e *zoé*, fundamentais para a compreensão acerca do que é um ser humano dotado de vida política e/ou vida biológica. Dessa maneira, concatenar-se-ão as referidas definições com o *homo sacer*, a vida sagrada destituída de vida política e a vida nua, como aquela vida que não carrega valor intrínseco algum.

Por fim, expor-se-á o que o autor entende como estado de exceção, correlacionado as ideias exteriorizadas por este em sua obra, cujo título é justamente este, contextualizando com experiências contemporâneas, como a prisão de Guantánamo, a crise dos refugiados e a islamofobia, por exemplo.

## **2 Uma análise sobre o poder em Michel Foucault e Giorgio Agamben**

Na presente seção, analisar-se-á a temática do poder em Michel Foucault e a sua interface com Giorgio Agamben, em busca de fornecer o substrato teórico necessário para a compreensão das discussões propostas no presente ensaio. Iniciar-se-á com a exposição conceitual acerca das três formas de poder destacadas na teoria de Foucault, para posteriormente as correlacionar com Agamben, isto porque se faz crucial sublinhar que a pesquisa do autor italiano parte, em um primeiro momento, dos ensinamentos trazidos por aquele autor francês. Logo, compreender as relações

de poder em Foucault é importante para que se possam introduzir as ideias de Agamben.

Em Foucault, pode-se identificar três formas de poder, as chamadas: *Poder Soberano*, *Poder Disciplinar* e *Biopolítica das Populações*, os dois últimos como pilares de uma nova era, a chamada *era do Biopoder*.

Começar-se-á com o estudo do *Poder Soberano*. Foucault, em sua obra *História da Sexualidade: a vontade de saber* (2014), sustenta que se trata de um poder exercido à luz da lógica do confisco, da extorsão de riquezas, da mão-de-obra e da vida. Eis um poder vertical, exercido do soberano ao seu súdito. O tempo, os corpos e a vida dos indivíduos, considerados súditos, ficam expostos e subordinados ao soberano, quem tem o direito de se apoderar destes. Nas palavras de Foucault (2014, p. 146):

O soberano só exerce, no caso, o seu direito sobre a vida exercendo seu direito de matar ou contendo-o; só o marca seu poder sobre a vida pela morte que tem condições de exigir. O direito que é formulado como 'de vida ou morte' é, de fato, o direito de *causar* a morte ou de *deixar* viver. afinal de contas, era simbolizado pelo gládio. E talvez se devesse relacionar essa figura jurídica a um tipo histórico de sociedade em que o poder se exercia essencialmente como instância de confisco, mecanismo de subtração, direito de se apropriar de uma parte das riquezas: extorsão de produtos, de bens, de serviços, de trabalho e de sangue imposta aos súditos. O poder era, antes de tudo, nesse tipo de sociedade, direito de apreensão das coisas, do tempo, dos corpos e, finalmente, da vida; culminava com o privilégio de se apoderar da vida para suprimi-la.

Trata-se de uma forma de poder que está pautada na morte, um poder mortífero. Este, em Foucault, exerce-se através de um instrumento: a lei. O Direito era a ferramenta utilizada para causar a morte, logo para que o poder em tela fosse exercido. O sistema jurídico da lei como de fundamental importância, uma vez que a sua arma primordial era a morte.

Entretanto, a partir do século XVIII, Foucault (2014) sustenta que o Ocidente passou por um processo de transição profunda no que concerne ao exercício de poder. O poder exercido através da lógica do confisco perdeu a sua centralidade para um poder empreendedor, criador e

multiplicador de forças. Trata-se de uma transformação em relação à configuração do poder, no sentido de que há uma transposição do poder marcado pela morte, para uma lógica de poder pautada na vida. A vida assume a centralidade na esfera do poder. Eis um poder gerenciador, normalizador de corpos e da vida em coletivo, de *populações*.

Sobre o citado processo de transição, sustenta Foucault (2014, p. 146):

Ora, a partir da época clássica, o Ocidente conheceu uma transformação muito profunda desses mecanismos de poder. O 'Confisco' tendeu a não ser mais sua forma principal, mas somente uma peça, entre outras com funções de incitação, de reforço, de controle, de vigilância, de majoração e de organização das forças que lhe são submetidas: um poder destinado a produzir forças, a fazê-las crescer e a ordená-las mais do que a barrá-las, dobrá-las ou destruí-las. Com isso, o direito de morte tenderá a se deslocar ou, pelo menos, a se apoiar nas exigências de um poder que gera a vida e a se ordenar em função de seus reclamos. Essa morte, que se fundamentava no direito do soberano se defender ou pedir que o defendessem, vai aparecer como o simples reverso do direito do corpo social de garantir sua própria vida, mantê-la ou desenvolvê-la.

O poder mortífero, soberano, assume uma complementaridade de um poder, um poder positivo sobre a vida. Uma estrutura de poder centralizada na vida, em que a existência dos indivíduos deixa de ser jurídica, como no *poder soberano*, passando a ser biológica. Um novo mecanismo que é composto por duas formas de poder, que não se excluem, mas pelo contrário, complementam-se. Trata-se do *Poder Disciplinar* e da *Biopolítica das Populações*.

O primeiro, *Poder Disciplinar*, desenvolveu-se a partir do século XVIII, sendo exercida sobre os corpos, em um aspecto individual. Trata-se das *disciplinas do corpo*, em que o corpo assume o significado de uma máquina, que precisa ser adestrada, docilizada, ter sua força de trabalho extorquida ao máximo; a partir de uma estrutura de controle permanente (FOUCAULT, 2014).

Trata-se de uma sociedade marcada por um controle social, a sociedade da *ortopedia social*. Era necessário controlar, de forma permanente, os corpos, para que estes fossem moldados, docilizados e extorquidos nos mais variados espaços. Seja em fábricas, escolas, hospitais psiquiátricos; o fundamental é o exercício do controle, à luz da lógica do *Panopticon*. Sobre este, destaca-se as palavras de Foucault (2013, p. 88):

O *Panopticon* era um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que davam tanto para o interior quanto para o exterior. Em cada uma dessas pequenas celas havia, segundo o objetivo da instituição, uma criança aprendendo a escrever, um operário trabalhando, um prisioneiro se corrigindo, um louco atualizando sua loucura etc. Na torre central havia um vigilante. Como cada cela dava ao mesmo tempo para o interior e para o exterior, o olhar do vigilante podia atravessar toda a cela; não havia nela nenhum ponto de sombra e, por conseguinte, tudo o que fazia o indivíduo estava exposto ao olhar de um vigilante que observava através de venezianas, de postigos semicerrados de modo a poder ver tudo sem que ninguém ao contrário pudesse vê-lo.

Uma vigilância que é exercida por indivíduos que sobre os vigiados possuem um poder (médico, professor, psiquiatra, diretor da prisão, por exemplo). Uma lógica de vigilância, mas também de construção, sobre o vigiado, de um saber, fundamentado em parâmetros de normalidade.

Em paralelo, na segunda metade do século XVIII, formou-se a segunda forma de poder incidente sobre a vida, chamada de *Biopolítica das Populações*. Nesta, o indivíduo perde o seu papel central, que passa a ser ocupado pelo “corpo-espécie”, a *população*, a sua espécie.

A *população* é atravessada por intervenções e controles regulares, exercidos com base nos chamados “processos biológicos”, como reprodução, nascimento, mortalidade, longevidade, nível de saúde, expectativa de vida e as suas variantes. Trata-se de uma “mecânica do ser vivo”. A *biopolítica* é considerada a responsável pela inserção da vida e de seus mecanismos no domínio dos cálculos, fazendo do poder-saber um instrumento de transformação da vida humana.

Trata-se da forma de poder propiciadora da amplitude e consistência da chamada *arte de governar*, exercida sobre a *população*. Esta aparece como meta final do governo, no sentido de a população alcance um incremento nos seus níveis de riqueza, longevidade e saúde, por exemplo. Para tanto, campanhas e táticas seriam necessárias, sendo desenvolvidas à luz dessa forma de poder, a *biopolítica* (FOUCAULT, 2008).

O *Poder disciplinar* e a *Biopolítica das Populações* formam uma nova era, a era do *Biopoder*. Para Foucault (2014), o capitalismo estaria diretamente associado ao *Biopoder*, trata-se de uma relação de dependência do primeiro para com o segundo, uma vez que para o desenvolvimento daquele os efeitos do *biopoder* foram necessários, como corpos controlados na estrutura de produção, assim como a adaptação dos fenômenos populacionais à concepção econômica.

Uma era em que os processos da vida são objetos de uma tentativa de controle e modificação por parte de um poder-saber. Eis a primeira vez que o biológico se reflete no político, a vida nos procedimentos de poder-saber.

Considerando a teoria de Foucault, Giorgio Agamben sustenta uma concepção singular de *biopolítica*. Para este, a biopolítica não se restringe ao período moderno, como para Foucault, marcando a sociedade ocidental, o pensamento político do ocidente. Nas palavras de Agamben (2010, p. 14):

A presente pesquisa concerne precisamente este oculto ponto de interseção entre o modelo jurídico-institucional e a o modelo biopolítico do poder. O que ela teve de registrar entre os seus prováveis resultados é precisamente que as duas análises não podem ser separadas e que a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano. Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano.

Em Agamben, a *biopolítica* é tão antiga quanto à exceção soberana, não sendo uma forma de poder exclusiva da modernidade. Ao Estado moderno colocar a vida biológica na centralidade dos seus cálculos, este não estaria mais que reconduzindo o poder à vida nua.

Neste sentido, o poder soberano estaria intrincado com a concepção de *biopolítica*, podendo-se comparar o “corpo-espécie”, objeto da biopolítica, ao *homo sacer*, correlato ao poder soberano (AGAMBEN, 2010).

Sustentando a articulação do poder soberano com a biopolítica, historicamente imemorial, Agamben comenta que no nosso contemporâneo o estado de exceção se tornou regra, o que desencadeia o fato da política, também contemporânea, comportar campos de extermínio, de refugiados, totalitarismo, favelas, prisões secretas. Não se trata de pessoas detentoras de *bíos*, e sim de matáveis, indivíduos *homo sacers*. Temática que passa a ser desenvolvida na próxima seção.

### 3 O *homo sacer* e a vida nua

Um dos fundamentos da teoria de Agamben (2005) é a figura do “*homo sacer*”, para compreender esse conceito faz-se necessário distinguir linguisticamente: *bíos* de *zoé*, conceitos do grego antigo, citados pelo autor italiano na Introdução da obra: “*Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*”. *Bíos* é a vida política, a vida social legítima na pólis, a vida em sociedade. Em outro sentido, *zoé* é identificado como vida animal, a vida nua. Na Grécia Antiga, crianças, senis e mulheres eram identificados, exclusivamente, como *zoé*, pois os mesmos não tinham qualquer tipo de participação política, enquanto que os cidadãos eram, concomitantemente, *bíos* e *zoé*. Entretanto, a razão (a mente) era capaz de controlar o corpo, o instinto animal (2010, p. 3).

Outrossim, Agamben (2010) realiza uma importante diferenciação entre “voz” e “linguagem”. Os animais pertencentes a *zoé* possuem tão-somente “voz”, ou seja, apenas são capazes de exprimir prazer e dor, porém os seres políticos são os detentores da “linguagem” e, por conta disso, são capazes de distinguir aquilo que é justo e o que injusto. Sobre isso, pontua que:

Não é um acaso, então, que um trecho da Política situe o lugar próprio da polis na passagem da voz à linguagem. O nexa entre vida nua e política é o mesmo

que a definição metafísica do homem como ‘vivente que possui a linguagem’ busca na articulação entre *phoné* e *logos*: ‘Só o homem entre os viventes possui a linguagem. A voz, de fato, é sinal da dor e do prazer e, por isto, ela pertence também aos outros viventes (a natureza deles, de fato, chegou até a sensação da dor e do prazer e a representá-los entre si), mas a linguagem serve para manifestar o conveniente e o inconveniente, assim como também o justo e o injusto; isto é próprio do homem com relação aos outros viventes, somente ele tem o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto e das outras coisas do mesmo gênero, e a comunidade destas coisas faz a habitação e a cidade’ (1253a, 10-18). [...] O vivente possui o *logos* tornando e conservando nele a própria voz, assim como ele habita a polis deixando excluir dela a própria vida nua. (AGAMBEN, 2010, p.15-16).

A expressão “*homo sacer*” (homem sagrado) era utilizada na Roma Antiga para designar aquele que havia sido exilado da sociedade e que poderia ser morto por qualquer um, sem que isso fosse considerado reprovável. Implica, dessa maneira, na perda da qualidade política (*bíos*), reduzindo-o à *zoé*. Assim, *homo sacer* é aquele que foi forçado à vida nua (vida abandonada), de acordo com Castro (2016): “é aquele que o povo julgou por um delito e não é ilícito sacrificá-lo, porém, se alguém o mata, não será considerado sacrifício” (2016, p. 64). Isto porque não se pode matar alguém que já era considerado morto. Nas palavras de Milovic (2009), “*homo sacer* é aquele que está exposto à morte” (2009, p. 108).

Como exemplo, pode ser citada: a Lei de cidadania Reich, que retirou a cidadania dos judeus alemães, em 1935, na Alemanha nazista. Os “não-arianos” foram reduzidos à “*zoé*”, à vida nua e, por consequência, foram “animalizados”, o que significa que não possuíam os mesmos direitos políticos que os demais. Isto significa, à luz da teoria de Agamben (2004), que os homens não têm o “direito de ter direitos”, mas sim que são “autorizados” a tê-los, pelo Soberano.

Há, no entanto, um aparente paradoxo instaurado, pois a expressão “sagrado” induz ao pensamento de que aquela vida é protegida e intocável, porém, no sentido atribuído por Agamben (2010) implica em dizer o oposto: o sagrado é aquele que pode ser morto sem que haja qualquer tipo de punibilidade. Dessa forma, o autor considera que:



Enquanto encarna na sua pessoa os elementos que são normalmente distintos da morte, o *homo sacer* é, por assim dizer, uma estátua viva, o duplo ou o colosso de si mesmo. Tanto no corpo do devoto sobrevivente como de modo ainda mais incondicionado, no corpo do *homo sacer*, o mundo antigo se encontra pela primeira vez diante de uma vida que, excepcionando-se em uma dupla exclusão do contexto real das formas de vida, sejam profanas ou religiosas, é definido apenas pelo seu ser em íntima simbiose com a morte, sem, porém, pertencer ainda ao mundo dos defuntos. E é na figura desta ‘vida sacra’ que algo como uma vida nua faz a sua aparição no mundo ocidental. Decisivo é, porém, que esta vida sacra tenha desde o início um caráter eminentemente político e exiba uma ligação essencial com o terreno sobre o qual se funda o poder soberano. (2010, p. 106).

Um exemplo ilustrativo disso é o trazido pelo Prof. Dr. Selvino Assmann (2014) de que nos campos de concentração, quem estava lá dentro sabia que estava destinado à morte, logo se um prisioneiro matasse a outro, não cometeria crime algum. Trazendo isto para uma realidade mais próxima, se alguém mata um morador de rua, por exemplo, não se comete um crime, em função dessa pessoa estar fazendo um bem para a coletividade (2014, informação online).

#### **4 O estado de exceção: ditadura ou democracia?**

A aversão ao outro ou a uma determinada cultura é um fato que macula a História Ocidental. Contudo, discursos segregacionistas, eugênicos e que remarcam os sentimentos de repulsa e intolerância, como os discursos totalitários, não são fatos adstritos a um passado remoto. Segundo Agamben (2004), o estado de exceção passa de ser um mero desvio do Estado de Direito para tornar-se, na verdade, a regra a ser aplicada regularmente nas democracias ocidentais, tornando-as em “ditaduras constitucionais”. Nas palavras do autor: “O estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal” (AGAMBEN, 2004, p. xx).

Nestas condições, o Soberano possui um caráter paradoxal, em função de transitar entre o *nómos* e a *physis*. Isto é, este é capaz de transitar entre aquilo que é eminentemente jurídico, a regra (*nómos* – “dever ser”) e aquilo que é essencialmente político (*physis* – “ser”). Para estabelecer esta compreensão, Agamben (2010) na Parte I de *Homo sacer*, explica quem é o Soberano para Carl Schmitt, identificando-o como aquele que age em nome de todos, em função do *Führer* ser a personificação da identidade do povo, ou seja, seu poder advém de um reconhecimento político da Soberania. No entanto, essa concepção de Soberania não aparenta ser aquela que sustenta as democracias liberais, já que as mesmas estão pautadas em Estados de Direito, o que significa dizer que o próprio soberano se submete às imposições legais estabelecidas nas regras jurídicas. Portanto, o que o autor busca nos esclarecer é que o estado de exceção, entendido como potência (um “devir”), não passa de um ato de seleção daquele que detém o poder político e que é legitimado juridicamente em ditar quais as circunstâncias merecem ser consideradas com exceção.

Nesse sentido, como observa Milovic (2009), o Soberano para Agamben é aquele que tem o poder para decidir sobre a vida e a morte dos indivíduos, contrariando, portanto, a distinção traçada por Carl Schmitt do “amigo e inimigo”, sendo o detentor do poder soberano aquele que decide no estado de exceção.

A obra “Estado de Exceção” foi publicada em 2003, portanto, após de “*Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*”, uma de suas publicações mais reconhecidas. Por esse fato, o autor retoma e utiliza diversos conceitos trabalhados anteriormente, tais quais: vida nua, biopolítica e a ideia do soberano.

Ao início da exposição, o autor italiano cita como exemplo a “Guerra ao Terror”, perpetrada por George W. Bush, após o ataque terrorista do 11 de setembro, e as medidas de suspensão: *USA Patriotic Act* e *Military Order*, que estipulavam instrumentos para obstruir o terrorismo como fortalecimento nas políticas de imigração e certas relativizações ao direito

a um *fair Trial* aos não-cidadãos, ao instituir a prisão indefinida (*indefinitive detention*) e processamentos perante comissões militares dos possíveis envolvidos em práticas terroristas.

Além disso, os capturados no Afeganistão não gozariam das prerrogativas de prisioneiro de guerra, previsto na Convenção de Genebra, não passando mais do que um “objeto de pura dominação de fato”, comparado por Agamben (2004) com os judeus na Alemanha nazista, excetuando, entretanto, que estes últimos mantinham a sua identidade enquanto grupo. Tais artifícios restringem direitos e liberdades individuais sob o argumento de proteção da ordem e de uma potencial segurança pública (AGAMBEN, 2004, p. 14). Outro exemplo trazido à baila por Agamben são os presos de Guantánamo – complexo penitenciário dos Estados Unidos em Cuba -, os quais são vítimas de maus-tratos, tortura e demais métodos degradantes.

Isto se relaciona ao que Todorov (2010) caracteriza como barbárie, “os bárbaros são aqueles que negam a plena humanidade dos outros” (2010, p. 27), enquanto que o civilizado é aquele que sabe “reconhecer plenamente a humanidade dos outros” (2010, p. 32). Portanto, “o medo do bárbaro” pode ser justamente aquilo que faz com que o “civilizado” converta-se em alguém considerado atroz.

Essa discussão continua a ser plenamente atual diante do panorama mundial causado pela crise dos refugiados, principalmente em decorrência do recente conflito na Síria, e a consequente “islamização” do mundo ocidental, em função do aumento das forças migratórias dos países árabes aos países “desenvolvidos”.

O documento presidencial que tentava barrar a entrada de indivíduos que advinham de sete países islâmicos (Síria, Iraque, Irã, Líbia, Sudão e Iêmen) do então presidente dos Estados Unidos, Donald Trump é um nítido exemplo de uma imposição de políticas de “exceção” que visam resguardar uma determinada estabilidade política suspendendo uma ordem jurídica. Agamben (2004) pontua que: “[...] conforme uma tendência em todas as

democracias ocidentais, a declaração do estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma de segurança como técnica moral de governo” (2004, p. 27-28).

Outro exemplo de violência sistêmica pode ser personificada na figura dos refugiados, sejam estes de guerra, políticos ou provenientes de países maculados pela pobreza. O campo de refugiado localizado em Calais – França é habitualmente chamado de: *jungle*, palavra que significa “selva” (BBC, informação online). São vidas dessacralizadas, existências banalizadas. Logo, “os homens desprovidos de cidadania, de fato, estão desprovidos também de todo o direito”, afirma Castro (2016, p. 70).

O estado de exceção é uma resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos considerados extremos. Todavia, não se trata de um direito especial a ser exercido, tal qual o direito de guerra, e sim uma suspensão do próprio sistema jurídico, uma “suspensão por velamento”, para ser mais exato. Ao longo do século XX, o fenômeno marcante nas democracias ocidentais é o da “guerra civil legal”, como no caso do Estado nazista.

Ao chegar ao poder, Hitler promulgou o Decreto que suspendia os artigos da Constituição de Weimar, em fevereiro de 1933, que protegiam as liberdades individuais para a proteção do povo e do Estado alemão. O referido ato não foi revogado durante o regime, logo, o estado de excepcionalidade durou 12 anos na Alemanha, do ponto de vista jurídico (AGAMBEN, 2004, p. 16). Nesse sentido, o autor pontua que:

O totalitarismo moderno pode ser definido, como instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político (AGAMBEN, 2004).

Assim, torna-se imperioso a criação voluntária de um “estado de emergência permanente” – mesmo que não declarado – até mesmo em sociedades consideradas democráticas. Dessa forma, ao invés de ser uma

medida provisória e excepcional, o estado de exceção transforma-se em uma técnica de governo<sup>3</sup>, pois:

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma ‘guerra civil mundial’, o estado de exceção tende sempre mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo (AGAMBEN, 2004).

Outrossim, essa técnica possibilita que o Direito continue “vivo”, ainda que suspenso. Isto é, não se discute a sua normatividade, é inegável que, dada a sua previsão legal, o estado de exceção faça parte do Direito e, vale acrescentar, não se trata de uma ditadura, mas de um espaço vazio de direito, eis que “espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei”.

Isto quer dizer que ao se “comprar” um projeto de Estado que garanta liberdades individuais, os indivíduos devem ter consciência que, a qualquer tempo, essas liberdades poderão ser restringidas ou violadas, de acordo com a seletividade do Soberano, para a suposta manutenção do próprio Estado de Direito. Logo, é, ao mesmo tempo, uma aplicação da lei, desaplicando-a, pois os fundamentos desse Estado liberal poderão ser suspensos (AGAMBEN, 2004, p. 61).

Para os modernos, o estado de exceção é um estado legal. Trata-se, concomitantemente, de um vazio e de uma interrupção do direito, onde a exceção se transforma em exclusão:

A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora da relação com a

---

<sup>3</sup> “O significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão” (AGAMBEN, 2004, p. 14).

norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma de suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão (AGAMBEN, 2004, p. 24).

O estado de exceção passa a independe de uma possível ameaça bélica – que era originalmente o seu fundamento – e se desloca para as mais diversas situações como: emergências econômicas, crises financeiras e desvalorizações no mercado e, assim, torna-se uma prática habitual (CASTRO, 2016, p. 77). Entretanto, as argumentações podem ser as mais variadas como o bem-estar coletivo e a saúde pública.

Agamben (2004) ressalta que, tecnicamente, nem Hitler nem Mussolini podem ser considerados como ditadores. Isto porque o primeiro era um chanceler legitimamente indicado pelo presidente do Reich e o segundo foi nomeado pelo rei da Itália. Ambos fizeram coexistir um “estado dual” entre a Constituição – que continuava vigente – e uma segunda estrutura não formalizada (2004, p. 63).

Nesse sentido, Foucault (2005) aponta que o nazismo (e o stalinismo) não é mera excrecência na História do mundo moderno ocidental, é uma experiência que se inscreve dentro dessa lógica moderna ocidental. Portanto, o “totalitarismo”, como denomina Hannah Arendt, não é tão diferente de experiências democráticas. Na democracia também haverá aquele que governa e aquele que será governado, perpetuando, dessa forma, uma conexão entre a submissão do outro, impossibilidade de resistência e, ainda mais grave, a necessidade da sumária exclusão do outro.

Sobre a temática do nazismo e racismo em Foucault, podendo-se destacar as suas palavras na aula de 17 de março de 1976, no curso *Em Defesa da Sociedade* (2005, p. 311, grifo nosso):

Tem-se, pois, na sociedade nazista, esta coisa, apesar de tudo, extraordinária: é uma sociedade que generalizou absolutamente o biopoder, mas que generalizou, ao mesmo tempo, o direito soberano de matar. Os dois mecanismos, o clássico, arcaico, que dava ao Estado direito de vida e de morte sobre seus cidadãos, e o novo mecanismo organizado em torno da disciplina, da

regulamentação, em suma, o novo mecanismo de biopoder, vêm, exatamente, a coincidir. De sorte que se pode dizer isto: o Estado nazista tornou absolutamente co-extensivos o campo de uma vida que ele organiza, protege, garante, **cultiva biologicamente**, e, ao mesmo tempo, o direito soberano de matar quem quer que seja - não só os outros, mas os seus próprios. Houve, entre os nazistas, uma coincidência de um biopoder generalizado com uma ditadura a um só tempo absoluta e retransmitida através de todo o corpo social pela formidável junção do direito de matar e da exposição à morte. **Temos um Estado absolutamente racista, um Estado absolutamente assassino e um Estado absolutamente suicida. Estado racista, Estado assassino, Estado suicida.**

O “racismo”, para Foucault (2005), é mais do que o ódio à outra raça, na verdade, trata-se de um mecanismo de poder, chamado de: “Racismo de Estado”, que possibilita o exercício desse poder pelos Estados Modernos. As diversas formas de manifestação dessa mentalidade podem ser expressadas pela política de colonização do século XIX e, igualmente, das práticas genocidas que marcam a História do ocidente. Importante sublinhar que essa relação de “inimigo” não se relaciona ao aspecto político, mas, principalmente, ao biológico – como uma determinação de superioridade de uma determinada raça sobre a outra, selecionando aqueles que devem ou não viver.

Agamben (2010), por sua vez, não usa esta denominação, mas sim “tanatopolítica”, que significa a inclusão da morte como forma de se exercer a “práxis” do poder e teve o seu auge no período dos Estados totalitários. A “tanatopolítica” nada mais é do que uma “política da morte”, instaurada pelo Estado que se estrutura a partir da contradição. Ao Estado Moderno lhe era incumbido o dever de promover a vida, porém, de fato, promovia-se a vida dos demais em detrimento da vida de alguns, a partir de uma política “sectária”. A Alemanha nazista é, portanto, a personificação do “fazer viver” e do “fazer morrer” (2010, p. 88-89).

O campo de concentração é a representação da exclusão *zoé* do indivíduo e, como muito bem pontua Milovic (2009), estes são os nossos espaços políticos sem política, os novos exemplos de *homo sacer*. A perda

da liberdade é marcada pela exposição à morte, pelo abalo da fome e pela exclusão, como se denota:

A mencionada exclusão de *zoé* fica visível nos campos de concentração. Pensamos que somos da cidade, mas no último momento o campo é o nosso espaço político. Os homens do campo são os novos exemplos do *homo sacer*. Agamben fala aqui dos muçulmanos abalados de fome, ajoelhados na terra, pois as pessoas do campo parecem os muçulmanos rezando. Parecem mortos-vivos. É a vida exposta à morte. Aqui fica mais claro o sentido da palavra biopolítica. É uma política sem a política. É uma consequência da despolitização moderna e da perda da liberdade (2009, p. 108).

Caracterizar a existência do campo de concentração como algo bárbaro e distante do mundo contemporâneo não é apenas errado, mas perigoso. Perigoso porque faz com se maquie a realidade, pois o “mal” ainda vive. Por óbvio que *Auschwitz* possui um *status* paradigmático, especialmente por ser, talvez, o exemplo mais emblemático do paradigma da biopolítica no Ocidente, mas, ontologicamente, não se pode afirmar que a sua lógica tenha sido superada.

Em brilhante palestra, denominada de: “*From Guantamo to Auschwitz*”, Agamben (2005) debate sobre as diferenças entre o campo de concentração conhecido como o mais cruel no período nazista, Auschwitz, e a prisão norte-americana localizada em Cuba, Guantánamo, como exposta acima. Agamben (2005) afirma que o estado de exceção se tornou o verdadeiro paradigma da modernidade. No entanto, a diferença entre ambos é que esse estado de excepcionalidade não necessita mais ser declarado, transverte-se em uma situação de normalidade, pois faz parte da própria concepção da política, porém a vida nua, a vida banal, está presente em ambos.

Mais uma vez, reitera-se: a lógica no nazismo não morreu. A própria mentalidade popular representada por discursos como que se deve eliminar os moradores de rua porque eles não trazem nenhum bem à sociedade ou que “bandido bom é bandido morto” são exemplos nítidos de como a eliminação do outro parece ser justificável. De acordo com Foucault



(2005): “A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, do anormal), é o que vai deixar a vida mais sadia; mais sadia e mais pura” (2005, p. 305).

## 5 Considerações finais

O presente artigo, conforme já destacado, teve como objeto a análise das noções conceituais de Giorgio Agamben, principalmente em relação aos conceitos de *Homo Sacer* e *Estado de Exceção*, e a relação destes com a democracia, investigando-se a possível relação deste modelo político com o mecanismo de poder desvelado por Agamben.

Para a realização da citada análise, o presente ensaio foi estruturado em três seções. Inicialmente, optou-se por realizar uma análise conceitual acerca das estruturas de poder na obra de Michel Foucault, destacando-se a figura do *Poder Soberano*, *Poder Disciplinar* e *Biopolítica das populações*, as duas últimas formadoras do que o autor intitula de *a era do Biopoder*.

Trata-se de uma análise fundamental para a compreensão da obra de Giorgio Agamben, diante da nítida influência de Michel Foucault em sua teoria, principalmente, a partir do conceito de *Biopolítica*, que em sua obra é um mecanismo de poder próprio à modernidade, diferente do que Agamben defende, considerando este uma estrutura de poder antiga, irrestrita ao período moderno, o que o leva, inclusive, a afirmar que a a tese de Foucault deve ser corrigida ou ao menos integrada.

É com base nesta diferença interpretativa, que se funda uma chave de leitura sobre o *Homo Sacer*, no sentido de que este pode ser comparado ao *corpo-espécie*, termo próprio a Foucault, que em sua obra é objeto da *Biopolítica*. É com base nesta possível comparação que se fez imperiosa a análise do conceito de *Homo Sacer*, na obra de Agamben.

O *Homo Sacer* como o ser matável, que pode ser sacrificado. Este assume o papel de protagonista na política moderna. Sua vida é incluída no ordenamento, exclusivamente, a partir de sua própria exclusão, da sua

“matabilidade”. Um indivíduo que foi forçado à vida nua e está exposto à morte.

A partir das noções basilares sobre a figura de *Homo Sacer* em Agamben, pode-se destacar o perigo do *estado de exceção*, onde ocorre a anulação do estado jurídico de indivíduos, encarados como *homo sacer*.

No que concerne ao *Estado de Exceção*, compreendeu-se que este representa a produção de uma lacuna fictícia no ordenamento, com fins de salvaguardar a existência da norma e a sua aplicabilidade a uma situação normal. Tal lacuna corresponde à relação da lei com a realidade, eis uma fissura essencial do Direito entre a norma, o seu estabelecimento, e a sua aplicabilidade; que só pode ser ajustado, em caso extremo, pelo Estado de exceção. Em outras palavras, trata-se de uma lógica de suspensão da própria ordem jurídica.

Agamben sustenta que o *estado de exceção* deixa de ser um mero desvio do Estado de Direito, tornando-se regra, uma técnica moral de governo, aplicada de forma regular nas democracias ocidentais. Como exemplo, na contemporaneidade, citou-se a crise dos refugiados relacionada aos conflitos na Síria, assim como a tentativa do Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, de vetar a entrada de imigrantes provenientes de países específicos (Síria, Iraque, Irã, Líbia, Sudão e Iêmen).

A produção de estados de emergência, voluntariamente e de forma permanente, tornou-se uma política fundamental de Estados Contemporâneos, inclusive Estados Democráticos. O estado de exceção como regra, sendo aplicado nas democracias ocidentais, fazendo-as “ditaduras constitucionais”.

## 6 Referências

AGAMBEN, Giorgio, **Estado de Exceção**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. Tradução de Iraci Poletti.

---

**Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua** I. Trad. Henrique Burigo. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ASSMANN, Selvino. **Biopolítica em Agamben e Foucault**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SB1c5A7leFI>. Acesso em: 12 de maio de 2017.

CASTRO, Edgardo. Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência. Editora Autêntica: Belo Horizonte, 2016.

DUARTE, André. De Michel Foucault a Giorgio Agamben: A trajetória do conceito da biopolítica. In: SOUZA, Ricardo Timm de; OLIVEIRA, Nythamar de. (Orgs). **Fenomenologia hoje III: bioética, biotecnologia, biopolítica**. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da sociedade**. [1975-1976] Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 1ª ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra, 2014.

\_\_\_\_\_. **Segurança, Território e População**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BBC. LISSARDY, Geraldo. **Como Trump definiu os 7 países da polêmica proibição de entrada aos Eua?**. Nova York. 21 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38808841>.

\_\_\_\_\_. MONTENEGRO, Carolina. **Como é a vida no maior campo de refugiados da França**. Calais: 22 de fevereiro de 2016. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160220\\_campo\\_refugiados\\_calais\\_franca\\_cm\\_rb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160220_campo_refugiados_calais_franca_cm_rb)

MILOVIC, Miroslav. Política do messianismo: algumas reflexões sobre Agamben e Derrida. **Cadernos de Ética e Filosofia política**, v. 14, 2009. p. 103-121.

TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros: para além do choque das civilizações**. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

## O que se espera do Estado no Século XXI? Questionamentos acerca da relação entre neoliberalismo e o aparelho estatal

*Dorival Fagundes Cotrim Júnior*<sup>1</sup>

*João Daniel Daibes Resque*<sup>2</sup>

### Introdução

É ponto comum afirmar que o Estado está em crise em diversos países do globo, que necessita de reformas, devido a uma série de razões, dentre as quais podemos citar: a pouca representatividade das populações nos sistemas políticos; a influência do poder econômico-financeiro; o não atendimento das demandas populacionais em diversos campos de atuação governamental, como a saúde, segurança, educação; a derrocada do estado de bem-estar social ou de estruturas institucionais similares, quando aquele não se concretizou de fato, como é o caso da América Latina (LEVCOVITZ & COSTA-COUTO, 2018, p. 101); e a desigualdade entre os próprios países.

Esta situação parece ser ainda mais grave quando se considera as áreas periféricas do capitalismo em âmbito global, o que José Luís FIORI (2014) vai chamar de “sistema interestatal capitalista” (para explicar a relação hierárquica e de subordinação existente entre os estados), como é o caso dos países em desenvolvimento, haja vista a já existente precariedade

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC Rio. Atualmente estuda a articulação entre Direitos Humanos e Saúde. Graduação em Direito na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na qual atuou como monitor de Direito Administrativo e Teoria do Direito.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/Rio. Visiting scholar at Columbia University e Wisconsin University. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Professor e Advogado.

(como, por exemplo, da infraestrutura institucional, o subdesenvolvimento econômico, a desigualdade social e de trabalho) nestas regiões, sob os mais diversos enfoques, quando comparado com os países centrais deste modelo (OPAS, 2007; MOREIRA, 2007).

Assim, em face destas questões, o que pode ser feito para superar estas deficiências, vencer as crises, aperfeiçoar as instituições, se é que estas formas jurídico-político-sociais são passíveis de transformação? Tentar elucidar alguns pontos deste sistema altamente complexo é o desafio que este artigo pretende abordar, sem pretensões de certezas plenas e unívocas (LYOTARD, 2002) e de se alcançar respostas concretas, ao menos neste primeiro momento, haja vista as múltiplas variáveis que compõem o sistema-mundo (WALLERSTEIN, 2004, 2000) da economia e da política, ou, se preferirem, da economia política.

Por fim, apresenta-se uma breve trajetória do escrito, cujo objetivo é apresentar e refletir acerca dos impactos que a racionalidade neoliberal tem provocado no Estado, aqui compreendido como uma construção humana cujo fim é a organização político-jurídica da sociedade a partir da criação, promoção e desenvolvimento do bem público, do bem comum.

Abordaremos, inicialmente, uma questão estrutural que já está em discussão há algumas décadas, qual seja, qual é o papel do Estado, quais são as suas funções e como elas são realizadas. Em seguida volve-se o olhar para a doutrina neoliberal, sobretudo a partir das reflexões de Michel Foucault, de Pierre Dardot e de Christian Laval, apresentando-se ao final quatro características estruturais deste corpo doutrinário.

Ao final, algumas questões são levantadas a respeito da relação do neoliberalismo, atual modo de expressão do capitalismo, com o Estado, concluindo-se que o aparelho estatal de características neoliberais não atua com vistas à satisfação das necessidades comuns da população, como promoção e desenvolvimento do bem-estar, da justiça social, da igualdade e da seguridade, justamente em razão das suas premissas de entendimento e atuação.

Por conseguinte, o neoliberalismo se apresenta como um obstáculo a essa atuação estatal, e para que se reinvente o Estado no século XXI serão necessários esforços coletivos para a construção de um mundo menos competitivo, mais justo e humano, o que exige enfrentamentos em vários níveis do status quo ora vigente, pautado pelos elementos neoliberais.

## 1. Para que serve o Estado?

Talvez a primeira pergunta que deva ser feita quando se discute o Estado, moderno e/ou contemporâneo, seja aquela relacionada às funções do Estado. Para que ele serve? Quais são as suas razões de existência?

Inicialmente é preciso apontar que o Estado aqui é considerado como o constructo humano organizador, de caráter político-jurídico-institucional, de um certo tecido social, com vistas a promover o bem público ou bem comum, dentro de limites territorialmente estabelecidos, podendo ou não abrigar múltiplas culturas e povos, e operacionalizado sob uma determinada forma de governo.

Partindo-se desta tentativa de conceituação, ou de delimitação conceitual – sem a pretensão de que ela represente uma definição pura e acabada – resta ainda um grau consideravelmente amplo de indefinição a respeito do que efetivamente compete à um Estado realizar como fim. Jorge Miranda (1992) vai apontar que à ideia de função do Estado pode ser atribuída dois sentidos diversos: (i) ser compreendida como tarefa de satisfação de certa necessidade coletiva ou de certos aspectos da vida social; e (ii) entendida como uma atividade própria, isto é, dotada de certas características, que são, em outros termos, o modo de expressão prático do poder político.

No primeiro sentido (tarefa de satisfação) a função do Estado se expressa a partir do enlace entre o tecido social (ou campo social) e o Estado (campo estatal), bem como um movimento de tentar conferir legitimidade ao exercício do poder. Portanto, há uma dupla articulação quanto ao primeiro sentido.

Neste esteio são várias as funções assumidas pelo Estado, que foram crescendo ao longo da história moderna e se complexificando, dentre as quais: garantia da segurança em face de ameaças externas (p. ex. as guerras) e internas (p. ex. as revoltas, rebeliões e conflitos entre grupos de interesse) para que a paz seja alcançada; promoção do bem-estar em vários sentidos (material, emocional, psicológico) e da justiça social (redução das desigualdades, erradicação dos preconceitos de todos os tipos, por exemplo).

A complexidade, ainda segundo Miranda (1992), é fruto da dilatação das necessidades humanas, bem como das pretensões intervencionistas

dos governantes e dos meios pelos quais se podem fazer uso. Adicionalmente, na perspectiva dos agentes burocrático-estatais, esse envolvimento do aparelho estatal em suprir e atender estas demandas sociais também está ligado à necessidade de justificação da existência do corpo estatal, assim como dos governantes em concreto, sobretudo para as suas respectivas manutenções na engrenagem político-estatal.

A pergunta que permanece e parece estar em disputa na contemporaneidade, especialmente com o avanço singular do que se costuma chamar neoliberalismo (ANDERSON, 1995; AREAS, 2011), dialoga diretamente com este primeiro sentido: mas será que o Estado deve mesmo assumir estas funções? Ou será que isto precisa ser garantido pelo próprio indivíduo, em que pese as muitas limitações existentes entre os sujeitos, decorrentes das suas diferenças de patrimônio (classe), de gênero, raça/etnia, escolaridade (instrução), entre outras?

No segundo sentido (modo de expressão prático do poder político - atividade), a função está fortemente implicada nos atos e atividades que o Estado habitualmente vai desempenhando, isto é, “constantemente, repetida e repetidamente vai desenvolvendo, de harmonia com as regras que o condicionam e conformam” (MIRANDA, 1992, p.86). A função neste segundo sentido diz respeito, portanto, às estruturas e formas destas atividades e atos, indissociavelmente ligada às concepções de processos, sujeitos e resultados plurais por excelência de toda a dinâmica político-jurídica.

Em ambas as acepções, todavia, há pelo menos um ponto em comum: a presença de um elemento finalístico. É verdade que, na função como tarefa de satisfação, esta finalidade se apresenta, aparentemente, de forma direta, ou seja, seria imediatamente perceptível a sua relação com um *telos* específico; ao passo que na função como atividade essa relação pareça mais distante, como uma ação indireta.

Mas, o que vem a ser uma tarefa nos termos aqui explicitados, se não um fim do Estado materializado em determinado tempo histórico, em certa conjuntura, em uma dada situação político-constitucional, em certa Carta Constitucional material? Já a função enquanto atividade (realizada pelos órgãos, agentes e serviços estatais), na verdade, deve ser compreendida como um meio, uma forma, um caminho para que este fim seja alcançado, dados certos aspectos e caracterizações (MIRANDA, 1992, p. 86).

Feitas estas distinções, debruçar-se-á agora mais especificamente a respeito do primeiro sentido de função, isto é, como tarefa, o que leva, mais uma vez, às afirmações do gênero: é papel do estado garantir a paz; promover a justiça social e a igualdade material; é função do Estado assegurar a segurança, a educação, a saúde, enfim, os direitos sociais, assim como os direitos chamados individuais e coletivos (BONAVIDES, 2000; MIRANDA, 2009).

Cabe ao Estado, portanto, dentro desta perspectiva, facilitar, organizar e de certo modo coordenar a vida em sociedade, tendo em vista as conceituações apresentadas sobre o Estado, cuja missão é, por intermédio das ações práticas de governo, estudar, criar, executar e gerir políticas, projetos e programas em prol do bem comum e do acesso de todos, indistintamente, aos direitos criados e que também integram o patrimônio público comum, ainda que para tal seja preciso limitar as ações dos indivíduos que estão sob a sua guarda e valer da força para exigir cumprimento dos seus dispositivos normativos.

O Estado é, ainda, em tese, soberano, e nenhum outro poder está acima dele dentro das circunscrições espaciais e geográficas que o delimitam, pois, como dito, detém o monopólio do uso legítimo da força (WEBER, 1999), utilizado sempre que as normas por ele exigidas não são cumpridas. Entretanto seu poder não é ilimitado, pois está subordinado jurídica e politicamente à Constituição, que o delimita, rege, preceitua e de certo modo, lhe dá uma forma, um aspecto.

A carta constitucional, a seu turno, é decorrência do verdadeiro titular do poder, o real soberano, que é o povo, a multidão (GUIMARÃES, 2006), daí derivando a necessidade de todo cidadão, independente das suas características subjetivas, participar politicamente da construção da vida pública, do Estado e sua operação prática a partir do governo, de tomar parte nas discussões a respeito das políticas públicas, da confecção das leis e atos normativos, inclusive para colocar limites à atuação do Estado, seja pelas vias tradicionais (legais), seja por mecanismos não institucionais como o direito de resistência (GUIMARAENS & ROCHA, 2014; FAGUNDES, 2018) ou a desobediência civil.

Todavia, a pergunta anteriormente apresentada, e que está em disputa atualmente, permanece como uma “pedra no sapato” para esta noção e percepção a respeito das funções do Estado. Ela é uma pergunta estrutural porque vai às bases da concepção de estado moderno conhecida, e aí



chegando, questiona se de fato a estrutura estatal deveria servir para atender a estas necessidades. Para o Neoliberalismo, por exemplo, corrente teórica que ganhou força a partir dos anos 1960 e 1970 em partes do globo, o Estado deveria possuir outras funções, ou mesmo tentar garantir algumas destas, mas de outros modos, sob a organização de outras lógicas, de outras racionalidades, que desconsideram fortemente os ideais de solidariedade e de bem-comum, e que, de certo modo, sustentam as concepções contemporâneas de Estado.

## 2. Revisitando o Neoliberalismo

O neoliberalismo é um “conceito polêmico” (ANDRADE, 2019), haja vista que não há propriamente um consenso a respeito de um conceito, mas sim um campo de debates, isso desde o Colóquio Walter Lippmann (1938) e da primeira reunião da Sociedade de Mont Pèlerin (1947). No geral, todas as escolas e correntes que se dizem neoliberais (ou assim são consideradas):

compartilhavam a mesma utopia de livre mercado e a mesma posição contrária ao intervencionismo econômico e ao planejamento estatal centralizado (keynesiano, socialista ou desenvolvimentista), mas não tinham opinião comum sobre o papel legítimo do Estado, sobre as diretrizes de política econômica ou sobre a experiência fracassada do *laissez-faire* do século XIX (Peck, 2010) (ANDRADE, 2019).

Da década de 1990 em diante o conceito mais depreciativo ampliou-se para além de um modelo de política econômica, vindo a designar uma série de fenômenos políticos, culturais, ideológicos e, por fim, a própria época, convertendo-se no termo pelo qual a própria sociedade se apresenta (ANDRADE, 2019).

Não se trata aqui de fazer um estudo a respeito do neoliberalismo, mas sim de identificar algumas das suas definições-chave, reveladora da posição desta corrente, em geral, sobre o papel do Estado, foco da reflexão do trabalho, e que pela força e dominância na sociedade contemporânea desta doutrina, torna-se imperioso trazê-la quando se opera discussões sobre o Estado. Até mesmo porque, na verdade, vive-se hoje sob a

dominância desta concepção atual do capitalismo, que já há algum tempo predomina, conforme apontam vários teóricos (SESTELO, 2018; CHESNAIS, 1996; COTRIM JUNIOR, 2018).

Assim, dentre uma série de perspectivas diferentes, toma-se a visão de Michel FOUCAULT (2004) como uma das possíveis compreensões gerais a respeito deste fenômeno mundial, em que pese as especificidades decorrentes de cada espaço geográfico-cultural e de cada dimensão temporal, que demandam considerações mais específicas.

O filósofo francês está interessado em estudar o neoliberalismo na medida em que ele se apresenta como implicado no exercício da soberania política, no Governo ou na arte de governar.

Não estudei nem quero estudar a prática governamental real, tal como se desenvolveu, determinando aqui e ali a situação que tratamos, os problemas postos, as táticas escolhidas, os instrumentos utilizados, forjados ou remodelados, etc. Quis estudar a arte de governar, isto é, a maneira pensada de governar o melhor possível e também, ao mesmo tempo, a reflexão sobre a melhor maneira possível de governar. Ou seja, procurei apreender a instância da reflexão na prática de governo e sobre a prática de governo (FOUCAULT, 2008, p. 04).

Portanto, governar aqui está empregado no sentido de “guiar os homens, de dirigir as suas condutas, de constranger as suas ações e reações (FOUCAULT, 2008, p. 3). Ou seja, não se trata do governo enquanto uma instituição, mas da ação de reger a conduta dos indivíduos em um quadro e com instrumentos estatais (ANDRADE, 2019, p. 219).

Assim, além de disciplinar comportamentos, o neoliberalismo promove e defende uma espécie de autogoverno dos sujeitos, uma vez que esta doutrina além de ser uma ideologia e uma política econômica, é, primeiramente:

uma racionalidade e, como tal, tende a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados. A racionalidade neoliberal tem como característica principal a generalização da concorrência como norma de

conduta e da empresa como modelo de subjetivação. [...] O neoliberalismo é a razão do capitalismo contemporâneo, de um capitalismo desimpedido de suas referências arcaizantes e plenamente assumido como construção histórica e norma geral de vida (DARDOT & LAVAL, 2016, p. 17).

Em resumo, o “neoliberalismo pode ser definido como o conjunto de discursos, práticas e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens segundo o princípio universal da concorrência” (DARDOT & LAVAL, 2016, p. 17).

Neste sentido o neoliberalismo surge como a “norma” da existência, o regulador dos comportamentos, isto é, a razão que impulsiona os sujeitos a se comportarem de tais e tais modos, seja consigo mesmo, seja com os outros. A linha básica de estruturação neoliberal é a lógica de mercado, que almeja reconfigurar as práticas subjetivas e as instituições. Não se trata, todavia, da mercadorização de tudo, “mas da difusão do modelo de mercado para além do próprio mercado, reformando o Estado, as políticas públicas, as instituições, a gestão e as subjetividades” (ANDRADE, 2019, p. 219).

FOUCAULT (2008) analisou a racionalidade neoliberal a partir de duas experiências históricas: o ordoliberalismo alemão e o neoliberalismo americano. No primeiro caso busca-se governar a sociedade em função da economia, a partir da construção institucional (por vias legais) de mecanismos de concorrência no mercado, evitando a concentração econômica, favorecendo as empresas médias, multiplicando o acesso à propriedade, criando coberturas sociais em face ao risco e regulamentando o meio ambiente. O Estado atua de modo a naturalizar a forma empresa na sociedade, a fim de que o próprio indivíduo se torne uma (como reflexo no Brasil, por exemplo, se desenvolveu a figura do Microempreendedor Individual – MEI).

No caso dos norte americanos objetiva-se ampliar a racionalidade econômica para todas as dimensões da vida, “generalizando a noção da capital humano como princípio decifrador dos comportamentos e das relações” (ANDRADE, 2019, p. 219-220). O sujeito torna-se governável através dos seus múltiplos cálculos econômicos internos e pelas definições das regras do jogo, e simultaneamente o próprio Estado é submetido a um

tribunal permanente que considera os aspectos econômicos, que julga conforme os critérios de rentabilidade (ANDRADE, 2019, p. 220; FOUCAULT, 2008, 103-396). Todavia, não são raros os que não fazem essa distinção, inobstante serem estudiosos do pensamento foucaultiano.

Já Dardot e Laval sintetizam as características estruturantes da razão neoliberal. A primeira delas é de que “o mercado apresenta-se não como um dado natural, mas como uma realidade construída, que, como tal, requer a intervenção ativa do Estado, assim como a instauração de um sistema de direito específico”. É, em outros termos, um projeto claramente “construtivista” e não naturalizado (DARDOT & LAVAL (2016, p. 378).

A segunda é que “a essência da ordem de mercado reside não na troca, mas na concorrência, definida como relação de desigualdade entre diferentes unidades de produção ou ‘empresas’” (Idem). Portanto, erigir um mercado requer tornar a concorrência a norma geral das práticas econômicas, o que, por sua vez, exige reconhecer o acerto da tese ordoliberal, isto é, a missão do Estado é “instaurar a ‘ordem-quadro’ a partir do princípio ‘constituente’ da concorrência, ‘supervisionar o quadro geral’ e zelar para que este seja respeitado por todos os agentes econômicos” (DARDOT & LAVAL (2016, p. 378-379).

A terceira é a ideia de que o Estado não é apenas o zelador-guardião desse quadro geral, pois ele próprio, em sua ação, está submetido à norma de concorrência, expressando a primazia do direito privado, da qual resulta “um esvaziamento progressivo de todas as categorias do direito público que vai no sentido não de uma ab-rogação formal destas últimas, mas de uma desativação de sua validade operatória” (DARDOT & LAVAL (2016, p. 379). O Estado, portanto, é obrigado a ver-se enquanto uma empresa e assim se comportar em todas as suas relações, intraestado (com os cidadãos e suas próprias estruturas de funcionamento) e interestados (com os demais países).

A quarta e última é a exigência da universalização da norma de concorrência, que alcança “até mesmo os indivíduos em sua relação consigo mesmos”. Ou seja, a “governamentalidade empresarial” deve prolongar-se no governo de si do indivíduo-empresa, com o Estado conduzindo indiretamente os sujeitos a serem empreendedores. Portanto, “a empresa é promovida a modelo de subjetivação: cada indivíduo é uma empresa que deve se gerir e um capital que deve se fazer frutificar” (DARDOT & LAVAL (2016, p. 379).

Assim, se se deseja que o Estado continue sendo uma das peças-chave, um dos promotores das variadas funções expostas no primeiro tópico do trabalho (garantia da segurança em face de ameaças externas e internas, busca da paz, promoção do bem-estar e da justiça social), isto é, se se considera que estas tarefas devem ser satisfeitas pelo Estado, ainda que não diretamente, é fundamental voltar os olhares para a racionalidade neoliberal, a fim de comparar quais são as normas apregoadas e defendidas por esta doutrina, com ênfase no papel atribuído ao Estado e aos indivíduos; e assim averiguar se é possível estabelecer ou reestabelecer um Estado que tenha como funções precípuas as acima relacionadas e suas semelhantes/decorrentes.

Immanuel Wallerstein, comentando a respeito deste corpo doutrinário, especialmente da sua primeira experiência prática em um país de economia central (a Inglaterra), vai pontuar um dos seus objetivos, em consonância com o já exposto e que decorre das suas premissas:

O centrismo liberal e a economia keynesiana ficaram subitamente fora de moda. Margaret Thatcher lançou o chamado neoliberalismo, que era na realidade um conservadorismo agressivo de um tipo que não era visto desde 1848, e que envolveu uma tentativa de reverter a redistribuição do Estado de Bem-Estar, de modo a beneficiar as classes superiores e não as classes mais baixas (WALLERSTEIN, 2004, p. 61).

Por tudo dito até o momento, reinventar o estado no século XXI exige considerar essa influência neoliberal, e percebê-la como danosa às premissas da função de estado enquanto tarefas de satisfação do bem-estar, da promoção da paz, da justiça social, de redistribuição de renda, de garantir segurança e educação.

### **3. Possíveis questionamentos entre uma concepção de Estado (realizador de tarefas) e as teses neoliberais**

No tópico anterior apresentou-se, resumidamente, algumas das características-chave da doutrina neoliberal. São elas: (i) a tentativa de dominação das formas de vida dos indivíduos e das lógicas das instituições, inclusive e sobretudo do Estado; (ii) a desconsideração da solidariedade e

a hipertrofia do individualismo; (iii) a posição contrária ao planejamento estatal centralizado e ao intervencionismo estatal de um modo específico; (iv) promoção da ideia de autogoverno dos sujeitos; (v) generalização da concorrência enquanto conduta do ser e das instituições; (vi) estabelecimento da empresa como modelo de subjetivação; e (vii) apresentação da lógica de mercado como linha de estruturação.

Destas características algumas “conclusões” foram destacadas, a partir de Dardot e Laval (2016), quais sejam: (i) o mercado é um constructo humano, que exige a intervenção ativa do Estado para regulação e manutenção destas formas, o que inclui a instauração de um sistema específico de direitos; (ii) a essência do mercado reside na concorrência, ou seja, a missão do Estado é instaurar a “ordem quadro”, supervisioná-lo e zelar por ele para que todos o respeitem; (iii) o Estado não é apenas o zelador da ordem quadro, pois ele próprio está submetido à norma da concorrência, o que expressa a primazia do direito privado e o consequente esvaziamento do direito público, afinal o Estado é obrigado a ver-se como uma empresa; (iv) e a exigência de universalização da norma de concorrência para as relações entre os indivíduos e as instituições, o que embasa a governamentalidade empresarial, que propugna forçosamente a ideia de que todos os indivíduos se tornem empreendedores, de que cada ser é uma empresa.

Estabelecidos tais pressupostos, ou melhor, estando eles estruturados, ressurgem o questionamento: é possível que o Estado, enquanto “realizador de tarefas” (MIRANDA, 1992), cumpra os seus objetivos, atenda às suas funções, estando imbricado com o modelo de realização neoliberal do capitalismo?

O Estado com características neoliberais, como se depreende das análises postas, vive, respira, age conforme a lógica de mercado. E o que isso significa do ponto de vista prático, concreto? Quer dizer que o Estado e a sua expressão governamental, com todas as estruturas e agentes envolvidos, vai se questionar, no mínimo, se assume a garantia da segurança em face das ameaças externas e internas para que a paz seja alcançada – isto é, em outros termos, será que vale, do ponto de vista econômico-financeiro, fazer intervenções para alcançar tais fins? Ou é mais interessante privatizar a segurança interna e externa, das fronteiras e além?

Se a proposta é o autogoverno dos indivíduos, que cada vez mais ampliam as suas responsabilidades perante os riscos da vida (eis que estamos em

uma sociedade de risco, conforme BECK, 2010), por quais motivos o Estado vai promover o bem-estar dos seus cidadãos e demais indivíduos que estão sob a sua responsabilidade, do ponto de vista material, emocional, psicológico?

Neste sentido, por exemplo, porque manter um programa de transferência de renda como o Bolsa Família? Porque garantir uma saúde pública gratuita e universal (não necessariamente contributiva para que se permita o gozo), sendo que a saúde deve ser mais um “bem” submetido à racionalidade fria e calculista da mercadorização, quando deveria, nos termos defendidos, ser tratada como um direito? Há sentido em investir (e não gastar) em uma educação pública e de qualidade, dos anos iniciais ao superior, quando se pode submeter as instituições educacionais ao modelo de ação da empresa, que objetiva o lucro, o fomento à concorrência e que o Estado como apenas mais um agente no mercado, uma vez que ele mesmo (o Estado) precisa ser submetido à lógica da concorrência?

É viável e factível que o “estado neoliberal” tenha como meta alcançar a justiça social, com a criação e gerenciamento de políticas públicas para redução das desigualdades e erradicação dos preconceitos de todos os matizes? Logo ele que deve agir conforme os interesses econômicos, naturalizando em si mesmo a forma-empresa e que tem como uma das metas, mediante intervenção ativa (sim, mesmo nas agremiações neoliberais), a salvaguarda do mercado, que precisa estar continuamente sendo operado, aquecido, movimentado, e gerando lucros para os agentes privados, sobretudo os de maior capacidade econômica?

Se o Estado neoliberal se caracteriza pela exigência de criar um sistema específico de direitos a fim de ter garantidos os seus interesses, bem como dos que o controlam (interesses privados), em que medida poderá este Estado desenhar políticas públicas com fins a obter certas metas, baseadas em determinados valores, como o da solidariedade, mas que divergem radicalmente dos que são defendidos pelas instituições e pelos agentes mais poderosos no plano de atuação conjunta do Estado e do Mercado, ou seja, na realidade? Porque o Estado haveria de fornecer médicos e medicamentos gratuitos em seus sistemas públicos de saúde, se todas as operações estatais deverão estar guiadas pela lógica da concorrência, do individualismo feroz e não a da humanização, por exemplo?

Considerando as exigências de universalização da norma de concorrência, que se aplica não apenas ao Estado e as instituições, como também aos

indivíduos e nas relações destes com os demais indivíduos, expressões claras dos ideais de governamentalidade empresarial, porque motivos o aparelho estatal vai se preocupar em fazer processos seletivos (concursos públicos), quando o próprio Estado deve fomentar veementemente (e ele possui as ferramentas para tal) a ideologia do empreendedorismo? Porque o indivíduo deveria se preocupar em arrumar um emprego se ele pode empreender? E assim, haveria ainda necessidade de existir seguro-desemprego, previdência social solidária, quando poderia investir em previdências privadas? A lógica da concorrência é aquela que transfere ao sujeito toda a responsabilidade da sua existência, mesmo quando ele não possui os recursos suficientes para tais assunções.

Em vários países do mundo os questionamentos pelos quais passa agora o Brasil a respeito da seguridade social (o tripé saúde, assistência e previdência, como apontam WANDERLEY & SANT'ANA & MARTINELLI, 2019; LOBATO & COSTA & RIZZOTTO, 2019; FLEURY, 2005) já foram vivenciados, e caminharam no mesmo sentido para o qual o Estado brasileiro está indo, qual seja, o do desmonte da ideia de solidariedade social, e, por conseguinte, a prevalência da lógica de mercado, da concorrência, do “cada um por si”, e o Estado, aparentemente, por ninguém, mas só em aparências, pois, afinal, está mobilizado para alcançar certas metas, não inclusivas, e que favorecem certos estratos.

Será que é possível um Estado com características neoliberais alcançar soberania? Ou este não é nem mesmo um valor a ser considerado dentro desta lógica empresarial, mercadológica, de financeirização, de subjetivação dos indivíduos-empresa e de atuação estatal estritamente voltada para a instauração da “ordem-quadro”? Estaria a soberania dentro desta ordem na qualidade de um elemento minimamente importante para a configuração e atuação do Estado?

Por fim, é esta lógica do indivíduo-empresa, sempre associada à tarefa fundamental do neoliberalismo, qual seja, a de governar os indivíduos, de guiá-los em suas ações e comportamentos, pautadas na lógica da concorrência, que pode até mesmo enfraquecer as possibilidades de associações coletivas entre os indivíduos, como, por exemplo, a união ou reunião de sujeitos para a formação de movimentos populares. Se é cada um por si, e o outro é meu concorrente, um estranho, cada um que vá resolver os seus problemas, as suas dificuldades, e assim, deteriora-se também os laços de sociabilidade, basilares para a formação de um tecido social forte, sadio e



organizado. Em outros termos, a racionalidade liberal leva até mesmo ao esgarçamento das relações sociais e às possibilidades de lutas conjuntas em prol de objetivos; retira, ou mina, as possibilidades de organização política dos sujeitos, o que, por si só, já é um fato que merece maiores considerações, estudos e reflexões.

#### 4. Considerações Finais

Pelo exposto, o Estado com características neoliberais, em que pese a sua atuação, pois é um Estado ativo, esta performance não se dá com vistas à satisfação das necessidades comuns da população, mas de nichos específicos, notadamente os mais abastados financeira, social e culturalmente (*stricto sensu*). É um Estado que atua, mas para manter privilégios, sustentar injustiças, proteger a “ordem quadro” cujas balizas estruturais, dentre outras, são a defesa da propriedade privada, a aposta no individualismo, o afastamento das ideias solidárias, o predomínio da lógica de mercado e a universalização da concorrência. É um Estado marcado por lutas em prol de moradia, saúde, educação, segurança, bem-estar, direitos de toda sorte, dos quais apenas parcelas ínfimas possuem acesso.

É preciso compreender e considerar a doutrina neoliberal como portadora de ideias transformadoras do estado de direito e de bem-estar, sendo que, na perspectiva de se formar e fortalecer um estado provedor, que satisfaz certas necessidades e almeja os fins de justiça social, de igualdade, liberdade e solidariedade, esta doutrina se apresenta como um obstáculo a essas satisfações estatais.

Portanto, reinventar o Estado no século atual, o XXI, parece exigir um enfrentamento do *status quo*, a partir de esforços sociais (coletivos ou não) em favor de um mundo mais humano, mais sustentável, menos fragmentado, mais solidário, menos opressor, mais justo, mais preocupado com a vida do que com a propriedade. Tudo isso alcança-se de certos modos, dentre os quais o emprego dos recursos para a transformação do atual modelo econômico vigente (neoliberal), cujas características principais foram supra elencadas. E esta alteração tende a ser uma atividade de longo prazo, afinal, o processo de elaboração do raciocínio, da tomada de si, da superação dos preconceitos e da compreensão do valor da justiça e da solidariedade (dentre outros) é árduo e trabalhoso, necessitando de

múltiplas doses de coragem e boa vontade para os devidos enfrentamentos, que sempre acontecem, mas aparentemente não estão sendo potentes o suficiente para operacionalizar a metamorfose.

## Referências Bibliográficas

- ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.) Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9-23.
- AREAS, João Braga. O advento do neoliberalismo no mundo e a sociedade civil brasileira dos anos 80. In: ENCONTROS – Ano 09 – Número 17 – 2º semestre de 2011. Disponível em: <http://cp2.g12.br/ojs/index.php/encontros/article/download/290/231>. Acesso em 25 de julho de 2019.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CHESNAIS, François. A Mundialização do Capital. Tradução: Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.
- COTRIM JUNIOR, Dorival Fagundes. A Axiomática do Capital. Revista Dissertar, v. 1, n. 31, 3 dez. 2018.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de: Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. [La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale. Paris: La Découverte, 2009].
- FAGUNDES, Dorival. O Direito de Resistência em Spinoza e a Institucionalização do Decreto nº 8243/14. Cadernos Espinosanos, n. 39, p. 287-315, 27 dez. 2018.
- FIORI, José Luís. História, estratégia e desenvolvimento: para uma geopolítica do capitalismo. São Paulo: Boitempo, 2014.
- FLEURY, Sônia. A Seguridade Social e os Dilemas da Inclusão Social. RAP – Revista de Administração Pública, Brasil, v. 39, n.3, p. 449-469, 2005.
- FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979) / Michel Foucault ; edição estabelecida por Michel Sennellart ; sob a direção de François Edwald e Alessandro Fontana ; tradução Eduardo Brandão ; revisão da tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção Tópicos).

- GUIMARAENS, Francisco de. Spinoza e o conceito de multidão: reflexões acerca do sujeito constituinte. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 1, p. 152-171, 2006.
- GUIMARAENS, Francisco de; ROCHA, Maurício. Spinoza e o Direito de Resistência. *Sequência*, v. 35, p. 183-213, 2014.
- LEVCOVITZ, E.; COSTA-COUTO, M. H. Sistemas de Saúde na América Latina no século XXI. In: NOGUEIRA, R. P. et al. (Orgs.). *Observatório Internacional de Capacidades Humanas, Desenvolvimento e Políticas Públicas: estudos e análises - 3*. Brasília: Nesp/Ceam/UnB - Nethis/Fiocruz, 2018. p. 99-118. Disponível em: <http://capacidadeshumanas.org/ojsite/v3/wpcontent/uploads/2019/02/4-Sistemas-de-sa%C3%BAdede-na-Am%C3%A9rica-Latina-nos%C3%A9culo-XXI.pdf>.
- LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; COSTA, Ana Maria; RIZZOTTO, Maria Lucia Frizon. Reforma da previdência: o golpe fatal na seguridade social brasileira. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 120, p. 5-14, Mar. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-11042019000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042019000100005&lng=en&nrm=iso). Acesso em 15 de setembro de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-1104201912000>.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 7. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Funções do Estado*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 189, p. 85-99, 1992 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45284/47716>.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- MOREIRA, Constanza. *El largo ciclo del progresismo latino-americano y su freno: los cambios políticos em América Latina de la última década (2003-2015)*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 32, n. 93, fev. 2017
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE – OPAS. *Health in the Americas 2007*. Volume I Regional, Chapter 4 – Public Policies and Health Systems and Services. Washington DC: PAHO/WHO, 2007.
- SESTELO, José Antônio de Freitas. Dominância financeira na assistência à saúde: a ação política do capital sem limites no século XXI. *Ciênc. saúde coletiva*, v. 23, n. 6, p. 2027-34, 2018. DOI: 10.1590/1413-81232018236.04682018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S1413-81232018000602027&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1413-81232018000602027&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)
- SPOSATI, Aldaiza. Displacement of social security and social disprotection in Brazil. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 7, p. 2315-2325, July 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-)

81232018000702315&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 de setembro de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232018237.10202018>.

WALLERSTEIN, Immanuel. *World-Systems Analysis: an introduction*. Duke University Press. 2004.

\_\_\_\_\_. *The Essential Wallerstein*. The New Press. New York. 2000.

WANDERLEY, Mariangela Belfiore; SANT'ANA, Raquel Santos; MARTINELLI, Maria Lúcia. *Os desafios do atual contexto: um diálogo a partir da seguridade*. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 135, p. 207-212, Aug. 2019. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282019000200207&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282019000200207&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 20 de setembro de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/0101-6628.174>.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* / Max Weber; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF : Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. 586 p.

## De joelhos não é ser livre: a polícia, o sistema penal, o consenso e o papel emancipatório da democracia

Verena Holanda de Mendonça Alves <sup>1</sup>

### Introdução

Alain Badiou nos alertou de que, na atualidade, “todo mundo é ‘democrata’”, a tal ponto que a democracia passou a ser “o emblema dominante da sociedade política contemporânea”<sup>2</sup>. Aqueles percebidos como “não democratas”, irão amargar, de forma imediata, a desqualificação e conseqüente exclusão de seus discursos. A sua voz de ser racional (*logos*) apenas será ouvida enquanto grito animal (*phoné*), mas nunca será escutada e processada, por não corresponder ao consenso imposto.

Dessa forma, a ideia de um consenso ganha grande valor em uma sociedade considerada como democrática, pois congregaria a maioria dos indivíduos em uma mesma opinião sobre pontos da sociedade. Contudo, por conseqüência lógica, na medida em que se considera uma parcela como correta por acatar uma determinada opinião, cala-se uma minoria que perde sua voz, apenas por ser detentora de um ponto de vista diferenciado do imposto pela maioria numérica.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde foi bolsista por colocação, frente aprovação em primeiro lugar na seleção de 02/2016. Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Pará - CESUPA. Professora da Faculdade Metropolitana da Amazônia - FAMAZ e do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Membro do grupo de pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos.

<sup>2</sup> BADIOU, Alain. *Démocratie, dans quel état ?*, éditions La Fabrique, 2009. P. 15.

Não devemos esquecer que a vontade da maioria quantitativa é apenas a vontade de um número maior de pessoas, não podendo esta ser confundida com a vontade da sociedade como um todo ou com uma vontade soberana de um povo inteiro.

Jasmin<sup>3</sup> lembra o alerta feito por Tocqueville, que já previa o risco que a regra da maioria poderia causar uma verdadeira “tirania da maioria”, ou seja, uma forma de aniquilamento da liberdade de grupos considerados numericamente minoritários em determinada comunidade, que sobre o controle de uma democracia que valoriza o quantitativo, poderiam acabar sendo censurados e exilados dentro de seu próprio território, apenas por terem opiniões diferentes dos padrões políticos impostos. Nas palavras do autor:

Ao contrário dos tiranos de outrora que atingiam o corpo para exercer o seu poder, a tirania democrática sofisticou-se, tornando-se espiritual. A força moral da maioria tornava desnecessário o recurso à violência como forma de eliminar dissidências, de forma que esta nova tirania podia abandonar o castigo do corpo para ir direto à alma<sup>4</sup>.

A supressão das individualidades, bem como a não ponderação sobre o fato de os indivíduos serem seres heterogêneos por natureza, detentores de diferentes paixões e qualidades, em detrimento de um cálculo numérico que transfere para as maiorias o caráter de melhor argumento ou solução para qualquer questão social, bem como um poder caracterizador de argumento irresistível frente qualquer outro divergente, é algo completamente imprudente e tirânico.

Por si só, qualquer procedimento que exija a supressão de ideias, a padronização e burocratização da forma remota de exprimi-las, não pode ser considerado como algo que abarque e se pautem em qualquer princípio

---

<sup>3</sup> JASMIN, Marcelo Gantus. Alexis de Tocqueville: a Historiografia como Ciência da Política. Travessa, 2005. P. 64.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 66.

igualitário ou democrático. A descaracterização do discurso de uma massa numericamente menor caracteriza-se como um verme tirânico muito agradável para a manutenção de uma elite dominante e para a exclusão de uma parcela que possa ser considerada como uma forma de estímulo à dissidência.

Na busca por um utópico consenso, percebemos que diversos vocábulos são inseridos no meio social como forma de alcançar um ponto único comum que conduziria a sociedade a um fim feliz. Como exemplos, podemos citar o “bem comum”, a “paz social” e a “ordem pública”. Palavras, estas, que direcionam verdadeiras agências<sup>5</sup> estatais a imposição de consensos que conduziriam toda a coletividade a este fim único (utópico) e positivo para todos ocupantes daquele território.

Nesse cenário, a polícia ocupa um fim único, pois a ela é depositada a responsabilidade pela manutenção dessas finalidades imaginárias, gerando uma cifra contraditória com seu fim.

Com a suposta finalidade de ofertar à sociedade uma ilusão de paz social, a busca do bem comum ou da ordem pública, os agentes governamentais acabam apelando para discursos cada vez mais impositivos, retrógrados, segregacionistas e reprodutores de atitudes sectárias em relação à segurança pública. Apesar de aparentemente ideológicos e estruturados, tais falas apenas contribuem para manter tudo e todos nos seus respectivos lugares, criando uma justificativa para retirar indivíduos do meio social e depositá-los longe dos “cidadãos trabalhadores”.

Diferente do legislativamente previsto na Constituição Federal de 1988, os ocupantes dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) alimentam tais discursos mediante atos governamentais de curto prazo com patente finalidade eleitoreira e simbólica. A cidadania passa a ser vista

---

<sup>5</sup> Aqui, por agência compreendemos a definição de Zaffaroni e Batista que definem agência como uma via executiva ou política, mas sempre responsáveis a levar a cabo o exercício do Poder Punitivo. Segundo os autores: “A referência aos entes gestores da criminalização como agências tem como objetivo evitar outros substantivos mais valorados, equívocos ou inclusive pejorativos (tais como corporações, burocracias, instituições etc. Agência (do latim Agnes, participio do verbo agere, fazer) é empregada aqui no sentido amplo e dentro do possível neutro de entes ativos (que atuam)”. Em ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. *Direito Penal Brasileiro* - I. 4. ed. Rio de Janeiro:

como um tipo de concessão do Estado, quase como uma espécie de caridade para com os indivíduos ocupantes de determinado território. Com isso, o Direito Penal é travestido em um instituto detentor das soluções para todas as lides e anseios sociais, legitimando, assim, discursos de segregação e caracterização, já previstos como necessários à polícia *lato sensu* e a uma lógica econômica pautada na liberdade e no mercado como fonte de veridicação.

Com o crescimento de uma ideologia econômica voltada para o mercado, a garantia de um estado pautado na igualdade entre os indivíduos deixa de ser a preocupação social primeira dos governantes. Ocorre um crescimento de medidas populistas e vingativas, que transformam a figura do pobre ou do ocupante de uma margem social em principal causador de todos os males sociais. Segundo leciona Wacquant<sup>6</sup>:

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escala generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países.

Vislumbra-se a tendência de um Estado Social mínimo que alimenta um Estado Penal máximo, como consequência da lógica político-jurídica e econômica-governamental alimentada pela necessidade de caracterização da polícia *lato sensu*.

Seguindo a lógica da polícia *lato sensu*, as agências estatais responsáveis pela base da atuação penal acabam sendo detentoras de um poder de gestão direta no foco do conflito, mantendo, assim, um contato próximo com a população da localidade envolvida. Apesar dessa atuação aparentemente voltada para o bem estar social, não devemos esquecer que tais entidades foram criadas e estruturadas com finalidade de proteção patrimonial e, conseqüentemente, voltadas para o objeto (in) direto de

---

<sup>6</sup> WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 4.



manutenção de uma ordem econômica governamental muito bem definida. Sobre o tema, Silva leciona que:

A polícia moderna surgiu na Europa no início do Século XIX para substituir as milícias privadas dos grandes empresários e proprietários de terras. Na verdade, sua função era a de garantir os interesses patrimoniais dos mesmos contra ações criminosas que, a seu ver, ameaçavam subverter a ordem estabelecida pela Revolução Industrial [...]. No Brasil, que nessa época era uma sociedade literalmente estratificada em classes, com a sua produção dependente do trabalho escravo, além da Divisão Militar da Guarda Real de Polícia, criada em 1809 por D. João VI (embrião da Polícia Militar do Rio de Janeiro), constituiu-se em 1831 a Guarda Nacional, composta por proprietários de terras e de escravos, e por quem tivesse renda mínima necessária que os distinguisse do mundo “da desordem”. O modelo de organização decorrente dessas forças viria a consolidar-se nas corporações que seriam criadas posteriormente<sup>7</sup>.

Alimentada pelas leis (sobretudo as normas penais), as agências governamentais denominadas de polícia, acabam assumindo a responsabilidade pelas consequências de uma lógica econômica, imediatista e disciplinarizadora de corpos, tendo sua atuação diretamente influenciada por discursos arraigados e truculentos, amplamente disseminados na sociedade.

O Estado instiga a necessidade de se ter um “inimigo” social, na busca por benefícios de imagem, bem como apoio popular e eleitoral (sempre passando pelo filtro da mídia). Legítimas ações governamentais baseadas em uma maior severidade penal sobre determinados crimes e grupos, normalmente indicados por apelos populares e interesses populistas, favorecendo determinado “colégio eleitoral” em detrimento da criação de leis vazias e políticas higienizadoras, mantendo a caracterização e a busca pelo consenso.

Nesse cenário de caos justificado por uma busca pela paz social, por um bem comum ou por uma utópica ordem pública, a polícia encontra

---

<sup>7</sup> SILVA, Jorge. *Criminologia Crítica: Segurança e Polícia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. P. 299-300.

papel precípua, pois atua diretamente junto a sociedade. Seja em sua forma *stricto sensu* ou *lato sensu*.

Dessa forma, o problema central desse trabalho é a tentativa de apresentar uma solução democrática para uma sociedade submissa a uma ordem policial mantenedora de um consenso, mediante o uso de vocábulos justificadores como o bem comum, a paz social e a ordem pública.

Para tanto, inicialmente, analisaremos o papel da polícia nesse panorama, após, partimos para a solução democrática para tal problemática, por fim, perceberemos a funcionalidade das expressões citadas, dentro da lógica imposta nos tópicos anteriores. Defende-se que quanto mais pontos de vista se pondera, mais críticos os indivíduos ficam e se tornam mais propensos a buscar uma possível mudança.

## 2 O que é polícia?

Existem algumas formas de visualizar o que seria a polícia e o papel dela dentro de um estado que se considere como democrático. Uma delas apresenta uma visão liberal e, em muitos momentos, confunde os conceitos de polícia *lato sensu* e polícia *stricto sensu*. Nesta visão, a polícia se resumiria a uma agência de aplicação da lei mediante as formas de policiamento existentes. Logo, os poderes discricionário e coercitivo seriam parte inerente ao exercício da função de preservar a ordem social. Na busca por tal fim, deveria, principalmente, garantir a propriedade privada, a livre concorrência do mercado e a liberdade de aquisição e troca de mercadorias (ainda que, para tanto, necessite segregar e excluir parcelas de indivíduos da sociedade).

Podemos perceber o citado, quando analisamos autores norte-americanos clássicos como Bittner, Bayley, Goldstein e Monjardet que desenvolvem algumas linhas sobre o tema.

Bittner<sup>8</sup> define a polícia como uma agência detentora de um poder discricionário e coercitivo, responsável pela aplicação da lei, mediante as

---

<sup>8</sup> BITTNER, Egon. Aspectos do Trabalho Policial. São Paulo: Ed.Usp, 2003, p. 17-19.

formas de policiamento existentes. Para este autor, o engajamento dos agentes integrantes deveria ser voltado à ideia de manutenção da paz e da ordem, atividades que abarcariam um enorme número de possibilidades e responsabilidades no que concerne a atuação destes.

Para Bayley<sup>9</sup> a única característica exclusiva da polícia seria a concessão do uso da força física na busca pela regularização das relações interpessoais na comunidade. Para este, a polícia seria a união de três atribuições características, quais sejam: fazer; lidar; e tomar decisões ao lidar com as situações concretas.

Goldstein<sup>10</sup>, ainda, defende a complexidade que envolve a tentativa de compreensão do que seria a polícia, representando não apenas um degrau para sistema de justiça criminal, mas também a união de diversas outras finalidades, as quais muitas passariam bem distante da ideia de combater o crime.

Por fim, Monjardet<sup>11</sup> definiu a polícia como sendo uma instituição encarregada da função de deter e mobilizar os recursos de força decisivos, visando o objetivo de garantir ao poder o domínio ou a regulação do emprego da força dentro das relações sociais.

Percebemos que as visões apresentadas não são uníssonas na sua tentativa de conceituar a polícia. Contudo, todas possuem em comum o fato de não definirem bem sobre o que estão tratando, se uma visão de polícia *lato sensu* ou *stricto sensu* (bem como o que seria exatamente cada uma).

Até aqui já é possível realizar uma divisão entre a polícia que, neste trabalho, é analisada sobre um duplo viés, qual seja: a polícia *lato sensu*, que integraria uma força de imposição e ocupação de espaços; a polícia *stricto sensu*, como agência estatal integrada por indivíduos fardados e hierarquizados que atuam diretamente com os conflitos da sociedade. Tal conceituação será debatida nos capítulos seguintes, tal síntese se faz necessária, nesse momento, para a melhor compreensão sobre o tema.

---

<sup>9</sup> BAYLEY, David H. Padrões de Policiamento. São Paulo: ed.usp, 2002, p. 117-119.

<sup>10</sup> GOLDSTEIN, Herman. Policiando uma sociedade livre. São Paulo: ed. Usp, 2003, p. 39.

<sup>11</sup> MONJARDET, Dominique. O que faz a polícia? São Paulo: ed. Usp, 2012, p.27.

Tais visões podem parecer satisfatórias em uma análise mais superficial. Contudo, se pensarmos um pouco, percebemos que a ideia de uma agência que garante o mercado mediante a resolução de conflitos, a proteção da ordem econômica social, a manutenção de uma ordem social e a constante busca por uma ideia de paz social, é apenas uma ponta bastante confusa e superficial de um enorme *iceberg*, uma vez que ignora outras ramificações de tal conduta como, por exemplo, a busca pela manutenção do consenso.

Em 1978/1979, o filósofo Michel Foucault, nas suas aulas no Collège de France, já alertava sobre a formação de um lugar de verificação que passa a ser encontrado no mercado, a partir do século XVII e XVIII. Tal constatação significaria que as práticas governamentais teriam deslocado seu centro de verdade para aquilo que o mercado apontasse como certo ou errado, constituindo uma verdadeira arte de governar o mínimo possível (“época do governo frugal”) <sup>12</sup>.

O autor destaca, ainda, que o surgimento de uma economia política estaria conectado diretamente à necessidade de um governo mínimo. Nesse sentido, a formação de um novo lugar de verdade (encontrado no mercado), surgiria como uma via de governar de forma regulamentar, devendo deixá-la agir com o mínimo de intervenção possível, para que pudesse estar livre na formulação de sua verdade, bem como para propô-la como nova regra à prática governamental existente<sup>13</sup>.

Nesse contexto, Jacques Rancière traz sua teoria a qual intitulamos de “teoria heterodoxa”, pois apresenta uma visão diferente do senso-comum aplicado pelo mercado como fonte de verificação.

O autor atestou que a reflexão sobre o que seria a política não versaria sobre os modos de vida, mas em torno de duas formas de partilhar o sensível. Afirma que a ideia do que poderia ser considerada como política seria constituída pela conexão entre dois processos heterogêneos<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> FOULCAIT, Michel. O Nascimento da Biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 40.

<sup>13</sup> Ibidem. P. 42

<sup>14</sup> RANCIERE, Jacques. Em los Bordes de lo político. Escuela de Filosofía Universidad ACIS.

O primeiro processo seria o que o autor denomina de “governo” ou “policia”. Neste, haveria a indução da criação de um consenso comunitário, por meio do qual seria disseminada a distribuição dos lugares, hierarquias e funções, lembrando a ideia de Foucault de disciplinarização dos corpos ou de uma sociedade de vigilância. Destaca-se, aqui, que essa forma de distribuição de espaços e identidades seria uma via de enquadrar o visível (e o invisível) comum, a isso o autor denominou de “partilha do sensível”.

Por sua vez, o segundo processo que fundaria o político seria aquele pertencente à igualdade. Este deveria ser compreendido como uma reunião de técnicas orientadas pela suposição de que todos são iguais e detentores de idêntica capacidade para compreender e perceber tal presunção. Para Rancière, a denominação apropriada para este conjunto de práticas deve ser “emancipação”.

O que existiria, então, seriam duas estruturas diferentes. A primeira apenas reconheceria a existência da regulamentação e caracterização de movimentações e fluxos, impondo uma lógica de caracterização e concordância. Essa seria responsável pela manutenção dos indivíduos em seus respectivos postos dentro da coletividade.

Enquanto a segunda versaria sua inteligência de forma desincorporada apenas sobre a igualdade e suas formas de exteriorização no mundo pelos sujeitos políticos, se revelando como um dissenso que buscaria retirar os indivíduos de seus lugares determinados pela estrutura anterior. O universo político, então, seria compreendido mediante esta dúplici forma de gerenciar a coletividade.

Destaca-se que o autor defende a existência de duas maneiras de contar as quotas da comunidade. A primeira só consideraria em seu computo as partes reais, como grupos efetivos definidos pelas diferenças de nascimento, trabalhos, interesses ou outras vias de caracterizar os indivíduos em uma sociedade. A segunda, por sua vez, contaria além, para algo semelhante a “uma parte dos sem parte”, uma vez que tais caracterizações não seriam necessárias para a existência em comunidade, bem como o dissenso seria respeitado. A primeira se chamaria policia, a segunda política.

Por serem duas racionalidades, aparentemente, distintas entre si, pois uma tende à caracterização enquanto a outra busca a emancipação de tais estereótipos. Rancière ressalta que seria possível partir de uma ideia massificada de que qualquer polícia negaria a existência de uma igualdade, o que traria como consequência a negativa em relação aos dois processos apresentados. Contudo, defende que a polícia, na verdade, confunde a igualdade, considerando o político como sendo o lugar onde a verificação da igualdade deveria ser considerada como obrigada a encontrar o manuseio da injustiça.

Para o autor, o processo de emancipação seria formado no momento de verificação da igualdade existente em todos os indivíduos, em contraponto as caracterizações impostas e mantidas pela polícia *stricto sensu*, a subjetivação surgiria como uma forma de enfrentamento das injustiças existentes e de resgatar a individualidade dos indivíduos.

Nesse cenário, conforme exposto, ainda haverá a identificação dos indivíduos, mas mediante de um processo de descaracterização, tal heterogenia não será incorporada a qualquer sujeito ou grupo. A democracia seria detentora do princípio da igualdade, bem como seria direcionada à busca pela emancipação e pela desclassificação dos indivíduos.

Nesse cenário, o autor salienta que as lutas de classe teriam o papel de denunciar os momentos em que a democracia se tornasse pretexto de dominação. Nesse sentido, reafirmamos que a democracia não poderia ser institucionalizável, pelo contrário, deveria apresentar-se como um regime de acomodação múltipla, como a administração de uma força desestabilizadora e desclassificadora.

Não haveria uma disciplinarização sobre os corpos, uma alienação de pensamentos, tampouco a exclusão de vazios mediante imposição. O espaço público deixaria de se apresentar como um ambiente de circulação, assumindo um papel de encontro de ideais. O dissenso passa a ser valorizado em uma sociedade democrática pautada no princípio da igualdade.

Importante relembrar que Rancière não considera a existência do consenso como algo conectado a uma discussão razoável entre lógicas

opostas, mas a busca pela anulação do dissenso (da pluralidade de vazios e opiniões) como uma forma de distanciar o sensível de si mesmo.

Desta forma, segundo esta teoria heterodoxa, quando compreendemos tais termos, percebemos que na busca por satisfazer o debate sobre a antinomia existente entre polícia *lato sensu* e a política (aqui considerada como democrática), devemos vislumbrar três termos: polícia, emancipação e político. Uma vez que tal processo de emancipação é o que se compreende como política. O político, por sua vez, se apresentaria como o ambiente comum de encontro entre tal emancipação e a polícia, frente o combate à injustiça.

Leciona Rancière<sup>15</sup>:

Não há política porque os homens, pelo privilégio da palavra, põem seus interesses em comum. Existe política porque aqueles que não têm direito de ser contados como seres falantes conseguem ser contados, e instituem uma comunidade pelo fato de colocarem em comum o dano que nada mais é do que o próprio enfrentamento, a contradição de dois mundos alojados em um só: o mundo em que estão e aquele em que não estão, o mundo onde há algo “entre” eles e aqueles que não os conhecem como seres falantes e contáveis e o mundo onde não há nada.

Aduz, ainda, que além de uma particular injustiça, a política do povo ameaça a polícia, uma vez que este primeiro se apresenta sempre como mais que ele mesmo. Nesse sentido, a busca pela união das massas, não mediante a determinação de um consenso, mas como corpos pertencentes ao mesmo território democrático, respeitadores da existência de um dissenso, faz-se necessária como uma via emancipadora que busca “a explosão das caracterizações” impostas pela polícia *lato sensu*.

Para Rancière, a polícia não representaria uma função social ou uma constituição simbólica da comunidade, como pode ser defendido utilizando-se de uma visão mercadológica liberal. Ao contrário de tal concepção, o essencial da polícia não é o seu poder (ou direito) de utilizar-

---

<sup>15</sup> RANCIÈRE, Jacques. O Desentendimento. Política e Filosofia. São Paulo: Ed. 34, 1996. P. 40.

se da repressão, tampouco o controle que sua prática pode exercer sobre qualquer indivíduo na busca de uma suposta paz social. A sua essência é um compartilhamento do sensível.

Parte-se do pressuposto de que a comunidade democrática é formada por grupos que se dedicam a determinadas formas de vida e de atuação diferenciadas umas das outras. Logo, a essência da polícia seria caracterizada pela ausência de vazio e de complemento em relação às formas de fazer específicas e o lugar onde essas ocupações são exercidas. Nesta adequação de função, de lugares e de maneiras, não há lugar para vazios. Logo, a exclusão do que não há (ou do que não deveria haver) constitui o princípio policial no coração da prática estatal.

Assim, na teoria de Rancière, a polícia *lato sensu* versaria sobre a categorização do social, ou seja, a manutenção dos grupos em locais e ambientes determinados por uma lógica econômica prévia, não aceitando ambientes vazios ou vácuos em relação a indivíduos ou grupos e suas parcelas de sensível, sendo responsável imposição da exclusão do vago. Um grande exemplo do momento policial são as eleições, pois nessa todos são colocados em suas determinadas categorias.

A intervenção policial no espaço público não consiste em desafiar ou estimular as manifestações populares, pelo contrário, tal atuação se manifesta com o objetivo de dispersar tais movimentações. As palavras: “circulando, não há nada para olhar!”, se tornaram vocábulos corriqueiros externados pelos agentes policiais.

No momento em que a polícia diz que não há nada para ser visto em uma via pública, nada para fazer além de circular, mantém as categorias e a atuação destas conforme um modelo onde o indivíduo tem sua possibilidade de ação diária limitada à classificação que ocupa. O espaço público assume um papel de mero espaço de circulação de indivíduos entre dois espaços privados ou domésticos, organizados segundo uma lógica policial (casa, trabalho, escola, etc.).

Nesse sentido, segundo Rancière, a política (democrática) consistiria em transformar tal ambiente de circulação em um espaço de manifestação



do sujeito: o povo, os trabalhadores, os cidadãos. Consiste em reconfigurar o espaço, o que há para fazer, para ver. Conforme leciona:

A política [...] seu único princípio, a igualdade, não lhe é próprio e não tem nada de político em si mesmo. Tudo o que ela faz é dar-lhe uma atualidade sob a forma de caso, inscrever, sob a forma de litígio, a averiguação da igualdade no seio da ordem policial [...]. Para que uma coisa seja política, é preciso que suscite o encontro entre a lógica policial e a lógica igualitária, a qual nunca está preconstituída.<sup>16</sup>

A verdadeira democracia consistiria na explosão de tais caracterizações, configurando a aceitação da pluralidade inerente aos seres humanos, confrontando a caracterização imposta pela ordem policial.

Assim, a polícia *lato sensu* seria a responsável pela caracterização dos indivíduos, dando a cada *grupo* um nome “correto”, os ambientes e as atividades que estes devem exercer, calando uma parcela que não ocupa a ideia de consenso.

Dessa forma, pelo exposto sintetiza-se a ideia da seguinte forma: à polícia *lato sensu* concerne à busca de um consenso, à unificação de opiniões, a categorização do social e à construção de dispositivos, a política democrática remete ao confronto dessas categorias entre si e a explosão das mesmas. Para Jacques Rancière, a política seria justamente o confronto entre a lógica policial e a lógica da igualdade.

## 2.1 A Polícia e o sistema Penal

A constante busca por um ideal de consenso (de disciplinarização ou controle dos corpos) acaba gerando, como consequência lógica de uma sociedade constituída por seres humanos heterogêneos, a segregação de uma parcela de indivíduos e a criação de litígios (no momento em que estes tentam manifestar o sensível e auto preencher os espaços considerados como vazios).

---

<sup>16</sup> Ibidem, p. 44.

Dentro desse esquema, o sistema penal e os discursos adotados por este adquirem uma importância e um fortalecimento ímpar na criação do elemento “crime” e da marginalização de indivíduos que possuem subjetivações diversas dentro de uma determinada sociedade.

Aqui, compre destacar o que se entende por “sistema penal”, nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli<sup>17</sup>:

Chamamos de sistema penal ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para essa atuação [...] englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários e da execução penal. [...] nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal.

O poder de criminalizar determinadas ações acaba sendo uma arma forte no combate às condutas que podem ser consideradas como atentatórias à “paz social”, ao “bem comum” e a “ordem pública”. A noção de universalidade de direitos, acaba tendo seu conceito progressivamente substituído por expressões vazias e legitimadoras de discursos que viabilizam a opressão das ideias e a disciplinarização dos corpos. Percebe-se uma falsidade no discurso do sistema penal contra classes trabalhadoras marginalizadas e estereotipadas que não coadunam com a ideia imposta pelo consenso.

O sociólogo Howard Becker<sup>18</sup> já previa que todos os grupos sociais criam regras que se mantêm vivas por meio das tentativas de imposição. As pessoas que vão contra tal determinação assumem uma qualificação diferenciada de ser humano, tornando-se o que o autor denomina de “*outsiders*”. Contudo, o próprio alerta que a decisão que torna algo disfuncional para a sociedade é, muitas vezes, uma questão econômica disfarçada. O desvio e os desviantes são, assim, criados pela formulação dos

---

<sup>17</sup> ZAFFARONI, Eugenio R; PIERANGELI, José H. Manual de Direito Penal Brasileiro- Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.P. 70.

<sup>18</sup> BECKER, Howard S. Outsiders: Estudo de sociologia do Desvio. Rio de Janeiro: Zahar. P. 15-20.

desvios e a manutenção de tais por meio das regras e de sua imposição. Nesse sentido, leciona:

Os impositores, portanto, respondendo às pressões de sua própria situação de trabalho, aplicam as regras e criam outsiders de uma maneira seletiva. Se uma pessoa que comete um ato desviante será de fato rotulada de desviante depende de muitas coisas alheias a seu comportamento efetivo [...] <sup>19</sup>.

A estrutura penal acaba recebendo o dever da polícia *lato sensu* e os reproduz no conjunto de agências estatais que compõem o sistema penal atual. Nesse sentido, acaba exercendo a função que lhe é esperada: a de manutenção e imposição das caracterizações sobre todos os indivíduos, a busca pelo consenso e o silenciar de qualquer margem discordante existente.

Podemos perceber isso pelo fato de que tais segmentos fomentam as virtudes que lhes são pregressas, não interessando a igualdade ou a existência de um dissenso intrínseco a uma sociedade composta por seres humanos. Como consequência, não interessando a integridade física ou psíquica dos integrantes da coletividade, tampouco seus direitos inerentemente humanos, adquiridos historicamente mediante o avanço da civilização.

Pelo exposto, percebemos a racionalidade aplicada na atualidade: cria-se e programa-se a criminalização de todos os membros da sociedade (ou, normalmente, de parcelas específicas) e são fornecidos os meios de realizar a segregação destes, sob vocábulos justificadores vazios e dependentes de uma visão altamente discricionária por parte de todo o sistema penal.

Aparentemente, a polícia *lato sensu* aprendeu um truque de manutenção de uma falsa igualdade, ou seja, são fornecidas migalhas de participação nas decisões de determinado estado (como as eleições de dois em dois anos), para que a massa populacional aceite e legitime a supressão de uma minoria e a disseminação do consenso, como uma forma de a polícia verdadeiramente entrar em um jogo de poder. Percebe-se que todos

---

<sup>19</sup> Ibidem, p. 166.

os indivíduos acabam voltando-se contra si mesmos, pois legítimas tal forma de governo, em detrimento da igualdade que lhes é inerente.

Rancière já previa que:

A distribuição de lugares e funções que define uma ordem social depende tanto da suposta espontaneidade das relações sociais quanto da rigidez das funções do Estado. A polícia é, na sua essência, a lei que define a parcela ou a ausência de parcela das partes [...] é uma ordem dos corpos que define as divisões entre os modos de fazer, os modos de ser e os modos de dizer, que faz com que tais corpos sejam designados por seu nome para tal lugar e tal tarefa [...] que faz com que essa palavra seja entendida como discurso e outra como ruído. É, por exemplo, uma lei de polícia que faz tradicionalmente do lugar de trabalho um espaço privado [...] <sup>20</sup>.

Percebe-se uma tendência de incentivo a um reino de massas, do capital e das necessidades. Conforme atesta Rancière, tal forma de atuação retira da coletividade e entrega às oligarquias governamentais (regidas por princípios de desigualdade), iluminada por seus especialistas, a virtude do bem político, ou seja, acaba-se reduzindo o político ao estatal e acabando com qualquer possibilidade de um regime de acomodação múltipla.

Rancière leciona que a essência do que se considera como consenso não seria a existência de uma discussão pacífica ou de um acordo razoável oposto ao conflito e à violência. A essência do consenso é, na verdade, a busca pela anulação do dissenso (da pluralidade) como distância do sensível com si mesmo. O consenso seria a redução da política à polícia.

A atuação da polícia *lato sensu* e também da polícia *stricto sensu* (no sentido de ter seus agentes atuando diretamente com a população e com o momento de formação de lides), então, assume um papel de caracterizar grupos, de mantenedor de tais segregações e de responsável pela movimentação da população para que não parem ou se reúnam em ambientes públicos; tendo suas atuações legitimadas por expressões como “bem comum”, “paz social” e “ordem pública”.

---

<sup>20</sup> RANCIÈRE, Jacques. O Desentendimento. Política e Filosofia. São Paulo: Ed. 34, 1996. P. 42.

### 3 O papel emancipatório da democracia

Percebe-se que em uma racionalidade que supervaloriza a liberdade, a igualdade apenas é considerada como uma igualdade de direitos, deturpando qualquer concepção de igualdade que dispusesse sobre a necessidade de equitativa consideração de todos os indivíduos como seres pensantes e detentores de um ponto de vista que deve ser considerado.

A imposição de um consenso mediante a supressão de tais possibilidades de expressão acaba sendo bastante útil para a lógica da supervalorização das liberdades individuais visando uma via de manutenção de uma disciplinarização mercadológica sobre a qual todos os indivíduos estariam sujeitos.

Como uma forma de manter o modo de produção da acumulação de capital, a propriedade privada, a troca e a concorrência, era necessário que a igualdade fosse reduzida até o mínimo possível. É o que se percebe nas democracias atuais, onde a igualdade se resume apenas a uma igualdade de direitos e o debate sobre os caminhos políticos apenas a temporadas cívicas.

Esta mudança de princípios no centro da democracia possibilitou que a expansão do mercado e a acumulação capitalista encontrassem nos indivíduos uma via de manutenção do sistema, não de como peças que seriam capazes de impedir a continuação da competição entre indivíduos completamente desiguais (ainda que iguais em direito), mas como mantenedores de uma lógica de acumulação e da supervalorização do capital em nome de uma suposta soberania popular.

Nesse sentido, indivíduos têm suas opiniões suprimidas e suas vozes caladas em detrimento de um modelo de democracia que valoriza a existência da liberdade e utiliza-se de um consenso para emudecer e impor parcelas marginais da sociedade.

Compreende-se que uma democracia é aquela que pondera acerca da existência dos indivíduos de forma igual a todos, uma vez que não haveria

valoração entre a titulação de qualquer pessoa, devendo todas serem respeitadas e ouvidas em igual parcela, ainda que suas opiniões sejam em desacordo com o consenso existente.

Para que a igualdade fosse reestabelecida ao seu espaço central na teoria democrática, acredita-se ser necessário o que Rancière denomina de um conjunto de práticas de emancipação.

Para Rancière, tal processo de emancipação se constituiria na verificação da igualdade existente em todos os indivíduos. Frente a todas as caracterizações impostas e mantidas pela polícia *stricto sensu*, a subjetivação surgiria como uma forma de enfrentamento das injustiças existentes e de resgatar a individualidade.

Importante destacar que haverá a identificação dos indivíduos. Contudo, utilizando-se de um processo de descaracterização, tal heterogenia não será incorporada a qualquer sujeito ou grupo. A democracia seria detentora do princípio da igualdade, bem como seria direcionada à busca pela emancipação e pela desclassificação dos indivíduos.

Nesse cenário, o autor salienta que as lutas de classe teriam o papel de denunciar os momentos em que a democracia se tornasse pretexto de dominação. Defende que as duas estariam interligadas, negando a exclusão e abrindo o conflito, realizando um intercâmbio de culturas<sup>21</sup>.

A pluralidade de opiniões passa a ser pressuposto existente. Não há qualquer disciplinarização de corpos, alienação de pensamentos ou exclusão de vazios mediante imposição. As manifestações de opiniões não são mais dispensadas, mas incentivadas e debatidas para a tomada de decisões. O espaço público deixa de ser travestido em apenas um espaço de circulação, mas assume um papel de encontro de ideais que, por si só, possuem legitimidade para serem ouvidas. O consenso é postulado superado e o dissenso passa a ser realmente valorizado em uma sociedade democrática pautada no princípio da igualdade.

---

<sup>21</sup> RANCIERE, Jacques. Em los Bordes de lo político. Escuela de Filosofía Universidad ACIS. P. 30.

Destaca-se, aqui, que Rancière não considera o consenso como a existência de uma discussão razoável entre lógicas opostas, mas a busca pela anulação do dissenso (da pluralidade de vazios e opiniões) como uma forma de distanciar o sensível de si mesmo. A aceitação de um consenso culminaria na redução da política para a polícia.

Conforme se percebe, a democracia atual encontra-se diretamente conectada com a necessidade de imposição de consensos, o que se choca com seu princípio igualitário de que todos os indivíduos devem ter suas opiniões ponderadas e consideradas dentro de determinada sociedade.

O autor acredita que a tarefa da democracia seria representar um marco de união na busca pela redução da dispersão. Contudo sem desencadear a reunião do ódio. Não ocuparia o papel de responsável por qualquer autorregulação consensual da pluralidade de paixões da multidão de indivíduos, tampouco tomaria para si a competência por uma atuação no reino da coletividade unificada pela lei e amparada pelas declarações de direitos. A democracia seria um regime de acomodação múltipla, ou seja, a aceitação da concepção de que cada indivíduo pode ponderar e existir de forma diversa aos demais e ainda coexistir em uma mesma sociedade. Baseado nesse pensamento seria possível à existência sem caracterizações ou padronização de condutas, os indivíduos estariam emancipados e conseguiriam conviver em um mesmo território sem serem calados por terem opiniões diversas, bem como sem a necessidade de instituições.

Mediante a percepção do sensível na obra do autor, depreende-se que o que este considera como democracia não é nenhum regime parlamentar ou eleitoral (por exemplo), tampouco resume a existência estabelecida de um estado de direito ou de um estado social individualista, capitalista ou massificado, mas pondera, sobretudo, acerca da existência de uma subjetivação própria da política, ou seja, a forma como esta buscaria moldar o comum e os efeitos desestabilizantes da categorização que realiza, provocando um movimento de inconformidade do sensível.

Da mesma forma que defende a emancipação e a igualdade, para Rancière, a democracia não poderia ser institucionalizável. Logo, seria uma figura detentora de um norte que parte da igualdade como forma de emancipação. Tal emancipação, por sua vez, deveria ser compreendida como uma via de reconfiguração subjetiva, não como qualquer instituto pedagógico. Como objeto, o autor defende que se teria a busca pela partilha do sensível, mas esta não deveria ser compreendida como uma forma de estipulação de determinada força, mas como a administração de uma forma desestabilizadora de caracterização da polícia.

Assim, a polícia *lato sensu* seria a responsável pela caracterização dos indivíduos, dando a cada *grupo* um nome “correto”, os ambientes e as atividades que estes devem exercer. Por sua vez, a política democrática seria considerada como a existência de nomes incorretos, termos impróprios, que articulam um hiato e o conectam com a injustiça (como dispõe Rancière), seria o fim da necessidade de ocupar uma caracterização, a possibilidade de existir um dissenso e de não ser calado pela imposição de um consenso.

#### **4 A tentativa de imposição do consenso vestindo uma variedade de nomes: o bem comum, a paz social ou a ordem pública**

A Constituição Federal de 1988 prevê a necessidade da paz social em seu artigo 136, que assim dispõe:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a **ordem pública** ou a **paz social** ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza (grifo nosso).

Quanto à ordem pública, além do artigo posto ao norte, é prevista mais quatro vezes, conforme percebe-se:



Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

II - pôr termo a grave comprometimento da **ordem pública**;

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da **ordem pública** e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da **ordem pública**; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

[...]

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da **ordem pública** e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas [...](grifos nossos).

Apesar da expressão “bem comum” não constar em nossa Constituição Federal, encontra-se previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que assim dispõe:

Art. 50 Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do **bem comum** (grifo nosso).

No Código de Processo Penal, a expressão “ordem pública” é utilizada nas seguintes situações:

Art. 70 Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a **moralidade ou a ordem pública**.

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

[...]

§ 20 Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por

sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

[...]

IV - responder à gravíssima questão de **ordem pública**.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da **ordem pública**, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Art. 427. Se o interesse da **ordem pública** o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

Art. 781. As sentenças estrangeiras não serão homologadas, nem as cartas rogatórias cumpridas, se contrárias à **ordem pública** e aos bons costumes.

Apesar de justificarem atitudes que podem gerar a supressão de garantias individuais e a imposição de condutas de forma arbitrária, nenhuma das normas citadas prevê o conceito de tais expressões, tampouco uma formula valorativa (ou não) para alcança-los. Sempre no sentido de busca pela proteção da sociedade, constituem-se palavras legitimadoras de atitudes amplas e invasivas, que ficam a critério dos interesses de seu aplicador.

Uma sociedade formada por indivíduos com diferentes perspectivas de vida, diferentes planos de vida e classes sociais, inevitavelmente, levarão a uma infinidade de pontos de vista sobre um mesmo tema corriqueiro. A busca por um consenso acaba se tornando algo ilusório, bem como o voto da maioria se transveste em uma arma de opressão e alienação das massas, como um verme de tirania em uma sociedade democrática (que historicamente deveria pregar o respeito e a igualdade entre os indivíduos).

Não existe qualquer compreensão única do conteúdo das expressões “bem comum”, “paz social” ou “ordem pública”. Inexiste um único conceito que todos os indivíduos de uma determinada sociedade (ocupantes de todas as classes sociais) concordem e aceitem de boa vontade como algo que terão que abrir mão de seus desejos e interesses privados para a percepção de tal objetivo pela coletividade.

Ademais, não podemos nos furtar de considerar que o homem nem sempre é um ser racional, muitas vezes tomando decisões pautadas em exclusivamente em paixões pessoais. Ainda que determinado objetivo seja pleno de consentimento (como por exemplo, o fim da violência) a melhor forma de alcançar tal ideal, provavelmente, geraria discórdia. A pluralidade de partidos e ideologias defendidas em muitos regimes democráticos, por si só já atesta a multiplicidade existente e a impossibilidade de conceituar um único bem comum a ser coletivamente perseguido.

Ainda, especificamente sobre o bem comum, Schumpeter<sup>22</sup> apresenta três argumentos contra a existência de uma ideia única como a vontade de todos os indivíduos razoáveis. Em primeiro lugar, não existiria um conceito de bem comum sobre o qual todos concordem ou sejam levados a concordar através de argumentos racionais, pois para os diferentes grupos tal bem comum pode significar coisas completamente diferentes. Em segundo lugar, mesmo que um conceito único fosse definido, isso não representaria a existência de respostas para as demais questões isoladas existentes em uma comunidade. Em terceiro lugar, defende que se não houver um centro sobre o qual a vontade do povo gravite nunca se chegará a um tipo de vontade geral natural. O autor ressalta que:

Todos teriam que saber precisamente o que desejam. Essa vontade definida teria de ser implementada pela capacidade de observar e interpretar corretamente os fatos diretamente acessíveis a todos e joeirar criticamente as informações sobre os fatos que não o são. Finalmente, dessa vontade precisa e desses fatos verificados ter-se-ia de tirar uma conclusão clara e pronta quanto às questões particulares, de acordo com as regras de inferência lógica

---

<sup>22</sup> SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: ed. Fundo de cultura, 1961. P. 314.

– com um grau tão alto de eficiência geral, ademais que se pudesse dizer da opinião de qualquer um, sem absurdo manifesto, ser tão boa quanto a de qualquer outro. E tudo isso o cidadão típico teria que realizar por si mesmo e independente de grupos de pressão e da propaganda<sup>23</sup>.

Nesse sentido, percebe-se que o bem comum, a paz social ou a ordem pública, acabariam representando utopias de manipulação e fortes armas de alienação das massas (que se deixa domesticar pelo consenso como uma forma de alcançar o sonho da paz total social), uma vez que sua caracterização, bem como os possíveis caminhos para alcançá-lo, nunca poderão ser estabelecidos mediante um sistema de concordância de todos os indivíduos.

## 5 Conclusão

Relembra-se que à polícia *lato sensu* intenta a aplicação de uma força caracterizadora de espaços e identidades, disseminando o consenso, deslegitimando discursos minoritários, excluindo parcelas que “não entrem no jogo econômico”, suprimindo a heterogênea social, restringindo o espaço perceptível dos indivíduos, ocupando seus vazios e segregando parcelas sociais inteiras.

Por outro, em contraponto a polícia *lato sensu*, na lógica da política, a igualdade em conjunto com a democracia buscaria alcançar os interesses de todos os seres falantes, pois seriam verificadas um conjunto de práticas de emancipação e de igualdade, encontrando forte conexão com as categorias consideradas como “negadas” ou excluídas pela sociedade. Contudo, a integração de tal parcela não demandaria uma necessidade de caracterização, ainda como grupo periférico. Tal formação e integração seriam realizadas como indivíduo pensante, como voz, sem precisar de uma configuração como grupo constituído ou como membro constituinte de um consenso, ainda que minoritário.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 316.

A polícia lato sensu conheceria apenas a domesticação dos indivíduos e seus fluxos, bem como o preenchimento de vazios. Enquanto que a via contrária buscaria a disseminação das vias de igualdade como formas de sentir o mundo comum e acabar com qualquer caracterização existente, provocando uma verdadeira desestabilização da distribuição de títulos, da manutenção de consensos e da adestração de indivíduos. O jogo político, então, poderia ser compreendido pela conexão (ou não) destas duas formas de compreender o agenciamento da sociedade.

Nesse contexto, a ideia de emancipação apresenta-se em conjunto com a igualdade, em contra partida às regras caracterizadoras disseminadas pela polícia lato sensu, pois nessa haveria uma verdadeira impossibilidade de identificação, ou seja, de caracterização do sujeito.

Quanto à democracia, esta pode ser compreendida, conforme atestado por Rancière, como um projeto que se encontra em constante debate consigo mesmo. Uma democracia verdadeira seria aquela que contesta e até combate a si mesma, não aceitando a imposição de qualquer caracterização, mas confrontando a ordem policial impositora de consensos para que se possa chegar (ou ao menos tentar alcançar) até um projeto igualitário.

Essa compreensão do amplo aspecto da polícia, sua necessidade frente uma sociedade e seu papel ímpar no estabelecimento de uma política, se faz necessário para que se possa começar qualquer libertação individual, bem como para a valorização do indivíduo como detentor de uma personalidade pensante que deve ser respeitada em uma democracia (uma vez que por si só pressupõe a existência de uma heterogenia).

Tal lógica só consegue ser sustentada frente à compreensão da democracia como liberdade, progressivamente, substituindo a posição da igualdade em sua matriz e como princípio norteador. Dessa forma, tal viés facilita a existência de um modelo governamental conectado a uma via político-jurídica e econômica-governamental, gerando a deturpação do princípio igualitário clássico para uma igualdade apenas de direitos, assim como uma supremacia do princípio da liberdade como forma de manter

tais espaços econômicos e as posições de grupos economicamente mais favorecidos, tudo sobre um manto de legitimação e legalidade ofertado pela positivação das normas e a disseminação de discursos padronizados.

Bourdieu<sup>24</sup> já alertava sobre a dificuldade de pensar o Estado com os elementos ofertados apenas por este. Contudo, é exatamente isso que ocorre na atual sociedade. Percebe-se uma opinião populista que demanda por ações imediatistas (como o aumento das penas ou a criação de reprimendas mais duras), se configurando como um dos fatores que estimula a mediocridade de pensamento e a falta de profundidade no debate sobre questões fundamentais (que acabam perdendo a legitimidade do discurso) como, por exemplo, a formação da sociedade, a razão e necessidade da existência de livres pensamentos, o poder demandado e ofertado pela/para a polícia e por uma sociedade que se considera como democrática.

Faz-se necessária a existência de uma verdadeira reestruturação, no sentido de se emancipar da necessidade de identificação impregnada. É forçoso o desestímulo ao consenso, aceitando a pluralidade de formas de sentir existentes na coletividade. Mostra-se necessária a adequação das funções exercidas como um meio de influenciar esta via desclassificadora e, conseqüentemente, garantidora de direitos, bem como respeitar as garantias de todos os indivíduos (até daqueles considerados como “*sem-parte*”), cobrindo, assim, certo “desentendimento” necessário para uma ordem que se considere como democrática e respeitadora da heterogenia que qualquer comunidade formada por indivíduos pressupõe.

Nesse sentido, percebe-se a existência de diversas expressões que intentam sustentar a crença e a legitimidade de tal racionalidade, de forma que as ideias opostas sejam segregadas e caladas, até que todos se curvem para a alienação e domesticação coletiva, mediante a desistência de si próprio e a aceitação de um consenso imposto (e, aparentemente, indiscutível).

---

<sup>24</sup> Bourdieu, Pierre. Espíritos de Estado. Gênese e estrutura do campo burocrático. In BOURDIEU, P. Razões Práticas. Sobre a Teoria da Ação. Campina: Papyrus, 2011, p. 91-124.

Para que seja possível a superação de tais preleções, faz-se necessário seu conhecimento. A sociedade precisa reestabelecer sua posição no estado, não aceitando que a burocracia e o consenso afastem os indivíduos da posição de destaque que cada um (considerado individualmente e de forma igual) ocupa na comunidade. Conhecer os discursos e as formas direcionadas a uma lógica econômica pode ser o começo de uma disseminação de ideias de emancipação ou, pelo menos, de uma convivência um pouco menos acrítica no meio social.

## 6 Referências

- BITTNER, Egon. **Aspectos do trabalho policial**. São Paulo: edusp, 2003.
- BAYLEY, David H. **Padrões de Policiamento**. São Paulo: edusp, 2004.
- BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudo de sociologia do Desvio**. Rio de Janeiro: Zahar.
- Bourdieu, Pierre. *Espíritos de Estado. Gênese e estrutura do campo burocrático*. In BOURDIEU, P. **Razões Práticas. Sobre a Teoria da Ação**. Campina: Papyrus, 2011.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo. Martins Fontes. 2008.
- \_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir**. 12. Ed. Petrópolis. Vozes. São Paulo. 1995.
- GOLDSTEIN, Herman. **Policiando uma sociedade livre**. São Paulo: ed usp, 2003.
- MONJARDET, Dominique. **O que faz a Polícia**. São Paulo: ed usp, 2012.
- JASMIN, Marcelo Gantus. **Alexis de Tocqueville: a Historiografia como Ciência da Política**. Travessa, 2005.
- RANCIÈRE, Jacques. **Política, polícia, democracia**. Santiago: LOM, 2006.
- \_\_\_\_\_. **En los Bordos de lo Político**. *Escuela de Filosofía Universidad ACIS*.
- \_\_\_\_\_. **O Desentendimento. Política e Filosofia**. São Paulo: Ed. 34, 1996.

SILVA, Jorge. **Criminologia Crítica: Segurança e Polícia**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. P. 299-300

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo do Direito Penal**. Trad. Sergio Lamarão. 2ª edição. Rio de Janeiro. Revan. 2007.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José H. **Manual de Direito Penal Brasileiro- Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **DIREITO PENAL BRASILEIRO- II, I**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.



## O crack e governamentalidade neoliberal

*Eduardo Neves Lima Filho*<sup>1</sup>

### Introdução

Vemos a política de combate às drogas se diversificar ao longo do século XX e neste início do século XXI. Medidas de contenção e tratamento diversificadas dando suporte a uma justificação para a segregação e seletiva a partir de um suposto combate às drogas e em especial aos identificados como traficantes.

Recentemente, vemos a intensificação ao combate à droga batizada de crack, bem como a implementação ou a tentativa de implementação de medidas de contenção e segregação de usuários de crack em diversas cidades do Brasil, dentre elas a cidade de São Paulo-SP, na qual tais medidas são justificadas oficialmente como medidas de proteção aos próprios usuários e como forma de combater os traficantes presentes na área nomeada de “Cracolândia”.

Nesse contexto, a questão que orienta o presente artigo é verificar em que medida podemos racionar o combate ao crack e à Cracolândia na cidade de São Paulo-SP e as medidas empregadas contra os seus ocupantes a partir de um racismo de estado instalado pela governamentalidade neoliberal.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará – UFPA, Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA, Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará – ESM/PA, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal, Advogado Criminal, e-mail: eduardonfilho@gmail.com.

Para nos ajudar a pensar a situação da Cracolândia, iremos nos apoiar principalmente no pensamento de Michel Foucault que nos fornece ferramentas de vital importância para reflexão e compreensão deste fenômeno.

Inicialmente, faremos uma breve exposição das atuais medidas de combate ao crack, em especial as direcionadas aos ocupantes da Cracolândia, buscando compreender a suposta racionalidade dessas medidas, bem como introduzir a ideia de biopolítica de Michel Foucault e relacioná-la à criminalização das drogas nesse contexto.

Em seguida, buscaremos demonstrar a influência do racismo de estado no tratamento destinado aos usuários de drogas, relacionando este fenômeno com a ideologia neoliberal, que acaba por gerar um racismo baseado no consumo e no capital econômico. Assim, poderemos articular a ideia de um tratamento diferenciado direcionado aos indivíduos relacionados de alguma forma ao crack a partir de um corte racista entre aqueles com capital econômico e aqueles desprovidos deste capital e, por isso, excluídos do mercado de consumo.

Importante destacar que o presente artigo não possui a pretensão de esgotar a discussão, mas sim convidar a uma reflexão a partir do esboço da questão do crack e dos questionamentos levantados.

## **2 Medidas de combate ao crack e aos ocupantes da cracolândia na cidade de São Paulo: manifestações do biopoder**

A região chamada de “Cracolândia” na cidade de São Paulo-SP não é tão recente, existindo pesquisas sobre a geografia desta região desde, pelo menos, meados da década de 1990 (RUI, 2016). Pouco se sabe acerca da chegada da droga chamada “crack” no Brasil, porém alguns estudos apontam que tal substância chegou e se territorializou inicialmente nas periferias da zona leste da cidade de São Paulo. Nos primeiros anos da década de 1990, ocorreu o fluxo da droga e seus usuários para áreas centrais da cidade “sedimentando, assim, o solo espacial e social de nascimento da

‘cracolândia’, hoje a mais famosa territorialização de consumo de crack do país” (RUI, 2016).

A “cracolândia”, atualmente está localizada nas imediações do Bairro da Luz e do Bairro de Santa Efigênia, região central da cidade de São Paulo. A área ficou conhecida pela presença de inúmeros usuários e vendedores de drogas, em especial o crack, porém estes não são os únicos presentes no espaço. De acordo com Rui (2012, p. 337):

Inúmeros são também os atores sociais que circundam e constituem o local: moradores das imediações e das pensões; comerciantes e frequentadores do bairro; transeuntes; trabalhadores dos arredores; profissionais de imprensa; estudantes realizando os mais diversos trabalhos de conclusão de curso; membros de várias instituições religiosas; fiscais da prefeitura; associações civis de moradores e comerciantes; ONGs; grupos de artistas e suas intervenções; urbanistas; movimentos sociais de luta por moradia; defensores dos direitos humanos; serviços públicos de saúde e de assistência; PCC; interesses político-eleitorais; construtoras imobiliárias; e investidores internacionais.

A concentração cada vez maior de compradores e vendedores nessa região, oriundos de outras áreas centrais da cidade ou da periferia para o centro, intensificou o conflito destes com os gestores do Poder Público. A situação de conflito se agravou na cidade de São Paulo com a eleição de João Dória como prefeito<sup>2</sup> nas eleições de 2016, iniciando seu mandato em janeiro de 2017.

Dória, ao assumir a prefeitura, declarou publicamente “guerra à Cracolândia”, prometendo o fim destes espaços (G1, 2017) e adotando como uma de suas “armas” nesta “guerra” a chamada internação compulsória de usuários de crack (Lei 10.216/2001<sup>3</sup>). Desde o ano de 2012, evidenciamos a realização de internações compulsórias de usuários de crack,

---

<sup>2</sup> Dória renunciou em abril de 2018, após pouco mais de um ano no cargo e atualmente foi eleito governador do Estado de São Paulo nas eleições de outubro de 2018.

<sup>3</sup> Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

[...]

inicialmente na cidade do Rio de Janeiro e em seguida na cidade de São Paulo (KELTER e SILVA, 2013).

Doria intensificou a utilização das internações com o pedido judicial realizado em maio de 2017, o qual foi concedido pelo juiz de primeiro grau facilitando a internação dos usuários de crack. O magistrado autorizou de forma genérica que usuários de drogas fossem apreendidos para avaliação médica e no caso de confirmação de dependência química, seria realizado pedido judicial individualizado para internação compulsória. Posteriormente, esta decisão foi cassada liminarmente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Além dessas medidas, a presença de policiais militares e da guarda municipal é constante na “Cracolândia”. Os policiais militares, cotidianamente, realizam rondas em viaturas e com a cavalaria e guardas municipais estão presentes todos os dias vigiando os usuários (RUI, 2012), supostamente tentando diferencia-los dos traficantes.

Prédios da área foram demolidos (FOLHA DE SÃO PAULO, 2017) e limpezas diárias são realizadas, com a retirada das pessoas do local durante o processo, e com a utilização de jatos de água para impedir que sejam montados barracos ou estruturas fixas no local (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018). Essas limpezas realizadas acabam por gerar conflitos com a polícia, acarretando na ampla utilização de gás lacrimogêneo, prisões e agressões (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018).

Nesse contexto, podemos ver que as medidas voltadas contra indivíduos em situação de rua, em especial contra os usuários de crack, intensificam-se a cada dia na Cracolândia na cidade de São Paulo. Evidenciamos a adoção de medidas segregadoras, alienantes e violentas que atingem os ocupantes dessa área urbana, medidas que se confundem com verdadeiras práticas de higienização humana voltadas a proteção estética da cidade.

---

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

[...]

Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

Os ocupantes da Cracolândia são postos à margem, são destinatários de ações violentas dos agentes policiais sem qualquer respeito à integridade física, à liberdade e à vida. A violência é exercida de forma indiscriminada aos ocupantes sob a justificativa de combater o tráfico de drogas e de prender os supostos traficantes que atuam na área.

Ocorre que a venda de drogas e o uso de drogas ocorre em vários lugares e por pessoas com rendas diferenciadas, mas o uso de violência e repressão se dá de forma seletiva. É notório o amplo uso de drogas em festas frequentadas por indivíduos costumeiramente classificados como de classe média, sem que vejamos, porém, qualquer mobilização policial para reprimir e prender os compradores e os vendedores.

A compreensão desta atuação seletiva pode ser melhor entendida pela noção de biopolítica a nós apresentada por Michel Foucault. De acordo com o autor, a partir do século XVIII, vimos a consolidação de técnicas de poder massificantes direcionadas ao homem-espécie (FOUCAULT, 2005).

Ainda seguindo a construção do autor francês, podemos pensar que a proibição e a repressão às drogas correspondem à articulação entre mecanismos disciplinares - que recaem sobre os indivíduos usuários e vendedores - e mecanismo regulamentadores - que recaem sobre a população como um todo e que podem ser evidenciados, por exemplo, pela proibição de venda e consumo de drogas, a determinação do que as pessoas podem ou não fazer com seus corpos, bem como na seleção de quais substância podem ser usadas e quais não podem, criando o binário drogas lícitas/drogas ilícitas.

Pode-se dizer que o elemento que vai circular entre disciplinar e o regulamentador, que vai aplicar, da mesma forma, ao corpo e à população, que permite a um só tempo controlar a ordem disciplinar do corpo e os acontecimentos aleatórios de uma multiplicidade biológica, esse elemento que circula entre um e outro é a “norma”. A norma é o que pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar (FOUCAULT, 2005, p. 302).

Assim, podemos ver a normalização que recai sobre as drogas como aquilo que permite a repressão sobre o corpo dos indivíduos com a incidência de mecanismos disciplinares, como o presídio, a polícia e os hospitais de internação - como se tentou fazer em São Paulo por meio da internação compulsória e com as prisões dos supostos traficantes - e ao mesmo tempo, ao determinar quais substâncias são ilícitas e lícitas, o que permite um controle populacional com influência política e econômica correspondente.

A proibição do uso e da venda de drogas está diretamente relacionada com a manutenção de desigualdades sociais e a respectiva criminalização<sup>4</sup> é uma forma de manutenção das desigualdades. Da mesma forma que os bens, que a propriedade é distribuída de forma desigual, uns com muitos e outros com poucos, a criminalidade corresponde a um “bem negativo” que também é distribuído de forma desigual (BARATTA, 2002) e de forma inversamente proporcional.

Podemos evidenciar essa distribuição desigual pelas pesquisas de Vera Malagutti Batista. De acordo com a autora, nos anos sessenta, percebe-se um aumento do consumo de cocaína no Rio de Janeiro, causando o aumento das infrações relacionadas à posse, ao consumo ou à venda de cocaína, “aos jovens de classe média que consomem, aplica-se o estereótipo médico, e aos jovens pobres, que a comercializam, o estereótipo criminal” (BATISTA, 2003, p. 84). Nesse contexto, consolida-se a ideologia da diferenciação, com a clara separação entre doente e delinquente/consumidor e traficante (CARVALHO, 2014).

Além da normalização relacionada a criminalização das drogas, podemos vislumbrar uma espécie de normalização dentre as drogas ilícitas. As diferentes formas de ver e de tratar usuários de diferentes tipos de drogas ilícitas. Regra geral, a criminalização de drogas específicas tem relação direta com questões sociais e raciais, gerando variadas formas de agir e reagir aos usuários e vendedores de acordo com o tipo de droga em questão.

---

<sup>4</sup> “Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama criminalização” (ZAFFARONI et al, 2015, p. 43).

O início da criminalização de várias espécies de drogas, por vezes, não teve uma real origem em argumentos de saúde pública, mas sim questões outras, geralmente econômico-sociais e posteriormente recebem uma roupagem de ciência (p.ex. ciência médica e psiquiátrica). Batista (2003, p. 81), ao tratar da criminalização das drogas nos Estados Unidos da América, nos lembra que:

A primeira lei federal contra a maconha tinha como carga ideológica a sua associação com imigrantes mexicanos que ameaçavam a oferta de mão-de-obra no período da Depressão. O mesmo ocorreu com a migração chinesa na Califórnia, desnecessária após a construção das estradas de ferro, que foi associada ao ópio. No Sul dos Estados Unidos, os trabalhadores negros do algodão foram vinculados a cocaína, criminalidade e estupro, no momento de sua luta por emancipação. Estes três grupos étnicos disputavam o mercado de trabalho nos Estados Unidos, dispostos a trabalhar por menores salários que os brancos.

Por tais questões, podemos dizer que é possível identificarmos novas normalizações dentro do universo da droga. A título de exemplo, podemos ver a maconha que atualmente é muito mais tolerada do que há alguns anos. O crack, por sua vez, apesar de não ser uma droga nova, já existindo registro de sua chegada ao Brasil há pelo menos vinte anos, vem recebendo um tratamento diferente nos últimos anos.

A pergunta que imediatamente nos salta aos olhos é “por que?”. O que justifica esse recrudescimento com a repressão aos usuários e vendedores de crack, em especial na “Cracolândia”? Por que algumas drogas vêm recebendo um tratamento mais ameno (p.ex. maconha) e o tratamento dado a outras permanecem estagnadas ou intensificadas?

### **3 O combate ao crack: manifestação racismo de estado na era neoliberal do consumo**

Michel Foucault pode nos ajudar a racionar acerca de tais indagações. Como já mencionado, acreditamos que a criminalização das drogas pode ser pensada a partir da ideia de biopolítica.

Há muito tempo, a questão da droga é vista e tratada como uma questão de saúde pública. Uma verdadeira epidemia que assola a sociedade, causando danos à família, levando os indivíduos ao desemprego e à prática de diversos outros delitos. De acordo com Marcus Alan Gomes (2015), os meios de comunicação evidenciam o tráfico como um problema endêmico e insolúvel e que está sempre relacionado à elevação dos índices oficiais da criminalidade, criando um inimigo (o traficante), cuja a existência passa a representar a metáfora de diversos outros problemas sociais:

A complexidade social da questão é ignorada pela cegueira de um discurso ideológico que rotula o traficante como perigoso e perverso, criando um modelo estigmatizado de desviante com base em critérios materiais (um estranho ao universo da economia formal), étnicos (negro e mestiço), demográficos (morador de zonas de risco) e de comportamento (vestuário, gírias etc.), como se não ocorresse tráfico e não houvesse traficantes em meio aos considerados *cidadãos* (GOMES, 2015, p. 101).

Desde a década de sessenta, vemos o surgimento e a consolidação do modelo médico-sanitário-jurídico de controle de sujeitos envolvidos com drogas (CARVALHO, 2014). Nesse período, a questão da droga se apresentava como uma luta entre o bem e o mal, constituiu-se um estereótipo moral, com a droga assumindo um perfil de “demônio”; por meio do discurso oficial, potencializava-se as leis penais repressivas e conjuntamente criava-se o estereótipo moral do consumidor (OLMO, 1990).

Com a utilização da internação compulsória em algumas cidades do Brasil, dentre elas São Paulo, vislumbramos uma clara tentativa de refortalecer o discurso médico-psiquiátrico, associando a imagem do usuário de crack à pessoa com doença psiquiátrica. Esse contexto, em especial no quadro atual da Cracolândia, está relacionado diretamente com a sociedade de normalização, que de acordo com Foucault (2005) corresponde a sociedade onde se cruzam a norma disciplinar e norma da regulamentação. Nessa tecnologia de poder, que tem como objeto e como objetivo a vida biológica, o homem enquanto ser vivo, e na qual evidenciamos o direito de fazer viver e



deixar morrer, o direito de matar e a função do assassinio (função de morte) só é possível com a intervenção do racismo.

De acordo com Foucault, racismo é, primeiramente, um corte. O corte entre o que deve viver e o que deve morrer. De acordo com o autor, esse racismo corresponde a qualificação de certas raças como boas e outras como inferiores, fragmentando o campo biológico de que o poder se incumbiu, é uma forma de defasar uns grupos da população em relação a outros grupos, assim “Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer cesuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder” (FOUCAULT, 2005, p. 305).

O racismo possui também uma segunda função, a função de estabelecer uma relação positiva, no sentido de que, quanto mais se deixar morrer, por isso mais se viverá. Essa relação entre maximizar a vida por meio do fazer morrer é o que Foucault chama de relação guerreira. O racismo faz funcionar essa relação guerreira de uma forma totalmente nova e compatível com o exercício do biopoder, pois “a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura” (FOUCAULT, 2005, p. 305).

Esses grupos, vistos como inferiores, são considerados como perigos externos ou internos, em relação à população e para a população e a eliminação desses grupos corresponde a eliminação do perigo biológico e ao fortalecimento da própria raça, “a raça, o racismo, é condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização”, desta forma é possível dizer que “A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo” (FOUCAULT, 2005, p. 306).

Muito importante destacarmos que, ao tratar da morte, do deixar morrer, Foucault não está se referindo apenas a morte propriamente dita, do “assassinio direto, mas também tudo o que pode ser assassinio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição” (FOUCAULT,

2005, p. 306). Assim, podemos entender que o deixar morrer, não corresponde apenas a deixar falecer, mas também corresponde a deixar sofrer, deixar a margem.

Deixar morrer pode ser visto como deixar a mercê da própria sorte, poder ser deixado ao relento e ao mesmo tempo sem direito de estar ao relento. É deixar ser violentado sem ser diretamente violentado. O racismo, porém, pode e deve ser visto não apenas como uma questão de raça propriamente dita, mas como algo além.

O racismo de Estado pode ser visto também a partir de questões econômicas, gerando o desvalor dos que possuem uma condição econômica menos favorecida e o valor dos que estão em uma condição mais favorecida. Os menos favorecidos, os “não economicamente produtivos”, os não consumidores são postos como inferiores, como a raça inferior que deve ser combatida e controlada para a proliferação da vida dos demais.

O racismo de Estado pode e deve ser visto como o corte feito entre inferiores e superiores por questões que vão além da raça. Nesse raciocínio, a primeira função do racismo atua realizando a fragmentação entre consumidores e não consumidores. Isso se dá, em grande medida, em decorrência do neoliberalismo, que corresponde, antes de tudo, a uma governamentalidade, ou seja, uma arte de governar. Governamentalidade, para Foucault, seria a maneira como se conduz a conduta dos homens, ou ainda, técnicas e procedimentos destinados a dirigir a conduta dos homens (DELUCHEY, 2015).

Na governamentalidade neoliberal, orientada pela razão do Estado mínimo, ocorre um deslocamento da racionalidade político-jurídica, para uma racionalidade econômico-política, na qual o mercado ocupa o lugar de veridicação. O mercado passa a ser o local onde se encontra a verdade, a verdade é apresentada por meio das “leis naturais” do mercado, que orienta o Estado no seu agir. É o mercado que “vai dizer” o que o Estado pode e o que ele não pode fazer (DELUCHEY, 2015).

Acreditamos que as leis do mercado também fixam o valor de cada pessoa, ou seja, o mercado é quem diz quais pessoas possuem valor e quais não

possuem, é o mercado que fixa os grupos que devem viver e quais podem morrer. A questão da utilidade, fortemente evidenciada na governamentalidade neoliberal, não deve ser vista apenas como a utilidade das medidas adotadas pelo Poder Público. De acordo com Foucault (2008, p. 60):

Troca, do lado do mercado - utilidade, do lado do poder público. Valor de troca e verificação espontânea dos processos econômicos, medidas de utilidade e jurisdição interna dos atos do poder público. Troca para as riquezas, utilidade para o poder público: eis como a razão governamental articula os princípios fundamentais da sua autolimitação.

Porém, a utilidade pode ser transposta também para as pessoas. Qual a utilidade que um determinado grupo possui? Quão inserido na lógica neoliberal ou qual utilidade ela tem para essa razão de Estado? A partir desta análise utilitarista dos seres humanos, os grupos humanos são valorados, ocorrendo a identificação de grupos que devem viver e grupos que devem morrer para o fortalecimento daqueles (úteis) que devem viver.

Os inúteis devem ser controlados e contidos. A força de trabalho que é expulsa do processo produtivo corresponde ao excesso que precisa ser contido. São massas crescentes de sujeitos que excedem as exigências do sistema, são populações problemáticas (*surplus* de força de trabalho) determinadas pela reestrutura capitalista pós-fordista que são geridas cada vez mais pelos dispositivos de repressão penal do desvio (DE GIORGI, 2013).

O sistema penal não é voltado, porém, para todos os desempregados de forma indiscriminada, pois: “O incremento do encarceramento não está, portanto, ligado genericamente ao desemprego, mas sim ao desemprego que atinge alguns estratos sociais considerados perigosos à ordem constitutiva: minorias étnicas, imigrantes, jovens marginais” (DE GIORGI, 2013).

Nesse contexto, voltamos à função guerreira do racismo de Estado, a qual é evidenciada claramente na chamada “guerra contra as drogas” incorporada como discurso oficial daqueles que ocupam os cargos públicos e que é repetido à exaustão pela mídia. A guerra não é travada realmente contra a drogas, mas sim contra os vendedores e os compradores das drogas (de alguns tipos de drogas de forma mais intensa), postos como

aqueles que devem morrer para que as “pessoas de bem” possam viver. Como bem nos lembra Foucault (2005, p. 308):

Se a criminalidade foi pensada em termos de racismo foi igualmente a partir do momento em que era preciso tornar possível, num mecanismo de biopoder, a condenação à morte de um criminoso ou seu isolamento. Mesma coisa com a loucura, mesma coisa com as anomalias diversas.

A identificação da droga com o inimigo do estado que precisa ser combatido não é de agora. No Brasil, há séculos vemos a proibição da droga por meio de sua criminalização<sup>5</sup>, com a alteração da postura estatal e do discurso que a justifique. A título de exemplo, podemos dizer que a política de combate às drogas foi também moldada fortemente pela Doutrina de Segurança Nacional a partir do Golpe Militar de 1964, passando a dispor de um modelo repressivo militarizado visando à eliminação do inimigo. A estrutura política de drogas requeria uma reformulação: “ao inimigo interno político (subversivo) é acrescido o inimigo interno político-criminal (traficante)” (CARVALHO, 2014, p. 62).

Nesse contexto, as primeiras campanhas de lei e ordem, tratando abertamente a droga como inimigo interno, datam do início da década de sessenta. A esse respeito, muito relevantes são as palavras de Vera Malaguti Batista (2003, p. 84-85):

As ações governamentais e a grande mídia trabalham o estereótipo político criminal. Na medida em que se anuncia a transição democrática, este novo inimigo interno justifica maiores investimentos no controle social. Nas vinte e seis fichas referentes ao verbete “tóxicos” nos arquivos do Dops, a “construção do estereótipo” está sempre presente. Uma delas, de janeiro de 1973, intitula-se “Tóxicos e Subversão”; é um documento oficial, um artigo sobre a toxicomania como arma dos comunistas. Citando Lênin, Mao e Ho Chi Min, atribui-se a disseminação do uso de drogas a uma estratégia comunista para a destruição do mundo ocidental.

---

<sup>5</sup> Costuma-se apontar as Ordenações Filipinas (Livro V, Título LXXXIX) como a primeira criminalização de substâncias entorpecentes no Brasil, proibindo a posse e a venda de rozalgar ou qualquer outro veneno.

Por sua vez, dentro da atual conjuntura da Cracolândia, podemos evidenciar um novo corte entre grupos. Além da ruptura entre os compradores e vendedores, temos outra ruptura a partir do tipo de droga, que nos mostra algo muito mais além do mero tipo de substância tida por ilícita. Esse outro corte corresponde a separação entre o grupo de pessoas envolvidas com o crack e o grupo de pessoas envolvidas com outros tipos de drogas (p.ex. maconha, ecstasy, cocaína, etc.).

O atual tratamento dispensado aos usuários e vendedores de crack, como demonstramos no tópico anterior, vem se diferenciando do tratamento dado aos grupos relacionados com outras substâncias. Por que esse tratamento diferenciado? Por que não ouvimos falar em propostas de internação compulsória para usuários de cocaína? Por que medidas vexatórias e humilhantes são voltadas predominantemente para os sujeitos ocupantes da Cracolândia?

Não nos parece que a questão em debate na Cracolândia corresponda exclusivamente a uma questão de repressão à venda e ao uso de drogas. Ao lado disso, há uma questão tão relevante quanto: a questão social. Grande parte dos usuários de crack não são apenas usuários de crack; são também pobres, miseráveis em situação de rua, ocupando o espaço público com sua feiura que causa insegurança aos sujeitos detentores do capital econômico, lembrando-lhes, sempre que passam com seus carros importados, que problemas sociais existem e causando-lhes sentimento de culpa pela sua capacidade econômica de consumo.

Os detentores do capital econômico precisam de liberdade para consumir, precisam consumir sem culpa, precisam transitar pelo centro da cidade sentindo que a cidade lhes pertence. As cidades têm seus fluxos de entrada e saída regulados e com o estabelecimento de:

*no-go-areas* disseminadas pela metrópole e assinalam visualmente que existe uma diferença fundamental entre “aqueles que, na cidade pós-moderna, leem o aviso *no-go-area* como ‘eu não quero entrar’” e “aqueles para quem *no go se* traduz por ‘eu não posso sair’” [...] Redesenham-se aqui novos contornos do gueto urbano que, em ‘simbiose mortal’ com o dispositivo carcerário, coloca-se como garante das estratégias de fragmentação e separação hierárquica da

força de trabalho, restabelecendo artificialmente a diferença e a distância social entre “incluídos” e “excluídos” (DE GIORGI, 2013, p. 104).

As instituições de zonas urbanas de acessibilidade diferenciada alimentam um regime de estranheza que tem como objetivo a segmentação da multidão, o que se dá por meio de uma ecologia do medo que, na cidade, se materializa na figura do estrangeiro, do imigrante, do desempregado, do dependente químico (DE GIORGI, 2013).

A Cracolândia acaba por romper com essas separações das zonas urbanas gerando uma maior instabilidade, na medida em que ela corresponde a uma *no-go-area* encravada no centro da cidade ampliando o medo e a insegurança daqueles indivíduos uteis e inseridos no mercado de consumo.

O racismo de estado, a partir da lógica neoliberal, é o que possibilita a consolidação do sentimento de que os não consumidores precisam morrer para que os consumidores possam viver. Esse não consumidor, em especial o usuário de crack em situação de rua e todos aqueles que com eles se encontram, corresponde ao *homo sacer*, ou seja, é aquele que pode ser assassinado sem que seja considerado homicídio (AGAMBEN, 2007).

De acordo com Giorgio Agamben (2007), a figura do *homo sacer*, instituto jurídico da Roma Antiga, corresponde a uma forma de punição pela qual o punido não é condenado a morte, porém é posto a sua própria sorte sem que qualquer proteção lhe seja dada. Ele não pode ser submetido ao rito do sacrifício, porém pode ser assassinado por qualquer um sem que nenhuma consequência recaia sobre o assassino.

É exatamente o que evidenciamos na Cracolândia. Diariamente, os não consumidores são submetidos a tratamento vexatório, são vítimas de agressões da polícia militar e da guarda municipal, sem que qualquer consequência recaia sobre seus agressores. Os usuários de crack não são ritualmente condenados e ritualmente punidos, porém podem ser agredidos e punidos por qualquer um, sem que qualquer consequência recaia sobre o agressor.

O nosso *homo sacer* é definido pelo mercado. A verdade do mercado marca aqueles úteis e inúteis, aqueles que precisam ser protegidos e aqueles que podem ser postos a mercê de sua própria sorte e ao mesmo tempo são aqueles que representam o excesso e que precisam ser combatidos em nome daqueles que estão inseridos no mercado.

Os usuários e vendedores de crack, em especial os ocupantes da Cracolândia, estão dentre aqueles fora do mercado e inúteis para o mercado, que põe em risco o sentimento de segurança dos consumidores, e que, por isso, ficam expostos a morte e são ao mesmo tempo combatidos para que aqueles vistos como “sujeitos de valor” possam viver e prosperar.

#### **4 Considerações finais**

Acreditamos que ao final deste artigo, pudemos constatar que o tratamento dado ao crack – aos sujeitos envolvidos de qualquer forma com esse tipo de droga, em especial aqueles que ocupam a região chamada de Cracolândia – não está relacionado apenas com a uma suposta preocupação de saúde pública, à suposta preocupação com a integridade física dos usuários e com a tentativa de identificar e prender os traficantes que ali atuam.

Esses elementos do discurso dos sujeitos ocupantes de cargos públicos parecem ocultar o que realmente pode estar em jogo. A atuação estatal, a partir da racionalidade biopolítica de fazer viver e deixar morrer, está estreitamente relacionada com um racismo de Estado que não se limita a um corte biológico, mas também um corte econômico e social a partir de uma lógica neoliberal de consumo, lógica esta que estabelece aqueles que devem ser deixados para morrer por não serem considerados úteis da perspectiva do consumo. Somente com o perecimento desses sujeitos não consumidores, os consumidores poderão prosperar.

Ao contrário do Estado Mínimo neoliberal no que tange às políticas assistências, no que diz respeito à criminalização e punição de condutas –

dentre elas as relacionadas ao uso, à compra e à venda de drogas – a governamentalidade neoliberal atua como Estado Máximo e com o Direito Penal máximo. O corte econômico e social pode ser evidenciado por meio da forma pela qual a criminalização e o sistema penal atuam sobre os usuários de crack que correspondem a pessoas que estão a margem do mercado de consumo, despossuídas de capital econômico, atuação esta que se dá de forma completamente diferente daquela voltada para os usuários de outros tipos de drogas como a maconha e a cocaína, principalmente quando estes usuários são pessoas economicamente favorecidas.

Os sujeitos ocupantes da Cracolândia são *homo sacers*, alvos do racismo de Estado, expostos à morte e colocados à margem. A grande maioria desses ocupantes não são processados, não são presos, não são ritualizados, mas sofrem punições, castigos e assassinatos, sem que os agressores sejam responsabilizados.

## 5 Referências

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- DELUCHEY, Jean-François. **O Lado “B” da Liberdade: reprimir na era neoliberal**. In: Flávia Cristina Silveira Lemos et al. **Estudos com Michel Foucault: transversalizando em psicologia, história e educação**. Curitiba: PRV, 2015.



FOLHA DE SÃO PAULO. **Ação de Doria para demolir imóvel deixa feridos na cracolândia, em SP**, 2017. disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1886608-demolicao-de-parede-de-imovel-deixa-dois-feridos-na-cracolandia-em-sp.shtml>. acesso em: 25 jun. 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Cracolândia do centro de SP diminui, mas vive conflitos diários**, 2018. disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/02/1954861-agora-reduzida-cracolandia-tem-conflitos-diarios-no-centro-de-sp.shtml>. acesso em: 25 jun. 2017 2018

FOUCAUL, Michel. **Em Defesa da Sociedade**: Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Nascimento da Biopolítica**: Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

G1. **Doria pede à Justiça internação compulsória de usuários de drogas**, 2017. disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/doria-pede-a-justica-internacao-compulsoria-de-usuarios-de-drogas.ghtml>. acesso em: 25 jun. 2018.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Mídia e Sistema Penal**: As distorções da criminalização nos meios e comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

KELTER, Paul Jürgen e SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. **Legalidade e Finalidade da Internação Compulsória**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado. 2013, pág. 542 - 559

OLMO, Rosa. **A Face Oculta da Droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

RUI, Taniele. **Vigiar e Cuidar**: Notas sobre a atuação estatal na “cracolândia”. In: Revista Brasileira de Segurança Pública, vol. 6, n. 2, 2012.

\_\_\_\_\_. **Fluxos de Uma Territorialidade**: Duas décadas de “cracolândia” (1995-2014). In: KOWARICK, Lúcio e FRÚGOLI JR., Heitor (org). **Pluralidade Urbana em São Paulo**: Vulnerabilidade, marginalidade, ativismos sociais. São Paulo: Editora 34, 2016.

## A quem serve a polícia?

*Verena Holanda de Mendonça Alves*<sup>1</sup>

### Introdução

A Constituição Federal de 1988 buscou garantir a todos uma existência digna, destacando aspectos sociais e dando relevo aos cidadãos, além de atribuir ao Estado relevante atuação no campo econômico. A norma também trouxe uma série de princípios e objetivos dispostos por toda a carta que, em conjunto, formam a Constituição Econômica do Brasil, fundada nas concepções de um Estado Democrático de Direito.

Insurge-se uma patente necessidade de estruturação econômica, onde se demanda um Estado forte que não interferisse diretamente ou em demasia no domínio econômico, mas que concedesse as vias adequadas para a manutenção de tal estrutura, possibilitando uma ordem social que apresentasse uma gama de atuação imperativa com fim a manutenção de acordos econômicos e a proliferação de interesses capitalistas.

Ideias liberais como a de que o exercício da atividade econômica pelo indivíduo livre permitiria que a economia autorregulasse os mercados para o bem da sociedade, se mostraram verdadeiras falácias resultantes de uma concentração de empresas e capitais, assegurando um poder econômico

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde foi bolsista por colocação, frente aprovação em primeiro lugar na seleção de 02/2016. Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Pará - CESUPA. Professora da Faculdade Metropolitana da Amazônia - FAMAZ e do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Membro do grupo de pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos.

enorme na mão da esfera privada, acentuando as desigualdades sociais, demonstrando que um grupo de indivíduos deixam de ser interessantes ao mercado e possuem a sua exclusão deste quase que necessária para a manutenção da lógica.

Com isso, se observou a necessidade dos grandes centros de manter certa homogeneidade não apenas nos meios de produção, mas também na estruturação de pensamentos e ocupações sociais dos indivíduos. Para aqueles que são economicamente interessantes, é precípua que se mantenham nesta posição. Àqueles que não contribuem economicamente para o estado quedaria uma necessária exclusão.

É imperativo que estes indivíduos que não consomem em liberdade sejam transformados em consumidores de forma compulsória. Dessa forma, milhões de pessoas são estocadas no cárcere, sem qualquer direito fundamental e sobre o regramento de sub-normas. Tal incentivo à barbárie, em conjunto com uma série de políticas de administração do medo e discursos higienistas, geram o clamor popular no incentivo para a construção de novos presídios, aplicação de penas mais gravosas e a superestruturação das instituições com funções ligadas ao devido processo legal, o que acaba representando um investimento estatal e a geração de diversos empregos e rendas que se tornam necessários de serem criados, frente à (não tão) nova demanda gerada pela administração da criminalidade.

Para que tal lógica fosse considerada como socialmente legítima, se seguiu a tendência mundial de tratar assuntos econômicos em sentido jurídico, tentando apresentar certa preocupação com a ordem econômica e social do país. As vias jurídicas (conjunto de técnicas jurídicas) passaram a ser utilizadas como um instrumento para que busca dar segurança às práticas econômicas, garantindo certa atuação estatal como forma de manutenção da estrutura vigente.

Surge, então, o artigo 144 da Constituição Federal de 1988, legitimando a estruturação de instituições denominadas de polícias e determinando para estas o direito/dever de atuação como garantidoras da segurança pública, com o fim de institucionalizar a intromissão do Estado

no íntimo de uma parcela social bem determinada (conforme apresentado pelos dados do próprio Ministério da Justiça) que não se mostra economicamente forte ou útil para se manter em sociedade, bem como sustentar a parcela divergente em seus ambientes de atuação e, assim, fomenta a manutenção do mercado.

O Brasil sofreu diversas modificações legislativas e estruturais com o advento da Carta Magna. Apesar do diploma defender a democracia e a amplitude da exigibilidade dos Direitos Humanos e da Dignidade da Pessoa Humana, se percebe que a ordem impositiva e militarizada (que era regra em períodos históricos e previsões legislativas anteriores) foi pouco alterada, revelando que a mudança do texto alterou a aparência e a justificativa de sua atuação, mas não seu conteúdo, forma e direcionamento.

A articulação do artigo 144 não resultou de um debate acerca de novas possibilidades de participação ou de formas de satisfazer os anseios sociais estabelecidos na Carta, tampouco do papel que ocupariam em uma ordem democrática fundada na garantia dos direitos individuais e coletivos. Pelo contrário, foram pautadas em um modelo ditatorial, hierarquizado e autoritário que teria sido (em tese) superado com o advento do texto.

Após a inserção de tal dispositivo no texto constitucional formalmente foi organizada uma estrutura que se encontra disposta em normas desde a primeira constituição nacional e que se manteve independente da forma de governança que o país detinha. Com tal escusa jurídica, a estrutura denominada de polícia seria responsável por qualquer atitude discricionária e arbitrária que fundamentasse a manutenção de uma ordem pública (apesar de jamais conceituar tal instituto, deixando a cargo daquele que o utiliza).

A partir deste momento, após a criação da norma, a polícia seria a responsável por escolher quem integraria as cifras penais e quem não mereceria tal indignidade, reproduzindo para tal seleção ditames econômicos previamente determinados em detrimento da perseguição de parcelas muito bem definidas socialmente.

Quanto a tal caracterização, se percebe que esta se mostra clara por dados oficiais do próprio Ministério da Justiça ao afirmar que o corpo carcerário nacional seria formado por 61,67% de negros e pardos, presos por crimes contra a propriedade (46%) e relacionados à Lei de Drogas (28%), entre 18 e 24 anos (30,12%), com apenas o Ensino Fundamental completo (75,08%)<sup>2</sup>.

Apesar de, por meio de políticas econômicas, o Estado reger a economia com um conjunto sistemático de normas, se compreende que a destinação e aplicação destas sofre grande influência de uma padronização dos interesses capitalistas, visando possibilitar a manutenção de uma lógica de mercado, podendo ser visualizada com a tentativa estatal de incluir parte da população em um consenso gerador de uma estabilidade social e manter tais indivíduos nestes ambientes de consumo, bem como excluir aqueles que não se enquadram nesse padrão.

Pelo exposto, se depreende que a necessidade de manutenção de uma realidade econômica gera uma atuação estatal verdadeiramente ingrata com a massa social economicamente desfavorecida. Tal realidade só se mostra possível, também, pela administração do medo como ideologia, da estruturação das instituições policiais como via concreta de intervenção e exclusão legitimada, a transformação de não consumidores em consumidores, a impossibilidade de uma concorrência entre indivíduos de segmentos sociais diferentes e o fato da acumulação de capital ser alimentada por uma parcela menor numericamente (mas maior em detenção de propriedades e capital), gerando uma demanda chamada de cárcere.

Contudo, não podemos esquecer que a Carta de 1988 deveria representar independência frente o setor privado, bem como o respeito a uma igualdade formal, além de uma série de direitos sociais como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (entre outros).

---

<sup>2</sup> Disponível em: [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf). Acessado em: 23/102016, às 21:07.

Frente a atual conjuntura nacional e a necessidade de respeito aos ditames constitucionais de um Estado Democrático de Direito, o presente trabalho busca responder a seguinte pergunta: Em que medida a polícia, como instituição juridicalizada pela Constituição Federal, atua voltada para a defesa de interesses privados e a exclusão de parcelas certas baseadas nos interesses de mercado?

## **2 A polícia e a (des)ordem pública**

A instituição denominada de polícia está presente em todos os textos constitucionais nacionais, independente da forma de governo que estivesse em voga, quase sempre utilizando de embasamento para sua atuação a necessidade de manutenção da ordem pública.

Após a morte de Tancredo Neves, houve a retomada da supremacia civil que se deu de forma relativamente organizada. Nesse sentido, a constituinte de 1988, redigiu e aprovou a Constituição Federal de 1988 sobre a justificativa de instaurar uma democracia no Brasil. Conhecida como Constituição Cidadã, a carta trouxe uma série de garantias individuais que buscavam, entre outras finalidades, determinar os indivíduos como cidadãos formalmente iguais que deveriam ter seus direitos respeitados em todas as searas.

No tocante a existência de uma estrutura denominada de polícia, passou a integrar os órgãos responsáveis pela segurança pública, mantendo a finalidade de preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Para tanto, a Carta de 1988, determinou a competência da União para: organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio (artigo 21, XIV); executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (artigo 21, XXII); legislar sobre as normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares

e a competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais. Estipulou a competência conjunta da União, aos Estados e ao Distrito Federal de legislar sobre a organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis (artigo 24, XVI).

A Carta também definiu que as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares seriam instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, sendo seus integrantes militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (artigo 42).

Contudo, uma das previsões mais importantes foi a disposição trazida pelo artigo 144 da Constituição de 1988. Neste, a segurança pública seria dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio dos órgãos: polícia federal, polícia rodoviária federal; polícia ferroviária federal; polícias civis; polícias militares e corpos de bombeiros militares<sup>3</sup>.

Após tal dispositivo, são seguidas uma série de parágrafos e incisos na busca pela determinação da competência em relação a matéria e o território de atuação de cada uma das estruturas policiais dispostas nos incisos anteriores. Importante destacar que tais dispositivos não se afastam do disposto no *caput* do art. 144, ou seja, conectam as estruturas policiais a necessidade de manutenção de uma ordem pública, sem determinar o que seria esta, como uma verdadeira carta coringa legitimante para uma atuação discricionária policial.

Na tentativa de compreender qual seria o conteúdo conceitual (e portanto, limitador) da ideia de ordem pública, alguns autores como Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins tentam conectar esta com a necessidade de manter a estabilidade das instituições estatais. Vejamos (1997, fl.196):

---

<sup>3</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

A ordem pública é o primeiro objeto dos mecanismos de segurança pública. Não se admite perturbações à ordem, à paz, ensejando, se grave comoção colocar em risco a estabilidade das instituições – como comícios, grupos de facínoras ou terroristas formados para desestabilizar a ordem.

Conforme podemos perceber, até quando se tenta definir o que poderia ser considerado como a tal ordem pública justificadora da atuação policial nacional, se acaba recorrendo a definições igualmente vagas, o que faz com que o conceito de tais vocábulos acabe sendo fornecido por aqueles que o empregam nos casos concretos, baseados em suas conveniências e planos de vida, de forma completamente desigual e discricionária.

Sobre o tema, assevera Deluchey (2012. fl. 121):

Por demais militarizada, por demais ligada à noção de segurança interna descrita e consolidada pela doutrina autoritária de segurança nacional, restringida quase totalmente as instituições policiais que integram o seu campo de exercício, a segurança pública do regime militar não foi revisada através de um debate doutrinário sobre qual seria o papel das polícias na nova ordem democrática a ser constituída no Brasil.

A transposição das ideologias militares anteriormente existentes se mostra contraditória com a atual lógica normativa constitucional pós 1988, pois sustenta sua atuação em discursos truculentos e higienizadores, alimentando uma hierarquia entre indivíduos.

Nesse cenário, o sistema penal culmina na viabilização legítima da segregação destas parcelas, tendo como primeiro catalizador de indivíduos as agências policiais. Os responsáveis pela segurança pública acabam voltando suas vias de atuação a uma parcela certa de indivíduos e grupos sociais que, legitimados por uma democracia voltada aos interesses do mercado, acabam sofrendo restrições individuais justificadas por políticas públicas com finalidades diversas das popularmente difundidas e constitucionalmente previstas.

Existem diversas formas de visualizar o que seria a polícia e o papel dela dentro de um estado. Uma delas apresenta uma visão liberal que, em muitos momentos, confunde conceitos de polícia *lato sensu* e polícia



*stricto sensu*. Nesta, a polícia se resumiria a uma agência de aplicação da lei mediante as formas de policiamento existentes. Logo, o poder discricionário e coercitivo seria parte inerente ao exercício da função de preservar a ordem social. Na busca por tal fim, deveria, principalmente, garantir a propriedade privada, a livre concorrência do mercado e a liberdade de aquisição e troca de mercadorias (ainda que, para tanto, necessite segregar e excluir parcelas de indivíduos da sociedade).

Neste sentido, Bittner define a polícia como uma agência detentora de um poder discricionário e coercitivo, responsável pela aplicação da lei, mediante as formas de policiamento existentes. Para este autor, o engajamento dos agentes integrantes deveria ser voltado à ideia de manutenção da paz e da ordem, atividades que abarcaria um enorme número de possibilidades e responsabilidades no que concerne a atuação destes (2003, fl. 17-19).

Para Bayley a única característica exclusiva da polícia seria a concessão do uso da força física na busca pela regularização das relações interpessoais na comunidade. Para este, a polícia seria a união de três atribuições características, quais sejam: fazer; lidar; e tomar decisões ao lidar com as situações concretas (2002, fl. 117-119).

Goldstein, ainda, defende a complexidade que envolve a tentativa de compreensão do que seria a polícia, representando não apenas um degrau para sistema de justiça criminal, mas também a união de diversas outras finalidades, as quais muitas passariam bem distante da ideia de combater o crime (2003, fl. 39).

Por fim, Monjardet definiu a polícia como sendo uma instituição encarregada da função de deter e mobilizar os recursos de força decisivos, visando o objetivo de garantir ao poder o domínio ou a regulação do emprego da força dentro de determinadas relações sociais (2012, fl.27).

Percebemos que as visões apresentadas não são uníssonas na sua tentativa de conceituar o que seria a polícia. Contudo, todas possuem em comum o fato de não explicarem de forma exata o que estão tratando, ou seja, se versam sobre uma visão de polícia *lato sensu* ou *stricto sensu* (bem como o que seria exatamente cada uma). Da mesma forma, depreendemos

que estas fundam a existência de tal estrutura em algo quase mítico designado de ordem pública, paz social ou simplesmente a obrigatoriedade de cumprir o rigor lei (contudo tal rigor se aplicaria somente ao receptor da atuação estatal, não a instituição que a representa).

### 3 A disciplinarização dos corpos

Foucault lecionou que na sociedade neoliberal o exercício do poder de punir tem como objetivo “não punir menos, mas punir melhor”. Logo, o poder não é mera repressão, mas também possui uma finalidade mais profunda de máquina de configuração, categorização e manipulação, ou, ainda, nas palavras de Foucault, possui a “função de adestrar” sobre a lógica de um consenso imposto pela política econômica vigente.

Em 1978/1979, o filósofo Michel Foucault, nas suas aulas no Collège de France, alertou sobre o que denominou de “uma nova arte de governar”, a partir do século XVIII. Tal estrutura se caracterizaria pela instauração de mecanismos, a um só tempo, numerosos, internos e complexos que não intentaríamos o crescimento do estado como força, riqueza e poder, mas buscaríamos limitar este estado e seu poder de governar em uma atuação de dentro para fora. Nas palavras do autor, seria a arte de governar o menos possível (2008, p. 39-40).

Advertiu, ainda, sobre a formação de um lugar de *veridição* que passou a ser depositado no mercado, a partir do século XVII e XVIII. Tal constatação faria com que as práticas governamentais fossem deslocadas mediante o que o mercado apontasse como certo ou errado, constituindo uma verdadeira arte de governar o mínimo possível (denominada pelo autor de “época do governo frugal”) (FOUCAULT, 2008, fl. 41-42).

Importante destacar que Foucault faz uma diferenciação entre esta estrutura de mercado e a economia política. Dizendo que a primeira composição teria nascido na Idade Média como um lugar de justiça, pois apresentava a regulamentação relacionada a compra, venda e troca de mercadorias, estabelecia os preços justos sobre estas e buscava impedir a

ocorrência de fraudes. O mercado seria um lugar de justiça distributiva. Nas palavras do autor (2008, p. 43):

Esse sistema – regulamentação, justo preço, sanção da fraude – fazia portanto que o mercado fosse essencialmente, funcionasse realmente como um lugar de justiça, um lugar em que devia aparecer na troca e se formular nos preços algo que era a justiça. Digamos que o mercado era um lugar de jurisdição.

Tal formulação fez com que, com o tempo, o mercado passasse a ser visualizado como um lugar que indica a verdade. Em conjunto com as práticas governamentais e a estipulação de preços em conformidade com os mecanismos naturais do estado, começam a produzir um padrão que, quando sobreposto as escolhas de governança, apontam quais delas poderiam ser consideradas como boas e quais seriam consideradas como erradas.

Segundo Foucault, o mercado é que vai fazer com que um bom governo não seja apenas um governo justo, mas para ser considerado como um governo próspero é necessário que funcione com base nas verdades apresentadas. Nesse sentido, leciona que (2008, p. 45):

Digamos em termos simples e bárbaros que o mercado de lugar de jurisdição que era até o início do século XVIII, está se tornando, por meio de todas essas técnicas que, por sinal, evoquei ano passado a propósito da escassez alimentar, dos mercados de cereais, etc., um lugar que chamarei de veridificação. O mercado deve dizer a verdade, deve dizer a verdade em relação à prática governamental.

De outra forma, o autor destaca que o surgimento de uma economia política estaria conectada diretamente à necessidade de um governo mínimo. Nesse sentido, a formação de um novo lugar de verdade (encontrado no mercado), surgiria como uma via de governar regulamentarmente. Dever-se-ia deixar o mercado agir com o mínimo de intervenção possível, para que este pudesse ser livre na formulação de sua verdade, bem como deter vias para propô-la como nova regra à prática governamental existente (FOUCAULT, 2008, fl. 42).

Importante ressaltar também que Foucault explica que tal razão governamental, criada no século XVIII (o governo frugal e a lógica de um Estado mínimo), implica uma limitação interna de natureza jurídica. Tal assertiva se justificaria quando o problema central estaria em como, nessa lógica governamental, tal limitação poderia ser formulada em termos de direito (2008, p. 51-52).

A resposta de tal questionamento é importante para este trabalho, uma vez que é ela a utilizada como justificativa legitimante para a atuação das estruturas estatais montadas sobre os indivíduos.

Dessa forma, Foucault enumera duas respostas possíveis, quais sejam: a via revolucionária e um viés radical. A primeira, parte do direito em sua forma clássica, definindo possíveis direitos naturais que pertenceriam a todos os indivíduos e aqueles em favor dos quais teria sido aceita certa limitação ou troca. Definiria-se os direitos que tiveram sua cessão acolhida daqueles que não tiveram uma transação realizada. Dentro dessas determinações, seriam definidas as fronteiras da competência do governo (2008, p. 54).

A segunda visão partiria da própria prática governamental, buscando analisar quais os limites de fato que poderiam ser postos a essa governamentalidade. Tais circunscrições poderiam advir da história, da tradição ou de limites considerados como de certo modo desejáveis. Tais encostes seriam adequados frente os objetivos da forma de governança. Haveria a análise do governo, da sua prática e dos seus limites de fato e daqueles ainda desejáveis para, então, deduzir em que seria contraditório ou absurdo o governo mexer ou modificar. Verificar-se-ia aquilo que seria inútil o governo tanger. O limite de competência do governo seria definido pelas fronteiras da utilidade de uma intervenção governamental (2008, p. 55).

Pela primeira via, a lei seria concebida como uma expressão de vontade coletiva que manifesta a parte de direito que os indivíduos aceitaram ceder e a parte que eles intentam conservar. Na segunda, a lei é percebida como o resultado de uma transação que pondera a intervenção do poder público e a independência dos indivíduos.

Da mesma forma, tal dicotomia irá influir diretamente na percepção de liberdade que irá se obter na convivência social. Pelo primeiro viés, se terá uma ideia de igualdade jurídica (todos terão certa parcela de liberdade que aceitaram deter e determinado *quantum* que concordaram em ceder). Pelo segundo posicionamento, a liberdade será percebida como a independência dos governados perante os governantes.

Nesse sentido, Foucault aduz que é sobre tal dicotomia de estruturas que irá se construir o liberalismo no século XIX. O autor explica que, apesar de aparentemente excludentes, os dois modelos explicados ao norte representariam duas coerências heterogêneas, mas que nada impede de coexistirem em determinado plano. Tal conexão, é denominada de lógica dialética, posto que se colocam termos contraditórios no elemento do homogêneo (2008, p. 58).

Em contraponto, o autor propõe substituir tal estrutura por uma lógica denominada de estratégica. Esta, estabelecerá quais seriam as conexões possíveis entre termos dispares e que permanecem dispares. Nas palavras do autor: “A lógica da estratégia é a lógica da conexão do heterogêneo, não é a lógica da homogeneização do contraditório” (2008, p. 58).

Estes pensamentos irão direcionar os critérios de elaboração dos limites do poder público e de formação de um direito público, bem como de toda uma estrutura administrativa interna.

Nesse sentido, após a intervenção do mercado como lugar de verificação que citamos, no século XIX, perceberemos a leve alteração de tal lógica para a de uma nova razão governamental agora ancorada na elaboração do poder público e a medida das suas intervenções indexadas ao princípio da utilidade. Nas palavras do autor (2008, p. 60):

Troca, do lado do mercado – utilidade, do lado do poder público. Valor de troca e verificação espontânea dos processos econômicos, medidas de utilidade e jurisdição interna dos atos do poder público. Troca para as riquezas, utilidade para o poder público: eis como a razão governamental articula os princípios da sua autolimitação.(...) tanto a troca que se deve respeitar no mercado já que o mercado é verificação, [como] a utilidade para limitar o poder público, já que este só deve se exercer onde é positivamente e precisamente útil.

O Estado que se observa após tais digressões é fundado em interesses dentro de uma complexa estrutura entre interesses individuais e coletivos, a utilidade social e os benefícios econômicos, entre direitos fundamentais e independência de governados. Nas palavras do autor: “O governo, em todo caso o governo nessa nova razão governamental, é algo que manipula interesses (2208, p. 61).

Dentro dessa estrutura, as instituições penais seriam locais em que a prática jurisdicional era predominante e autocrática. Dentro destas haveria também um local de verificação que apontaria o que poderia ser considerado como bom ou não dentro da prática penal.

Na obra *Microfísica do poder*, Foucault enumera cinco precauções metodológicas a serem tomadas, ponderando que o poder seria um mecanismo de dominação e sujeição, quais sejam: analisar o poder pelas vias externas, não pelo centro; avaliar a partir da prática e não da intenção; considerar o poder em rede; sopesar de baixo para cima; não perceber como ideologia.

As instituições policiais, então, exerceriam papel ímpar, uma vez que, segundo Foucault, representariam um sistema de entrada dupla: ligaria o aparelho de justiça às vantagens imediatas do rei; mas também seria capaz de responder às solicitações de baixo, sancionando com um internamento toda infrapenalidade, a da desordem, a agitação, a desobediência ou o mau comportamento. Nas palavras do autor (1999, p. 237):

Função complexa, pois une o poder absoluto do monarca às mínimas instâncias de poder disseminadas na sociedade; pois, entre essas diversas instituições fechadas de disciplina (oficinas, exércitos, escolas), estende uma rede intermediária, agindo onde aquelas não podem intervir, disciplinando os espaços não disciplinares; mas que ela recobre, liga entre si, garante com sua força armada: disciplina intersticial e metadisciplina. O soberano, com uma polícia disciplinada, acostuma o povo à ordem e à obediência.

Dessa forma, para compreender o direcionamento da instituição policial, seria necessário analisar a estrutura do poder político e baseado em

que o estado toma suas decisões de governança. Para tanto, a população precisa ter ciência de que está sendo constantemente observada e que ao afrontar as normas impostas, sofrerá a intervenção de tal estrutura.

Nesse sentido, se configura como braço secular do Poder Judiciário, gerando sua demanda, resistindo a suas modificações, lhe impondo suas prerrogativas e identificando a sociedade de tipo disciplinar (apesar de não ser o único órgão estatal inserido nesta lógica).

A disciplina compreendida pelo autor não deve se envolvida como uma instituição ou como um aparelho, mas pode ser identificada como uma modalidade de exercer o poder, que incluiria um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos; ela é uma “física” ou uma “anatomia” do poder, uma tecnologia aplicada em conjunto por várias organizações estatais (1999, p. 238).

Dentro do que foi exposto, o poder disciplinar seria exercido em rede como um processo de constituição do sujeito, como uma via de adestrar as massas mediante a distribuição dos indivíduos, o controle de suas atividades, a organização das gêneses e a composição de forças (FOUCAULT, 2014).

Por essa sistemática, a atuação das instituições policiais pode ser configurada como mais uma estrutura estatal criada, estruturada, planejada e hierarquizada para molestar e disciplinar os pobres. Faz-se necessário que as vias de participação popular sejam completamente esvaziadas e que tais indivíduos fracos economicamente e que poderiam representar certa ameaça à estruturação mercadológica sejam retirados de forma legítima da sociedade.

Nesse sentido, a primeira instituição que terá contato direto com os sujeitos da sociedade, são as instituições policiais estruturadas no artigo 144 da Constituição Federal.

Dessa forma, estas se tornam responsáveis pela reprodução de uma série de decisões políticas sobre uma massa social. Determinações estas que, a partir do século XVIII, perderam seu conteúdo estritamente voltado aos interesses públicos e passaram a ser diretamente influenciados por

fontes de verificação alheias as normas e preceitos constitucionais. Sendo tal realidade reproduzida na forma seletiva que a polícia (e toda a estrutura estatal em conjunto) atua e que é refletida (na seara penal) no quantitativo do cárcere nacional.

#### **4 Conclusão**

A intervenção policial no espaço público não consiste em desafiar ou estimular as manifestações populares, pelo contrário, tal atuação se manifesta com o objetivo de dispersar tais movimentações. As palavras: “circulando, não há nada para olhar!”, se tornaram vocábulos corriqueiros externados pelos agentes policiais.

No momento em que a polícia diz que não há nada para ser visto em uma via pública, nada para fazer além de circular, mantém as categorias e a atuação destas conforme um modelo onde o indivíduo tem sua possibilidade de ação diária limitada à classificação que ocupa. O espaço público assume um papel de mero espaço de circulação de indivíduos entre dois espaços privados ou domésticos, organizados segundo uma lógica disciplinar (casa, trabalho, escola, etc.).

Apesar das diversas modificações legislativas e políticas sofridas no Brasil, se percebe que a instituição denominada de polícia foi reproduzida em todos os textos constitucionais, detendo como finalidade uma atuação voltada à manutenção da ordem pública imposta (conceito este preenchido pelos interesses de seu aplicador frente cada caso concreto).

Apesar da variação da forma de governança ocorrida no país, se vislumbra que a finalidade se manteve a mesma em todas, alterando apenas o que cada regime considerava como o consenso e os ditames que deveriam ser impostos à população por meio das instituições policiais.

Nesse sentido, a polícia intentaria a aplicação de uma força caracterizadora de espaços e identidades, disseminando o consenso, deslegitimando discursos minoritários, excluindo parcelas que “não entrem no jogo econômico”, suprimindo a heterogênea social, restringindo



o espaço perceptível dos indivíduos, ocupando seus vazios e segregando parcelas sociais inteiras por meio da seletividade da atuação policial que por meio de seus agentes decide quem integrará o conhecimento estatal e quem não fará parte dos dados públicos.

Conclui-se que a polícia serve a um jogo complexo que integra interesses privados e fontes de verificação independentes, mas que é legitimado mediante a determinação de políticas públicas voltadas a exploração de parcelas, o descarte da mão de obra excedente e a manutenção de um jogo econômico onde poucos são convidados a jogar. Apesar de colocada no nosso texto constitucional é a reprodução extada de um modelo completamente oposto à lógica democrática. Sofrendo pouca alteração mesmo com todas as conquistas históricas e evoluções sociais que o Brasil sofreu. No momento em que tem sua atuação legitimada por vocábulos que permitem a seletividade da população e a domesticação social de acordo com o consenso econômico imposto viola diretamente os moldes democráticos comemorados como avanços sociais trazidos na Carta de 1988.

## 5 Referências

BAYLEY, David H. **Padrões de Policiamento**. São Paulo: ed.usp, 2002.

BITTNER, Egon. **Aspectos do Trabalho Policial**. São Paulo: Ed.Usp, 2003.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil – o longo caminho**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2008.

\_\_\_\_\_. **Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual**. Nation-Building in Latin America: Conflict Between Local Power and National Power in the Nineteenth Century, em homenagem a Raymond Buve, Leiden, Holanda, 20-21 de abril de 1995.

DELUCHEY, Jean F. Y., **A Segurança Pública na Constituinte de 1988: o Primeiro Fracasso da Segurança no Brasil**. Editora Método: Belém, 2012.

FOULCAULT, Michel. **O Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

GOLDSTEIN, Herman. **Policinando uma sociedade livre**. São Paulo: ed. Usp, 2003.

MONJARDET, Dominique. O que faz a polícia? São Paulo: ed. Usp, 2012.

Maria Cecília Spina Forjaz. **A organização burocrática do Exército na exclusão do te-  
nentismo**. Rev. adm. empres. vol.23 no.2 São Paulo Apr./June 1983

RANCIERE, Jacques. **Em los Bordes de lo político**. Escuela de Filosofia Universidad  
ACIS. 2007.

\_\_\_\_\_. **O Ódio à Democracia**. São Paulo: Boitempo Editorial.

\_\_\_\_\_. **O Desentendimento. Política e Filosofia**. São Paulo: Ed. 34, 1996.

## **Direitos políticos na CorteIDH e no STF: uma análise a partir da democracia em Charles Tilly <sup>1</sup>**

*Rafaela Teixeira Sena Neves <sup>2</sup>*

*Laércio Dias Franco Neto <sup>3</sup>*

### **Introdução**

A nossa sociedade é caracterizada pelo conflito. Essa é uma constatação que deve ser levada em consideração quando se pretende discutir democracia, pois a complexidade com que as relações entre Estado e os seus cidadãos se desenvolvem, reproduz esta lógica. Assim, para além das análises históricas e descritivas a respeito da concepção normativa de democracia, é necessário discutir o que torna um governo mais ou menos democrático, ou seja, o que contribui para o fortalecimento ou não de uma democracia e como estabelecer uma avaliação disto.

Uma análise que tenha esta pretensão, deve partir de alguns pressupostos. O primeiro, parte da identificação desta característica que baseia nossa sociedade. O segundo de que, apesar de haver uma menção expressa pela escolha da democracia como forma de governo pela maior parte dos países americanos, a democracia não se desenvolve da mesma forma em

---

<sup>1</sup> Este trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES).

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pelo programa de pós-graduação em Direito da UFPA. Visiting Scholar at Columbia University and Wisconsin University. Mestre em direito pela UFPA. Professora e Advogada.

<sup>3</sup> Doutorando em Direito pelo programa de pós-graduação em Direito da UFPA. Mestre em direito pela UFPA. Professor e Advogado.

todos os países. O terceiro, que concepções que trabalhem o conceito de democracia como um conceito residual, não são capazes de reproduzir uma avaliação das diferenças entre os governos democráticos. Logo, uma concepção de democracia que incorpore esses pressupostos e identifique elementos avaliativos é a orientada para o processo.

Uma concepção de democracia orientada para o processo, conforme entende Charles Tilly, compreende a identificação de juízos que avaliam o seu grau de desenvolvimento, ou seja: se há uma tendência à democratização ou à desdemocratização. Para Tilly, a avaliação de uma democracia deve analisar a extensão na qual o Estado se comporta em conformidade com as demandas expressas por seus cidadãos nos processos de consulta, a partir de quatro elementos: amplitude; igualdade; proteção e caráter mutuamente vinculante.

Estes elementos são dimensões parcialmente independentes, pois o ponto alcançado em uma dimensão reflete na outra e todos funcionam como indicadores de uma única variável que é o grau de democratização. Assim, segundo Tilly, a identificação de um alto nível de um elemento específico possuirá correlação com um outro elemento, o que possibilita a análise separada dessas dimensões. Dessa forma, interessa ao nosso caso, o estudo mais detalhado acerca do “caráter mutuamente vinculante” porque entendemos ser o termo que permite um maior âmbito de discussão quanto o papel do judiciário na democracia, sendo este o objeto deste artigo.

Neste sentido, este trabalho foca no elemento “caráter mutuamente vinculante” e o papel do judiciário no fortalecimento do processo de democratização, através de um estudo comparativo entre o STF (Supremo Tribunal Federal) e a CorteIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos), utilizando decisões que envolvem direitos políticos.

A expressa ligação dos direitos políticos enquanto Direitos Humanos encontra previsão no artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)<sup>4</sup>. Mas, até 2001, a CorteIDH analisou apenas dois casos que buscavam o reconhecimento da violação ao artigo 23 da CADH<sup>5</sup>, o que mudou após o advento da Carta Democrática Interamericana (2001), em que os Estados firmaram um compromisso legal pela escolha da democracia representativa como melhor forma de poder político, sendo esse doravante um direito dos povos americanos.

Apesar desse documento não ser judicializável perante à CorteIDH, ele compõe o *corpus iuris* regional, ou seja, serve de auxílio na interpretação pelo próprio tribunal do artigo 23 da CADH. Após 2001, a CorteIDH passou a fazer referência expressa à Carta Democrática Interamericana na interpretação conjunta com a CADH (CorteIDH, 2011). A partir desse novo marco para a democracia e consequentemente, os direitos políticos, a CorteIDH recebeu um número maior de casos acerca da violação do artigo 23 da CADH<sup>6</sup>.

Sendo assim, dado o crescente avanço dos casos perante à CorteIDH que versem sobre violações de direitos políticos, este artigo observa se a CorteIDH relaciona direitos políticos com democracia. Para atender este objetivo, foram selecionados três casos paradigmáticos julgados pela CorteIDH no que diz respeito a possíveis violações do artigo 23 da CADH.

---

<sup>4</sup> A saber: "Artigo 23. Direitos políticos. 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal".

<sup>5</sup> Tratam-se dos casos: Tribunal Constitucional Vs. Peru (1998) e Comunidade Mayagna (Sumo) Awast Tzing vs. Nicarágua (2001).

<sup>6</sup> O critério foram as petições nos quais os direitos políticos foram reclamados pelos petionários, não se a CorteIDH reconheceu a violação, são eles: a) Carpio Nicolle et al. vs. Guatemala; b) Yatama vs. Nicarágua; c) Claude Reyes et al. vs. Chile; d) Escué Zapata vs. Colômbia; e) Apitz Barbera et al. vs. Venezuela; f) Castañeda Gutman vs. México; g) Reverón Trujillo vs. Venezuela; h) Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia; i) Chitay Nech et al. vs. Guatemala; j) Chocrón Chocrón vs. Venezuela; k) López Mendoza vs. Venezuela; l) Gudiel Álvarez et al. ("Diário Militar") vs. Guatemala; m) Kichwa de Sarayaku vs. Equador; n) García e família vs. Guatemala; o) Mémoli vs. Argentina.

Note-se que as violações desses direitos costumam acontecer de forma simultânea com a violação de outros direitos, como os artigos 8 e 25 da CADH – que se referem a garantias judiciais –, mas por estratégia metodológica, as análises serão adstritas aos direitos políticos. Logo, analisaremos os casos: a) *Yatama Vs. Nicarágua* (2005); b) *Castañeda Gutman Vs. México* (2005) e c) *Lopes Mendoza Vs. Venezuela* (2011).

Além disso, como o presente trabalho tem por escopo discutir a razão da sentença relacionada a direitos políticos e o papel do judiciário quanto à dimensão do “caráter mutuamente vinculante”, não iremos apenas analisar as sentenças da CorteIDH de forma descritiva, pois pretendemos compará-las com decisões do STF que envolvam os mesmos direitos, a saber: a) ADC 33 (2014); b) Recurso Extraordinário 848826 (2016); Recurso Extraordinário 729744 (2016). Ao contrário da CorteIDH, o STF possui uma considerável quantidade de casos sobre direitos políticos, por isso, para esta análise comparativa com o tribunal interamericano, escolhemos as decisões sobre direitos políticos mais recentes.

O propósito de se utilizar decisões da CorteIDH e do STF é de estabelecer um parâmetro comparativo entre o papel exercido por eles em casos envolvendo direitos políticos, a fim de analisar em que medida as decisões de ambos os tribunais contribuem ou não para fortalecer a democracia, a partir do elemento do “caráter mutuamente vinculante” de Tilly.

Dessa forma, na análise dos casos selecionados, pretendemos responder aos seguintes questionamentos: Em julgamentos sobre direitos políticos, a CorteIDH ou STF estabelecem um diálogo com alguma concepção de democracia? Se sim, a partir de quais parâmetros? Considerando a dimensão do “caráter mutuamente vinculante”, nas decisões analisadas há vinculação do parlamento com o judiciário?

## **2 O que é democracia?**

Dentre os vários estudos sobre democracia, há aqueles que se concentram em pontuar, em diferentes sociedades, características comuns

dessa forma de governo. Por outro lado, há estudos que se focam em avaliar os parâmetros com que a democracia se desenvolve em diferentes países. A nossa discussão sobre democracia parte da linha de problematização de Charles Tilly, que passará à reflexão quanto as formas de se pensar democracia, para a definição e os elementos que compõe a democracia em si.

Tilly ao iniciar a problematização sobre democracia destaca três questões de como ela pode ser configurada: (a) a situação política dos regimes no mundo; (b) a qualidade de vida dos que vivem nesse regime e (c) a explicação da democratização. A (a) situação política refere-se a quem age, pois quem detém o poder precisa saber com qual tipo de regime está lidando, ou seja, se é uma democracia ou não, a fim de orientar que tipos de ações são possíveis em um dado contexto. Essa questão é destacada porque as democracias se desenvolvem de forma diferente nos países e isso afeta as relações internacionais e as alianças que os países realizam (TILLY, 2013).

A (b) qualidade de vida dos que vivem nesse regime destaca a democracia como um bem por oferecer aos seus destinatários o poder coletivo de determinar o seu próprio destino, assim, possibilita aos cidadãos um tipo de proteção à tirania de agentes do Estado e, em alguns casos, a melhora nas condições de vida (TILLY, 2013).

Já quanto à terceira questão, (c) a explicação da democracia, refere-se à democracia como um problema de pesquisa, na medida em que Tilly identifica que a compreensão e explicação da democracia produz efeitos para a vida dos cidadãos, logo, antes de pretender examinar o desenvolvimento desse regime, deve ser resolvido a questão analítica sobre a definição da democracia e democratização (TILLY, 2013).

As identificações dessas três questões são importantes porque Tilly situa em que momento a sua teoria está. Esta encontra-se situada na terceira questão, (c) a explicação da democracia, por sua obra apresentar uma análise sistemática dos processos que geram regimes democráticos, ou seja, qual a explicação dos países passarem por um processo de democratização ou de

desdemocratização? Tilly explica a variação e a mudança no caráter da democracia por entender que se trata de algo transitório, pois para ele

A democratização é um processo dinâmico que sempre permanece incompleto e que sempre corre o risco de ser revertido – de ser convertido em desdemocratização (TILLY, 2013, p.13)

Essa divisão proposta por Tilly é necessária para que ele situe a sua teoria a partir da explicação do processo de democratização, e não especificamente na situação política ou na qualidade de vida, mas, mesmo com o foco na explicação, a sua abordagem identifica a mudança que o caráter transitório de democracia pode fazer na qualidade da vida pública e como isso impacta a situação política de um país.

Dessa forma, partindo para a (c) explicação da democracia, Tilly, antes de realizar o estudo sistemático propriamente dito, passa à questão analítica da definição da democracia, tendo em vista que, uma definição errônea sobre o que é democracia impede a sua própria explicação. Assim, dentre os estudos sobre democracia, o autor destaca quatro tipos principais de abordagens que implicam na definição: (i) abordagem constitucional; (ii) abordagem substantiva; (iii) abordagem procedimental e (iv) abordagem orientada para o processo.

A (i) abordagem constitucional concentra-se em analisar, ao longo da história, como as leis relacionadas à atividade política e sancionadas por um regime propiciam diferenças entre oligarquias, monarquias e repúblicas, por meio de uma comparação entre os arranjos legais. Esta abordagem possui como vantagem a análise das formas constitucionais, mas não consegue explicar a discrepância entre os princípios legais e as práticas cotidianas.

Quanto à (ii) abordagem substantiva, esta tem como escopo as observações quanto às condições de vida e de política que um regime promove ao longo do tempo, isto é, a relação da democracia com o plano de vida do indivíduo, independente do que está descrito na constituição. Mas, esta é uma abordagem apresenta dois problemas: o primeiro, a sua



subjetividade impede a identificação de critérios de comparação; o segundo, que o seu foco de análise é o resultado do regime democrático, logo, não há como descobrir as variáveis que influenciam num resultado mais substantivo que o outro.

Já a (iii) abordagem procedimental procura isolar um determinado conjunto de práticas governamentais para determinar se um regime se qualifica como democrático, especificamente, concentra-se nos processos eleitorais e seus elementos, tais como, a existência de um sistema político multipartidário competitivo, a presença do sufrágio universal para todos os adultos, estabelecimento de eleições periódicas, garantia do voto secreto. A desvantagem dessa abordagem é que possíveis mudanças governamentais significativas, podem não indicar alterações nos processos eleitorais.

Por fim, a (iv) abordagem orientada para o processo busca identificar um conjunto mínimo de processos que precisam estar continuamente presentes para atestar um regime como democrático. Esta abordagem não admite explicações mecânicas ou estáticas que conferem ou não, o status de democrático, por trabalhar com uma concepção de democracia com o caráter transitório, dinâmico e não como uma concepção residual. Adeptos à esta abordagem temos: Robert Dahl e Charles Tilly que, apesar de suas diferenças, discutem democracia a partir de um conjunto interligado de processos que levam a um maior grau de democratização ou a índices de desdemocratização.

Começamos pela perspectiva de Dahl. Robert Dahl, ao tratar da importância da igualdade para a legitimidade de um governo e de um regime político, descreve que uma democracia ideal deve possuir elementos que traduzam seu sentido literal (*demos + kratia* = governo do povo). Para isso, na análise de Dahl, uma democracia deveria contar com seis elementos fundamentais: (i) participação efetiva de todos os membros da comunidade; (ii) igualdade do voto; (iii) igual aquisição de conhecimento informativo sobre as políticas em disputa; (iv) controle final da agenda de governo; (v) inclusão de todos os adultos no processo democrático; e, por

fim, (vi) a garantia dessas condições anteriormente descritas por meio de um rol de direitos fundamentais (DAHL, 2008).

Para Dahl, em uma democracia deve haver participação efetiva e difusão do conhecimento sobre as pautas em disputa. Essas duas condições, em especial, juntamente com as demais, garantiria um ambiente de diálogo razoável e igualitário, de convivência possível entre as diferentes doutrinas sociais.

Avançando no tema, Dahl percebe que as principais democracias deliberativas europeias e americanas do século XX apresentam algumas características comuns, tais como: representantes eleitos livremente pelos cidadãos, sem qualquer forma de coação; eleições periódicas e regulares, que garantam a transição e a possibilidade de alternância do poder; possibilidade de candidatar-se a cargos políticos acessíveis a todos os cidadãos; e capacidade de poderem se expressar livremente e de buscarem fontes de informação (o que exige uma imprensa livre) para debaterem em condições de igualdade. Essas características satisfazem, em princípio, os elementos de uma democracia ideal conforme entendido pelo autor (DAHL, 2008).

Observamos assim que, para que a razão pública possa encontrar lugar em um cenário deliberativo, algumas condições materialmente igualitárias precisam ser satisfeitas. Aqui não bastaria apenas uma garantia formal de um voto de igual valor e a inclusão procedimental de todas as pessoas no sufrágio. É necessário munir os cidadãos de conhecimento, vontade, disposição e tempo suficientes para deliberarem sobre os rumos da sociedade.

Ocorre que, é fácil perceber que tal igualdade, do ponto de vista material, não existe no plano fático. E é lógico supormos que uma desigualdade no campo real afeta sobremaneira o exercício da “razão” de diversas formas. Assim, conforme reconhece o próprio Dahl, ao comparar seu modelo de democracia ideal com as democracias reais, existem alguns fatores que obstaculizam o alcance de uma igualdade política desejável, quais sejam: (i) a distribuição desigual de recursos, habilidades e incentivos políticos; (ii) limites de tempo; (iii) o tamanho dos sistemas políticos;

(iv) a predominância das economias de mercado; (v) a existência de sistemas internacionais não democráticos; (vi) as inevitáveis crises severas (DAHL, 2008).

Em síntese, Dahl acredita que os “recursos políticos” (dinheiro, informação, tempo, conhecimento, comida, ameaça do uso da força, trabalho, amizade, posição social, gozo efetivo dos direitos, entre outros) são sempre distribuídos de maneira desigual. Além disso, um sistema político muito grande favorece distorções representativas, entre o corpo político e os representados, causando uma espécie de déficit representativo e, por consequência, deliberativo. Aliado a isso, uma economia de mercado, pouco regulada, acabaria por replicar um modelo de competição perversa e prejudicial a determinados grupos menos favorecidos, reproduzindo mais desigualdades de recursos. Por fim, o autor reconhece que as crises, (derivadas de conflitos internos, guerras civis, invasões estrangeiras, desastres naturais) mais especialmente as de matiz econômica, abalam Estados que não possuem instituições democráticas bem consolidadas<sup>7</sup> (DAHL, 2008).

Apesar de partirem da mesma abordagem de democracia orientada para o processo, Tilly destaca algumas críticas à teoria de Dahl, quais sejam: a teoria apresenta critérios tão delimitados aos quais só há como indicar “sim” ou “não” quando da sua identificação; tais critérios descrevem um conjunto mínimo de instituições democráticas e não variáveis contínuas que mostram o aumento ou não do grau de democracia; cada critério opera dentro de limites significativos que podem conflitar entre si. Logo, para aprofundar a explicação da democracia a partir de uma abordagem voltada para o processo, os critérios de Dahl precisariam ser melhorados, entretanto, este melhoramento deve se manter fiel ao tipo de abordagem destacada, o que Tilly faz em seu enfoque (TILLY, 2013).

Passemos então ao enfoque realizado por Charles Tilly.

---

<sup>7</sup> O caso brasileiro pode ser utilizado para ilustrar o que Dahl está a defender. No ápice da crise, com o crescente desemprego e a degradação da economia, as instituições políticas passaram a se deteriorar, o que culminou com a retirada, por decisão do parlamento, da presidente eleita.

## 2.1 Democracia Orientada Para O Processo: As Contribuições De Charles Tilly

Em sua abordagem sobre democracia, Tilly identifica os critérios de democracia, democratização e desdemocratização orientados pelo processo a partir de conceituações importantes. A primeira é sua definição de Estado como “organização que controla a maior concentração de meios coercitivos no interior de um território substancial”, que em algumas questões gozará de prioridade em relação às demais. Tilly, neste primeiro momento, orienta-se pela clássica formulação weberiana de Estado detendo o monopólio do uso legítimo da força c

O segundo conceito importante é o de cidadão que será entendido por todos os que vivem sob a jurisdição do Estado. Tilly deixa intencionalmente de fora até um certo momento, um conjunto amplo de residentes ou circulantes dentro da área de atuação dos Estados nacionais, mas que, especificamente, para este momento não constituirá para nós como decisivo para esta discussão, pois, aqui irá interessar quem por nascimento ou por voluntarismo estabelece uma multiplicidade de relações com o Estado. Assim, a democracia passa a ser interpretada como uma certa classe de relações entre Estado e seus cidadãos, e a democratização e a desdemocratização consistirão em mudanças naqueles tipos de relações (TILLY, 2013).

Esta dupla conceituação é primordial para tratar da teoria de Tilly porque para ele, os elementos que irão compor a democracia são: Estado e cidadão. A democratização e a desdemocratização serão centradas sobre a luta entre Estados e cidadãos, especialmente, aos processos políticos públicos que consistem em consultar os cidadãos sobre suas opiniões, necessidades e demandas. Logo, se o fito da abordagem voltada para o processo é estabelecer uma explicação quanto à democracia, ou seja, uma análise sistemática do seu caráter transitório, a avaliação do grau de democracia será estabelecida pela extensão na qual o Estado se comporta em conformidade com as demandas expressas por seus cidadãos; sendo que para mensurar a democratização e a desdemocratização, será verificado

em que extensão essa conformidade está aumentando ou diminuindo (TILLY, 2013).

Além disso, esta conceituação é importante porque para o senso comum, há algumas ideias que vogam quando se quer discutir democracia que precisam ser desconstruídas, como a título de exemplo: que liberdade de associação depende mais do suporte estatal à existência das associações, do que a presença de muitas associações; e que a cidadania desempenha um papel marginal no desenho das políticas democráticas. Tilly se coloca contra essas ideias, pois como entende que as explicações sobre os processos de democratização e desdemocratização estão centrados nas interações entre Estado e cidadãos, as interações políticas públicas entre estado e cidadãos são indicadores de democracia, democratização e desdemocratização. Dessa forma, é preciso avaliar em que medida o estado se comporta em conformidade com as demandas expressas por seus cidadãos nos processos de consulta.

Segundo Tilly, a avaliação ou julgamento desta conformidade pode ser verificada a partir de quatro dimensões parcialmente independentes de variações entre os regimes denominadas de: (a) amplitude; (b) igualdade; (c) proteção e (d) caráter mutuamente vinculante.

A (a) amplitude (ou extensão ou largura) refere-se ao alcance do círculo de reconhecimento, participação e acesso a direitos garantidos por um Estado. Alguns são mais excludentes, ou seja, garantem em certa parte para alguns grupos étnicos, raciais, religiosos ou por distinção de renda; outros são mais abertos por abarcarem toda população nacional adulta, assim, quanto a esta dimensão a pergunta que reflete o seu juízo poderia ser “*quão ampla ou extensa é o rol de demandas dos cidadãos que são implementadas?*”, pois esta dimensão relaciona-se às pessoas, aos cidadãos e o seu caráter dinâmico, logo, identificar em um país que as consultas levam em consideração o sufrágio universal masculino, é identificar, em até certo ponto, que as consultas não são limitadas a um pequeno número de pessoas (TILLY, 2013).

No que tange à (b) igualdade, esta refere-se ao nível de distinção jurídica entre os cidadãos ou membros subordinados a um estado nacional, neste caso a questão é se estando inseridos os círculos de concidadãos, todos gozam de maneira igualitária aos direitos como cidadãos. Logo, o juízo que poderia representar essa dimensão, seria: *“quão diverso é o grupo de cidadãos que tem suas demandas levadas em consideração pelo Estado?”*, pois aqui não basta que haja o reconhecimento de direitos políticos, mas em que condições materiais a igualdade está relacionada com a possibilidade de real de participar (TILLY, 2013).

Para Tilly, essas duas dimensões - (a) amplitude e (b) igualdade - são condições necessárias para se avaliar a democratização e a desdemocratização, visto que a identificação de altos níveis de extensão desses dos juízos compreendem os aspectos cruciais da cidadania, porém não são suficientes para definir um regime político como mais ou menos democrático (TILLY, 2013).

Além dessas duas dimensões, temos a (c) proteção, que se refere ao nível de proteção que o Estado oferece aos seus cidadãos em relação à arbitrariedade do próprio Estado, isto é, a garantia do julgamento justo, de procedimentos policiais transparentes que respeitem Direitos Humanos, sendo contestáveis do ponto de vista jurídico e político. Portanto, o juízo que poderia expressar essa dimensão seria: *“em que medida a expressão das demandas pelos cidadãos recebe proteção política do Estado?”*, pois a proteção como dimensão refere-se ao limite das forças de poder autônomo seja do estado ou de terceiros, assim, por exemplo, um item que a falta de proteção afetaria diretamente nas relações entre Estado e cidadão é a segurança (TILLY, 2013).

O quarto e último juízo refere-se ao (d) caráter mutuamente vinculante que aponta o nível de vinculação entre o status do cidadão e de igualdade jurídica com a efetiva condição de acessar a direitos ou benefícios, previstos ou não, ou seja, se o acesso à educação, saúde, seguridade social, segurança pública, justiça ou quaisquer outros direitos decorre de

uma ação discricionária do poder público ou de contatos pessoais hierárquicos e troca de favores através de agentes do Estado e por dentro dele. Deste modo, um juízo que materializaria essa dimensão seria: “quanto o processo de consulta compromete ambos os lados (estado e cidadãos)?”, pois quanto especificamente a esta dimensão, o que se está querendo analisar é o grau de vinculação da consulta que direcionada ao Estado. Outro elemento desta dimensão é que a vinculação aos quais esta consulta se refere, pode ser utilizada no âmbito de análises das demandas direcionadas ao poder judiciário. Aqui, o caráter mutualmente vinculante se referiria ao que foi decidido no parlamento e no judiciário (TILLY, 2013).

Para Tilly, as análises das variáveis dessas quatro dimensões revelam um único resultado que é o grau de democracia, isto é, o processo de democratização quando temos um governo mais democrático; e um processo de democratização, quando temos um governo menos democrático. Assim, segundo ele,

um **regime é democrático** na medida que a relação política entre Estado e cidadãos caracteriza por consultas amplas, iguais, protegidas e mutuamente vinculantes. A **democratização** significa um movimento real no sentido de promover uma consulta mais ampla, mais igualitária, mais protegida e mais vinculante. Então, obviamente, **desdemocratização** significa um movimento real no sentido de uma consulta mais estreita, mais injusta, menos protegida e menos vinculante (TILLY, 2013, p.28, grifo nosso).

Em discussão posterior para a análise crítica das decisões do STF e da CorteIDH focaremos separadamente quanto à dimensão do caráter mutualmente vinculante, tendo em vista ser esta a que possibilita uma maior abertura crítica quanto a direitos políticos e o papel do judiciário na democratização, pois permite analisar a vinculação a partir do judiciário com o que foi disposto pelo legislativo. É claro que, o tópico em que esta análise prática será realizada não reflete o grau de democracia total, pois para isso, teríamos que fazer um estudo a partir da verificação das outras demais dimensões. Entretanto, como se tratam de dimensões parcialmente independentes, o ponto separado em uma dimensão reflete na outra, daí o

corde metodológico não interferir no entendimento proposto por Tilly, assim como o próprio destaca

[...] o ponto alcançado em uma dimensão geralmente possui uma correlação com os pontos em outra dimensão; geralmente os regimes que oferecem extensiva proteção também possuem categorias mais abrangentes de cidadania, em vez de tratar de modo diferente cada pessoa ou cada pequeno grupo de cidadãos (TILLY, 2013, p.29).

Mas a análise sistemática sobre democracia voltada para o processo segundo Tilly não se esgota no estudo do grau de democracia do regime político a partir dessas dimensões, pois ele faz um estudo sobre a capacidade de o Estado implementar as suas decisões políticas, haja vista que isso reflete na própria efetividade do regime democrático.

Dessa forma, cabe a um Estado não somente permitir aos seus cidadãos um maior número possível de participação, mas para que esta também seja igualitária, protegida e vinculada ao acesso aos direitos, esse Estado tenha também capacidade de executar as decisões soberanas tomadas pelas maiorias por meio de múltiplos mecanismos de participação e formação da vontade. Portanto, a capacidade do Estado compreende a extensão na qual as intervenções dos agentes do Estado em recursos, atividades e interconexões pessoais não estatais existentes alteram as distribuições existentes entre eles e entre as relações de distribuição (TILLY, 2013).

Neste sentido, um estado pode ter um regime com alta ou baixa capacidade, pois os Estados detêm diferentes níveis de capacidade de efetivação de suas políticas. Geralmente o seu grau elevado está relacionado à adoção da administração direta, racional e burocrática, o que, todavia, pode ser atingido por um conjunto amplo de aspectos, como por exemplo, a existência de forte corporativismo dos agentes públicos, grupos de resistência internos ou externos ao Estado, entre outros.

Assim, Tilly aponta que é a combinação do grau de democracia com a capacidade do Estado que nos informa o nível de capacidade democrática de um regime político que podem resultar em quatro tipos: (i) não democrático com alta capacidade, que são caracterizados por pouca voz do



público e forte presença das forças de segurança do Estado; (ii) não democrático com baixa capacidade de interação, que pode ser descrito por divisões internas estatais que inviabilizariam o monopólio externo da força e conviveriam com o confronto violento de maneira sistêmica; (iii) democrático com alta capacidade, com fortes mobilizações sociais e liberdade associativa, amplo monitoramento do processo político com relativo baixo nível e violência política; e (iv) democrático com baixa capacidade, marcado normalmente por mobilizações frequentes e presença de movimentos sociais, nível menor de monitoramento do processo político, participação de grupos semilegais e ilegais na consecução de políticas públicas e elevado nível de violência política (TILLY, 2013).

### **3 O papel do judiciário em uma democracia desenvolvida a partir de uma sociedade baseada em conflitos**

Antes que se adentre especificamente na análise crítica das decisões a partir do proposto por Tilly, é necessário a explanação acerca do papel do judiciário em uma abordagem da democracia voltada para o processo. Nas democracias contemporâneas, o judiciário vem desempenhando um papel cada vez mais central. Isso se deve, entre outras razões, especialmente por conta do ideal constitucionalista, que tem como racionalidade a limitação do poder político e das possíveis ações violadoras de direitos por parte do corpo legislativo e do governo. Trata-se de um curioso paradoxo consistente em um ato de autocontenção do poder político do Estado por meio de sua própria carta política, que passa a assumir então, também, o papel de carta de direitos.

A ideia é instituir direitos fundamentais que se coloquem como proteção do cidadão ante o poder coercitivo do Estado, e que tais proteções assumam um caráter sacral a ponto de não poderem ser corrompidas ou suprimidas pelo corpo legislativo ou pelo governo vigente. Nesse ideal, o judiciário passa a exercer a função de guardião da constituição e das garantias fundamentais. Dessa forma, assim como defendia Kelsen, em seu

famoso diálogo com Carl Schmitt, as cortes supremas têm o dever de zelar pela aplicação e integridade da Constituição, ainda que isso possa confrontar a vontade do soberano.

Numa democracia constitucional, então, o Judiciário se coloca na posição de, por um lado, limitar a atuação do poder político com base na Constituição e, por outro, garantir que os direitos políticos dos indivíduos, essenciais para o exercício democrático, sejam ao menos formalmente respeitados. Entre as atribuições mais destacadas do judiciário na realização do ideal constitucionalista está o que se costuma denominar de *judicial review*.

Na esteira do que foi dito sobre o constitucionalismo contemporâneo e sobre sua influência nas democracias atuais, a revisão judicial tem como finalidade proteger o compromisso pré-pactuado pela comunidade política, insculpido na Carta de Direitos, de eventuais tiranias da maioria, como defende Ronald Dworkin ao afirmar que todos os indivíduos são merecedores do mesmo grau de respeito e igual consideração. Trata-se do papel que o Judiciário tem a desempenhar em uma democracia que precisa conviver com o paradoxo de direitos individuais invioláveis e decisões políticas majoritárias (DWORKIN, 1999).

Jeremy Waldron, por sua vez, em oposição a Dworkin, acredita que o Judiciário não deve desempenhar papel algum no controle da regra de maioria. Waldron não crê que as Cortes Supremas teriam mais legitimidade que o Governo eleito pela maioria dos cidadãos, quando o suposto mérito qualitativo de suas decisões também pode ser falível. Em outras palavras, não existiria procedimento algum que garantisse que as decisões de uma corte suprema fossem isentas de erros ou injustiças, tal como também não ocorreria com atos do Governo. Para Waldron, portanto, uma decisão controversa tomada por uma maioria, ainda que injusta, tem mais legitimidade que uma decisão tomada pelo Judiciário, que não possui vinculação ao desejo da maioria (WALDRON, 2010).

Importante destacar que Waldron limita sua rejeição ao *judicial review* basicamente as seguintes hipóteses: (i) existência de instituições democráticas e judiciais que funcionem razoavelmente bem; e (ii) uma sociedade, em sua maioria, comprometida com os ideais de direitos individuais e de minorias. Ocorre que tais circunstâncias são bastante raras de ocorrer na prática, especialmente em sociedades complexas e plurais, organizadas para mediar conflitos e interesses divergentes. Isso levaria a necessidade de atuação do Judiciário na preservação de direitos fundamentais que não se submetessem ao cálculo da vontade de uma maioria ou de um grupo dominante com grande poder político (WALDRON, 2010).

Entre esse compromisso, de preservar os direitos individuais e guardar a Constituição, entre eles inclusive os direitos políticos de votar e ser votado, e o critério democrático de vinculação das decisões políticas à vontade popular, o Judiciário possui o enorme desafio de atuar com equilíbrio e cautela.

#### **4 Direitos políticos na CorteIDH e no STF: o diálogo com a democracia em Tilly**

Nessa seção analisaremos como o judiciário deve se comportar diante daquilo que o teórico político Charles Tilly compreende como uma das dimensões essenciais numa democracia orientada para o processo, qual seja, o caráter mutuamente vinculante das decisões Estatais. Mas, antes, é necessário destacar de que forma os casos que serão apresentados foram escolhidos. No que diz respeito à CorteIDH não havia um número expressivo de casos e pronunciamentos do tribunal no que se refere aos direitos políticos.

De fato, não existem tantos casos que tenham como seu conteúdo principal direitos políticos que tenham sentenças proferidas pela CorteIDH que enfrentasse diretamente o assunto. Na verdade, uma série de casos que até seriam sobre direitos políticos acabam chegando ao tribunal por meio da violação de outros direitos, em especial, os do artigo 8 e 25 da CADH, como de alguma forma ocorreu no caso Castañeda Gutman (2009).

Nesse sentido, os três casos escolhidos decididos pela CorteIDH representam os principais precedentes sobre os direitos políticos do sistema interamericano, uma vez que não são tantas as ocasiões que o tribunal desenvolveu seu entendimento sobre esses direitos. Observe-se que as sentenças possuem um lapso temporal razoável entre elas e que a base estabelecida no caso *Yatama Vs. Nicarágua* (2005) continua a ser reproduzida em casos mais recentes, como o caso *Lopes Mendoza Vs. Venezuela* (2009).

Diferentemente, escolher casos que envolvessem direitos políticos perante o STF demandou o estabelecimento de critérios que possibilitasse a triagem dentro de uma gama de possibilidades. Com base nessa ideia, buscou-se atender a dois objetivos centrais: que fossem precedentes recentes e relevantes; que tivessem conteúdo de direitos que dialogasse com os casos escolhidos da CorteIDH.

Deve-se estabelecer que os casos escolhidos em relação a CorteIDH não necessariamente irão tratar apenas sobre a violação dos direitos políticos, mas para o objeto de análise, restringir-se-á às controvérsias sobre esses referidos direitos. Dessa forma, extrai-se que de forma objetiva, os casos irão abordar condições de (in)elegibilidade a cargos políticos e de forma reflexa, o procedimento e regras eleitorais em si.

Logo, no intuito de tentar verificar se as decisões judiciais, a partir da teoria de Charles Tilly, estão proporcionando a democratização ou de desdemocratização, ao isolar as decisões especificamente no que concerne aos direitos políticos, buscar-se-á observar de que forma os tribunais estão colaborando ou não para elevar o nível de democracia das sociedades, tendo como dimensão o *caráter mutuamente vinculante*.

#### **4.1 Direitos Políticos na CorteIDH**

Os casos *Yatama Vs. Nicarágua* (2005), *Castañeda Gutman Vs. México* e *López Mendoza Vs. Venezuela* (2009), além de figurarem na categoria de violações do direito de participação política, também despontam como casos

em que a CorteIDH abordou, ainda que de forma sucinta, das regras do processo eleitoral em si, sobre os procedimentos e as leis eleitorais internas, com ênfase às limitações ao exercício dos direitos políticos.

O caso *Yatama Vs. Nicarágua* trata da adoção pelo Estado de uma legislação eleitoral (Lei 331 de 2000) que não mais admitia a participação nas eleições de associações populares, passando a ser obrigatória que a participação de eventuais candidatos ocorresse por meio de partidos políticos. Dessa forma, a comunidade indígena dos Yapti Tasba Masraka Nanih Tananka Asla (YATAMA) buscou no ano 2000 ser reconhecida como um partido político regional, o que foi negado, tendo por consequência a não participação da comunidade nas eleições daquele ano.

O caso *Castaneda Gutman Vs. México* consiste na tentativa de registro de candidatura à presidência do México da suposta vítima, o que foi negado em razão dela não estar amparada por meio de partido político. Dessa forma, alegou-se, entre outros direitos, que teria havido uma violação aos direitos políticos do Sr. Gutman por ele não poder concorrer a eleição

No caso *López Mendoza Vs. Venezuela*, o Estado indeferiu o registro da candidatura a cargo eletivo em função da suposta vítima ter sido sofrido sanção, em sede de processo administrativo, que o inabilitava a concorrer a qualquer função pública. Para ficar melhor delimitada a controvérsia do caso, transcreve-se o que a própria CorteIDH se manifestou sobre o assunto:

El punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la LOCGRSNCF, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular. Luego de resenar los alegatos de las partes, la Corte determinará si dichas sanciones y sus efectos sobre la presunta víctima son o no compatibles con la Convención Americana. (CorteIDH, 2011, par. 100).

No que diz respeito ao caso *Yatama*, a CorteIDH considerou que as decisões do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua incidiram sobre o exercício do direito à participação política das pessoas do partido YATAMA,

apontando que não atende ao critério da proporcionalidade uma das maiores populações do país não possuir representação política nos assuntos públicos, nos termos do artigo 23.1 da CADH.

A previsão e requisitos aplicáveis para o exercício de direitos políticos não são, *per se*, uma restrição injustificada dos direitos políticos. Esses direitos não são absolutos e podem estar sujeitos a limitações. No caso *Yatama Vs. Nicarágua*, a Corte IDH decidiu que as limitações ao processo eleitoral devem observar os princípios da (a) legalidade, da (b) finalidade/proporcionalidade e da (c) necessidade em uma sociedade democrática para serem aceitos pela CADH:

A (a) Legalidade da medida restritiva: o primeiro passo para avaliar se uma restrição a um direito estabelecido na Convenção Americana é permitida à luz do tratado é examinar se a medida restritiva está em conformidade com a exigência de legalidade. Isto significa que as condições gerais e as circunstâncias que justificam uma restrição ao exercício de um direito político específico devem ser claramente definidas por lei. A regra é a de que a restrição deve ser uma lei em sentido formal e material.

O segundo limite de qualquer restrição se relaciona com a (b) proporcionalidade da medida, de modo que as restrições impostas não violem aquelas já previstas pelo art. 23.2 da Convenção Americana. Ao contrário de outros direitos previstos na própria Convenção, o artigo 23 não prevê expressamente. A legislação interna deve buscar sempre atingir objetivos presentes do artigo 23.1 da Convenção, ou seja, o direito de participação política, os direitos de votar e ser votado e o direito de acesso a funções públicas de maneira igualitária e sem discriminações. Por isso, a proporcionalidade da medida restritiva não pode se opor nenhum desses direitos.

Quanto à (c) necessidade da medida restritiva, no Sistema Interamericano, esse requisito deve ser cumprido para considerar a restrição de um direito político compatível com a Convenção Americana: a necessidade social dessa restrição em uma comunidade democrática. Esta exigência de necessidade foi incorporada como uma diretriz para interpretação de diversos direitos previstos na Convenção e como uma exigência que qualifica

todas as restrições sobre os direitos humanos da Convenção, incluindo os direitos políticos.

A CorteIDH defende que a restrição deve ser estabelecida por uma lei, não ser discriminatória, com base em critérios razoáveis, servir a um propósito útil e oportuno que faz com que seja necessária para satisfazer um interesse público convincente e ser proporcional a esse objetivo.

Quando existem várias opções para atingir o “interesse público” deve ser escolhida a que é menos restritiva ao direito protegido e mais proporcional ao objetivo prosseguido. Os Estados podem estabelecer normas mínimas para regular a participação política, contanto que elas sejam razoáveis de acordo com os princípios da democracia representativa. Tais normas devem garantir a realização de eleições regulares, livres, justas e baseadas no sufrágio universal, igual e secreto como expressão da vontade dos eleitores, as quais devem refletir a soberania do povo.

Dessa forma, a comunidade indígena não pode participar das eleições pois seus candidatos não estavam organizados em partidos políticos, exigência da legislação doméstica para a candidatura. A CorteIDH considerou que lei eleitoral impunha a participação nas eleições por intermédio de partidos políticos era contrária à Convenção Americana, pois esta forma de organização política não é característica das comunidades indígenas da Costa Atlântica da Nicarágua.

Não há nenhuma disposição na CADH que preveja que os cidadãos só possam exercer o direito de se candidatar a cargos eletivos por meio de um partido político. A Corte considerou que a participação nos assuntos públicos por meio de qualquer tipo de organização com fins políticos é essencial para assegurar a expressão política legítima e necessária, principalmente quando se trata de grupos de cidadãos que estão, por diversas razões, marginalizados ou excluídos.

Portanto, a restrição de registros de candidaturas vinculados a partidos políticos imposta aos candidatos Yatama constitui uma violação de

seus direitos políticos por estabelecer como requisito ao exercício do direito uma forma de organização alheia a seus costumes e tradições.

Note-se que a CorteIDH vinculou esse entendimento ao caso concreto nos quais as vítimas pertencem a comunidades tradicionais e a sua forma de organização política, numa perspectiva costumeira, não exigiam a existência de partidos políticos. Logo, a CorteIDH não concluiu que as restrições eram ilegais genericamente, portanto, possibilitando que em outro contexto, desde que atendidos aos requisitos narrados acima - legalidade, da finalidade e da necessidade - seja imposto o mesmo tipo de condição, a saber, a organização por meio de partidos políticos.

No caso *Castañeda Gutman Vs. México*, por exemplo, a CorteIDH considerou que os direitos políticos não foram violados, porque que no caso mexicano, condicionar a indicação por meio de partidos políticos a cargos eletivos de nível federal é uma medida idônea para alcançar o fim legítimo de organizar de maneira eficaz o processo eleitoral, com o intuito de realizar eleições periódicas, autênticas, por sufrágio universal e secreto, que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores.

Afinal, a CADH não estabelece a obrigação de implementação um modelo eleitoral específico, nem uma forma pela qual os Estados devam estabelecer para regular o exercício do direito a ser eleito em eleições populares. Contudo, essa argumentação foi pouco desenvolvida nesse quesito e a condenação do país por violação de direitos judiciais ofuscou a atenção para a não condenação pela inexistência de obrigação internacional no caso das leis eleitorais (MAGALHÃES, 2015).

O Estado precisa ser capaz de proporcionar as condições e os meios para que os direitos políticos possam ser exercidos de forma efetiva, de acordo com o princípio da igualdade e de não discriminação.

O direito de voto é um dos elementos essenciais para a existência da democracia e uma das maneiras que os cidadãos têm de exercer o direito à participação política. Este direito implica que os cidadãos podem livremente e em pé de igualdade escolher quem vai representá-los. A participação por meio do exercício do direito de ser eleito significa que os



cidadãos podem candidatar-se de maneira igualitária e podem ocupar cargos públicos sujeitos a eleição se obtiverem o número de votos necessários.

No Sistema Interamericano, a relação entre direitos humanos, democracia representativa e os direitos políticos em particular, quando confirmadas na Carta Democrática Interamericana, aprovada na primeira sessão plenária de 11 de setembro de 2001, durante o vigésimo oitavo Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. No referido instrumento, fica assinalado no artigo terceiro que:

são elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais: o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito; a realização de eleições periódicas, livres justas e com base no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo; o regime plural dos partidos e organizações políticas; a separação e independência dos poderes públicos (OEA, Carta Democrática Interamericana, 2001, art. 3º).

Por fim, dentro do contexto de restrições aos direitos políticos impostos pela Estado e sua (in)compatibilidade à CADH, no caso López Mendoza, foi analisada a inabilitação da candidatura do senhor López Mendoza em razão de sanções impostas por decisão de um órgão administrativo, o que teria impedido o registro de sua candidatura a cargos eletivos.

O artigo 23.2 da Convenção é expresso ao estabelecer as causas que permitem restringir os direitos reconhecidos no artigo 23.1, dentre elas a “condenação, por juiz competente, em processo penal”.

No caso em análise, a CorteIDH decidiu que esses requisitos que autorizam restrições não foram atendidos, uma vez que sanções advindas de órgãos administrativos não constituem punições decorrentes de processo penal. Portanto, o tribunal determinou que os efeitos da sua sanção não são compatíveis com a Convenção Americana e violam os direitos políticos.

Nos casos analisados que versam sobre as limitações ao processo eleitoral, a CorteIDH acabou por se manifestar não apenas sobre o exercício dos direitos políticos, mas também sobre normas que regulamentam o

processo eleitoral dos Estados, mesmo de que forma reflexa. Nesse sentido, pode-se dizer que a CorteIDH está em consonância com os dispositivos da Carta Democrática Interamericana de 2001 que estabelece a responsabilidade pela organização e garantia de processos eleitorais justos e livres.

Portanto, seria uma consequência lógica o a CorteIDH analisar a qualidade dos processos eleitorais no que diz respeito às regras aplicáveis aos pleitos e às limitações impostas às candidaturas. Essa afirmação não significa que o tribunal sempre irá considerar eventuais restrições aos direitos políticos e as regras do processo eleitoral como violadoras da CADH, já que pela jurisprudência já assentada, se as limitações estiverem de acordo com os requisitos da legalidade, finalidade e necessidade, não há razão para se declarar a violação, o que deverá ser valorado no caso concreto.

Logo, de acordo com os casos analisados, as decisões da CorteIDH buscam alcançar um modelo de democracia substantiva, onde os direitos políticos não podem ser restringidos sem que haja justificativa material, e quando houve a tentativa de violação por parte dos Estados, o tribunal buscou corrigir.

Interessante observar que no já citado caso Yatama, o então juiz da CorteIDH Diego García-Sayán em seu voto concorrente aponta que a Carta Democrática Interamericana reafirma a importância de uma participação dos cidadãos como um processo que reforça a democracia. Dessa forma, a Carta declara é expressa no seu artigo segundo ao apontar que a democracia representativa se reforça e aprofunda com a participação permanente, ética e responsável da cidadania num marco de legalidade e respeito à ordem constitucional.

Concluimos que há um reforço normativo, que é acompanhado pela jurisprudência da CorteIDH, conforme foi demonstrado, que indica que as decisões do tribunal contribuem para um processo de democratização, a

partir da teoria de Charles Tilly, em especial no que diz respeito às consultas mutuamente vinculante, ao buscar manter a ideia vontade popular como elemento a ser considerados nas sentenças.

#### **4.2 Direitos Políticos Perante o STF: Recursos Extraordinários 848826/DF e 729744/MG**

O primeiro caso se refere ao julgamento do Recurso Extraordinário 848826/DF que aborda a questão da Lei Complementar 64/90, alterada pela LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que prevê que os gestores que ocuparam cargos ou funções públicas e tiveram suas contas rejeitadas pelo "órgão competente" ficam inelegíveis pelo período de oito anos. Dessa forma, havia a necessidade de definir quem seria o órgão competente.

Para responder essa questão, surgiram duas vertentes. A primeira reputava que se o Tribunal de Contas rejeitasse as contas do Prefeito, ele já se tornaria inelegível, nos termos do art. 1º, I, "g", da LC 64/90. Era a posição defendida pela maioria dos Tribunais de Contas e do Ministério Público eleitoral. Assim, quando o TCE rejeitava as contas de um Prefeito, a Justiça Eleitoral, com base nesta decisão, negava registro de candidatura a ele.

A segunda corrente defendia que a competência para julgar as contas do Prefeito é da Câmara Municipal. O papel do Tribunal de Contas seria apenas o de prestar auxílio ao Poder Legislativo municipal, que emite um parecer prévio recomendando a aprovação ou rejeição das contas do Prefeito. Posteriormente, este parecer é submetido à Câmara Municipal, que poderá afastar as conclusões do Tribunal de Contas, desde que pelo voto de no mínimo 2/3 dos Vereadores (art. 31, § 2º da CF/88). Logo, somente após a decisão da Câmara Municipal rejeitando as contas do Prefeito é que a Justiça Eleitoral poderá considerá-lo inelegível.

O STF, ao apreciar o tema, fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral no Recursos Extraordinários 848826/DF:

Para os fins do artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64/1990, a apreciação das contas de Prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores.

A Constituição conferiu ao Legislativo a função de controle e fiscalização das contas do chefe do Poder Executivo. Essa é uma função típica do Legislativo, numa perspectiva de freios e contrapesos.

Essa fiscalização se desenvolve por meio de um processo político-administrativo, que se inicia no Tribunal de Contas, que faz uma apreciação técnica das contas e emite um parecer. No entanto, a decisão final cabe ao Legislativo.

A tese vencedora se fundamentou no fato de a Câmara dos Vereadores representar a soberania popular e os contribuintes e, por isso, detentora da legitimidade para este exame de mérito. Por outro lado, a expectativa acerca da Lei da Ficha Limpa, de iniciativa popular, buscava não deixar essa competência de forma quase que exclusiva, para efeitos de inelegibilidade, sob o controle das Câmaras Municipais.

Nesse sentido, outra questão surgiu. Em diversas ocasiões, o Tribunal de Contas emite o parecer reprovando as contas do Prefeito e o encaminha à Câmara Municipal, que por inércia, não julga as contas. No período eleitoral, o Prefeito solicitava o registro de sua candidatura, seja para a reeleição, seja para outro cargo e persistia a dúvida se ele poderia concorrer mesmo havendo um parecer do Tribunal de Contas rejeitando as suas contas.

No julgamento do RE729744/MG, para uma primeira corrente, o parecer prévio do Tribunal de Contas que rejeita as contas do Prefeito deveria produzir efeitos até que a Câmara Municipal expressamente o afastasse, pelo voto de 2/3 dos Vereadores.

Logo, em caso de mora no julgamento pela Câmara Municipal e se o parecer tivesse sido pela reprovação das contas, esse Prefeito estaria inelegível com base na Lei da Ficha Limpa. Essa era a posição defendida pela maioria dos Tribunais de Contas e do Ministério Público eleitoral.

Contudo, prevaleceu a tese de que o parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, desprovido de qualquer caráter decisório. Logo, enquanto não houver o julgamento pela Câmara Municipal que rejeite as contas do Prefeito, não existe nenhum impedimento para que ele concorra às eleições. Ainda que a Câmara demore a apreciar o parecer, não se pode considerar que as contas do Prefeito tenham sido rejeitadas.

O STF, ao apreciar o tema exposto, fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral:

Parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo.

A expressão “só deixará de prevalecer”, constante do § 2º do art. 31, deve ser interpretada de forma sistêmica, de modo a se referir à necessidade de quórum qualificado para a rejeição do parecer emitido pela Corte de Contas. Logo, enquanto não houver votação na Câmara, as contas ainda não foram julgadas, e conseqüentemente não se poderá dizer que elas tenham sido rejeitadas.

A rejeição das contas tem o condão de gerar, como consequência, a caracterização da inelegibilidade do Prefeito, nos termos do art. 1º, I, “g”, da LC 64/1990. Diante disso, não se poderia admitir que o parecer opinativo do Tribunal de Contas tenha o condão de gerar tais consequências ao chefe de Poder local sem que haja aval do Poder Legislativo.

A terceira decisão a ser analisado do STF foi proferida na Ação Direta de Constitucionalidade 33. A Constituição Federal dispôs que o número de

Deputados deveria ser proporcional à população de cada Estado e do Distrito Federal. Importante sublinhar que o número de Deputados não é proporcional ao número de eleitores do Estado, mas sim à população. Contudo, a Constituição não previu o número total de Deputados Federais nem a quantidade por Estado e o Distrito Federal.

A Constituição determinou que essa matéria fosse reservada para o legislador infraconstitucional. Trata-se da Lei Complementar n. 78/93, que disciplina a fixação do número de Deputados Federais. Abaixo, consta a íntegra do artigo 1º da referida lei.

Art. 1º Proporcional à população dos Estados e do Distrito Federal, o número de deputados federais não ultrapassará quinhentos e treze representantes, fornecida, pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano anterior às eleições, a atualização estatística demográfica das unidades da Federação.

Parágrafo único. Feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas.

Com base nesse art. 1º, em 2013, o TSE editou a Resolução n. 23.389 alterando o número de vagas de Deputado Federal de cada Estado e do Distrito Federal e, conseqüentemente, o número de vagas de Deputados Estaduais a serem disputadas nas eleições de 2014.

A aludida Resolução sofreu críticas e foi resistida por parte dos Estados prejudicados (que perderiam vagas na bancada) que, então, se mobilizaram e aprovaram, no Congresso Nacional, o Decreto Legislativo 424/2013 que sustou os efeitos da Resolução TSE 23.389/2013.

O Congresso Nacional argumentou que o TSE exorbitou do seu poder regulamentar, ou seja, que ele, a pretexto de regulamentar a LC 78/93, teria atuado como um verdadeiro legislador, invadindo a esfera de competência do Poder Legislativo. Em situações de abuso do poder regulamentar, a Constituição autoriza que o Congresso Nacional edite um Decreto Legislativo sustando a eficácia do ato que regulamentou a lei.

A Mesa do Senado Federal, por sua vez, ajuizou uma ADC requerendo que o STF declarasse a validade do Decreto Legislativo 424/2013. Além dessa providência do Congresso Nacional, os Estados prejudicados propuseram seis Ações Direitas de Inconstitucionalidade no STF pedindo a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da LC 78/93 e da Resolução TSE 23.389/2013. Todas essas ações foram julgadas em conjunto.

O STF, por maioria, decidiu que o parágrafo único do art. 1º da LC 78/93 e a Resolução TSE 23.389/2013 são inconstitucionais. O § 1º do art. 45 da CF/88 afirmou claramente que o número total de Deputados e a representação por Estado e Distrito Federal deveriam ser estabelecidos por lei complementar, que é de competência do Congresso Nacional. Logo, essa competência não poderia ter sido delegada ao TSE, como fez a LC 78/93.

O STF julgou a ADC improcedente e decidiu que Decreto Legislativo 424/2013 também é inconstitucional. A atribuição do Poder Legislativo de controlar o Poder Executivo é uma das principais competências outorgadas ao Parlamento pelas Constituições modernas. Porém, essa competência não pode ser estendida ao Poder Judiciário por meio de interpretação extensiva.

Nos casos decididos pelo STF, observou-se que a Corte foi sempre deferente à competência do Congresso Nacional, reputando inclusive a necessidade de aumentar o caráter supostamente democrático que essas decisões implicariam, já que o Legislativo possuiria representatividade e legitimidade para tomada dessas decisões que envolvem direitos políticos.

Por outro lado, ao decidir dessa forma, o STF foi contrário aos anseios populares, tanto nos recursos extraordinários (que tratavam da lei da Ficha Limpa, de iniciativa popular), como na ADC 33, onde a redistribuição visava atender diretamente o à demografia populacional.

## 5 Referências

CORTEIDH. **Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos**. Sentença de 14 de agosto de 2009.

\_\_\_\_\_. **Caso López Mendoza Vs. Venezuela.** Sentença de 1 de setembro de 2011.

\_\_\_\_\_. **Caso Yatama Vs. Nicaragua.** Sentença de 23 de junho de 2005.

DAHL, Robert. **La igualdad política.** Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Pluralismo Constitucional Interamericano: leitura plural da Constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.** 2015. 315 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

OEA. **Carta Democrática Interamericana.** 2001.

STF. Plenário. **RE 729744/MG**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/8/2016 (repercussão geral) (Info 834).

STF. Plenário. **RE 848826/DF**, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10/8/2016 (repercussão geral) (Info 834).

TILLY, Charles. **Democracia.** Editora Vozes, 2013.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



## **Terceira Parte:**

### **Políticas públicas e promoção de direitos fundamentais**



## Política nacional de reforma agrária e seus diferentes instrumentos fundiários: comentários e perspectivas <sup>1</sup>

*Ana Luisa Santos Rocha* <sup>2</sup>

*José Heder Benatti* <sup>3</sup>

*Aianny Naiara Gomes Monteiro* <sup>4</sup>

### Introdução

Não há dúvidas quanto à previsão no ordenamento jurídico brasileiro de diversos instrumentos, que mesmo com naturezas jurídicas distintas, como é o caso de unidades de conservação de uso sustentável, projetos de assentamento e propriedade quilombola, garantem o acesso a direitos territoriais a agricultores familiares e povos tradicionais (BENATTI, 2011).

---

<sup>1</sup> Parte do debate exposto no presente artigo faz parte das discussões desenvolvidas na dissertação de Mestrado defendida em 2016 no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará pela Mestre Ana Luisa Santos Rocha, sob orientação do Prof. Dr. José Heder Benatti, intitulada “Reforma Agrária na Amazônia: novas tendências, novos sujeitos e grandes desafios”. Além disso, uma primeira versão do artigo foi publicada na Revista de Direito Agrário e Agroambiental em 2017, antes da consolidação das alterações da nova legislação. Disponível em: < <https://indexlaw.org/index.php/rdaa/article/view/3850>>. Acesso: 16 dez 2019. Foram incluídos no debate as alterações promovidas pela Lei n.º. 13.465, de 11 de julho de 2017 e pela Medida Provisória n.º. 910, de 10 de dezembro de 2019.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará em regime de cotutela com a Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne. Mestra em Direito pelo PPGD/UFPa. Membro voluntária na Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (CIDHA/UFPa). E-mail: [analuisasrocha@gmail.com](mailto:analuisasrocha@gmail.com).

<sup>3</sup> Mestre em Direito e Doutor em Ciência e Desenvolvimento Socioambiental pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da Universidade Federal do Pará, Professor da Graduação, da Pós-Graduação em Direito da UFPa e Membro da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (CIDHA/UFPa). Pesquisador do CNPq. Diretor do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPa. E-mail: [jbenatti@ufpa.br](mailto:jbenatti@ufpa.br).

<sup>4</sup> Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestra em Agricultura Familiar e Desenvolvimento Sustentável pelo Programa de Pós-Graduação em Agriculturas Amazônicas, ambos pela Universidade Federal do Pará. Advogada. E-mail: [aianny Monteiro@yahoo.com.br](mailto:aianny Monteiro@yahoo.com.br).

Nessa perspectiva o II Plano Nacional de Reforma Agrária (PNRA), lançado em 2003, trouxe como público, dentre outros, os trabalhadores rurais sem-terra, os atuais assentados, setores da agricultura familiar, posseiros, populações ribeirinhas, comunidades quilombolas e extrativistas (BRASIL, 2005, p. 17). De acordo com o plano, os diversos segmentos sociais seriam objeto de “instrumentos diferenciados e apropriados às suas especificidades e às características de cada região” (BRASIL, 2005, p. 17).

Contudo, depois 14 anos do lançamento do II PRNA e da consolidação de uma política de reconhecimento de apossamentos coletivos por meio de instrumentos diferenciados de regularização fundiária, a promulgação da Lei 13.465 de 11 de julho de 2017<sup>5</sup>, do Decreto nº 9.311 de 15 de março de 2018<sup>6</sup> e da Medida Provisória nº. 910 de 10 de dezembro de 2019<sup>7</sup>, reorientou a política de reforma agrária e de regularização fundiária, que prezam pela proteção ambiental, pelo acesso ao território aos povos tradicionais e acesso à terra de agricultores, para um modelo de titulação individual da terra, que viabiliza o aquecimento do mercado de terras e incentiva processos de grilagem, contribuindo para o aumento do desmatamento.

Nesse sentido, o escopo do presente artigo é, além de apresentar, caracterizar e destacar os principais aspectos dos diversos instrumentos que hoje fazem parte do PNRA; descrever, demonstrar e evidenciar os problemas e perspectivas derivados das novas ações de reforma agrária e regularização fundiária adotadas pelo governo brasileiro nos últimos dois anos.

Estes instrumentos que reconhecem ora a posse, ora a propriedade, sejam através de titulações individuais de famílias ou que considerem o aspecto coletivo de uma comunidade, destinados a um público também

---

<sup>5</sup> *Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União.*

<sup>6</sup> Regulamenta a Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e a Lei nº 13.001, de 20 de junho de 2014, para dispor sobre o processo de seleção, permanência e titulação das famílias beneficiárias do Programa Nacional de Reforma Agrária.

<sup>7</sup> A MPV nº. 910, de 10 de dezembro de 2019 altera normas para a regularização fundiária, em particular a Lei nº. 11.952, de 25 de junho de 2009.

diferenciado, como camponeses, agricultores, posseiros e povos tradicionais, surgiram a partir de contextos históricos específicos e com fundamentações distintas como, por exemplo: organizar o processo de ocupação territorial do país, incentivar o povoamento de regiões consideradas remotas (LIMA, 1975, p. 77), apaziguar conflitos por terra (BERGAMASCO; NORDER, 1996, p. 9), criar espaços de proteção ambiental aliados ao direito territorial de povos tradicionais (MENEZES, 2011, p. 345), e ainda, para responder às fortes demandas dos movimentos sociais que lutam pelo direito de acesso à terra (SAUER, 2005, p. 59).

Como o corte utilizado na presente pesquisa diz respeito aos instrumentos utilizados e reconhecidos pelo poder público como reforma agrária, são eles que serão expostos, em conformidade com a Norma de Execução INCRA nº. 69, de 12 de março de 2008, que dispõe sobre o processo de criação e reconhecimento de projetos de assentamento de reforma agrária, que englobam, atualmente, os criados por meio de obtenção de terras pelo INCRA, na forma tradicional, conhecidos como Projeto de Assentamento (PA), os ambientalmente diferenciados, como Projeto de Assentamento Agroextrativista (PAE), Projeto de Desenvolvimento Sustentável (PDS) e o Projeto de Assentamento Florestal (PAF) e os Projetos de Assentamentos Especiais Quilombolas (PA Especial), nos termos da referida Norma.

O segundo grupo de projetos de reforma agrária são aqueles reconhecidos pelo INCRA, cuja criação cabe a outras esferas do poder público para acesso às políticas públicas do programa de reforma agrária. Nesse rol, incluem-se as Reservas Extrativistas (RESEX), as Reservas de Desenvolvimento Sustentável (RDS), as Florestas Nacionais (FLONA), os Territórios Quilombolas e os projetos criados na esfera estadual e municipal, como assentamentos estaduais, territórios quilombolas estaduais, RESEX estaduais, dentre outros<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Também integram as categorias reconhecidas pelo INCRA, os Assentamentos Municipais (PAM), os Assentamentos criados a partir do Programa Nacional de Crédito Fundiário (PCT), as áreas de Reconhecimento de Assentamento de Fundo de Pasto (FPF) e os Reassentamentos de Barragem (PRB).

Na Amazônia Legal, a configuração espacial dessas várias categorias territoriais, que juntas correspondem a mais de 3.000 projetos<sup>9</sup>, inclui assentamentos tradicionais, assentamentos diferenciados e áreas já reconhecidas pelo INCRA como RDS, RESEX, FLONA e assentamentos estaduais.

Serão assim, traçados os principais aspectos históricos, sociais e jurídicos de consolidação e utilização desses instrumentos pelo Poder Público no atendimento das demandas das comunidades rurais, com foco para a Amazônia e para o Estado do Pará, mas também abordará comentários sobre a política de reforma agrária no Brasil operada nos últimos dois anos a partir da Lei n.º. 13.465/2017.

## **1 Assentamentos Tradicionais**

A criação de assentamentos é uma ação que sempre esteve diretamente ligada à política de reforma agrária. Esse termo se fez presente na literatura jurídica e sociológica desde 1960 com a reforma agrária venezuelana (BERGAMASCO; NORDER, 1996, p. 9).

Os projetos de assentamento são espaços geográficos que congregam famílias beneficiárias das ações de reforma agrária (SAUER, 2005, p. 59). Via de regra, esses projetos se formalizam a partir de um processo de desapropriação de um imóvel rural privado, atrelado às fortes lutas sociais pela redistribuição da terra (CARVALHO, 1999, p. 5).

Na análise sobre os assentamentos destaca-se a conversão de um latifúndio, enquanto grande área de terra improdutiva, em lugar de produção, de trabalho e de vida para dezenas de famílias (SAUER, 2005, p. 95), sendo o assentamento a constituição de “uma nova organização econômica, política, social e ambiental naquela área, com a posse da terra por uma heterogeneidade social de famílias de trabalhadores rurais sem terra” (CARVALHO, 1999, p. 5).

---

<sup>9</sup> Dados retirados da plataforma I3Geo de acervo fundiário do INCRA. Disponível em: <<http://acervofundiario.incr.gov.br/i3geo/interface/incra.html?6r8chko9cbvehigrmvdqptct10>>. Acesso em 19 mai 2017.

Nessa mesma linha, o INCRA, que é a entidade federal responsável pela execução das ações de reforma agrária no Brasil, define o assentamento rural como um conjunto de unidades agrícolas independentes entre si, instaladas onde originalmente existia um imóvel rural que pertencia a um único proprietário<sup>10</sup>.

Bergamasco e Norder (1996, p. 7) conceituam os assentamentos da seguinte forma:

De uma forma genérica, os assentamentos rurais podem ser definidos como a criação de novas unidades de produção agrícola, por meio de políticas governamentais visando o reordenamento do uso da terra, em benefício de trabalhadores rurais sem terra ou com pouca terra. Como o seu significado remete à fixação do trabalhador na agricultura, envolve também a disponibilidade de condições adequadas para o uso da terra e o incentivo à organização social e à vida comunitária.

Em geral, o assentamento ocorre quando o imóvel adquirido não tem possuidor (ROCHA *et. al.*, 2015, p. 194). Por essa concepção, os projetos de regularização fundiária e de reforma agrária seriam diferentes porque aquela pressupõe a prévia posse, a qualquer título, do indivíduo a ser beneficiado. Na reforma agrária, por sua vez, o imóvel estaria desocupado e servindo de base territorial para o assentamento (ROCHA *et. al.*, 2015, p. 194).

A criação de assentamentos de trabalhadores rurais foi institucionalizada no país desde 1964 com o Estatuto da Terra (BRASIL. Lei nº. 4.504/1964). Atualmente, possui fundamento constitucional no art. 184 que dispõe sobre a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária do imóvel rural que não cumpre sua função social, cuja competência é da União, através do INCRA.

Ademais, é comando constitucional a destinação de terras públicas e devolutas para a reforma agrária (art. 188 da Constituição Federal) e as “(...) necessárias à proteção dos ecossistemas naturais” (§ 4º do art. 225

---

<sup>10</sup> Definição disponível em: <<http://www.incra.gov.br/assentamento>>. Acesso em 19 mai 2017.

da Constituição Federal). A Lei nº. 8.629/93 que regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária também compõe o rol de normas que fundamentam e orientam a criação de assentamentos no país.

Embora previstas no ordenamento jurídico desde o Estatuto da Terra, as políticas voltadas para a criação de assentamentos em áreas oriundas de processos desapropriatórios não foram colocadas em prática durante o Governo Militar (GRAZIANO NETO, 1998, p. 154). Deu-se prioridade para a criação de projetos de colonização públicos e particulares – respaldados também no Estatuto da Terra<sup>11</sup> – que objetivavam a ocupação dos vazios demográficos do país (LIMA, 1975, p. 77).

Foi sob a égide da redemocratização que a criação de assentamentos da reforma agrária intensificou-se nos últimos governos. No contexto pós-ditadura, em 1985, o governo de José Sarney lançou o Primeiro Plano Nacional de Reforma Agrária. Dezoito anos depois, em novembro de 2003, durante o primeiro Governo Lula foi lançado o II Plano Nacional de Reforma Agrária.

Segundo números oficiais do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), durante os oito anos (1995 a 2002) em que Fernando Henrique Cardoso ocupou a Presidência, mais de 500 mil famílias de trabalhadores rurais foram assentadas no Brasil. De 2003 a 2010, no Governo Lula, foram mais de 600 mil famílias assentadas<sup>12</sup>. Em ambos os governos o destaque da criação de projetos de assentamento foi a Amazônia (LE TOURNEAU; BURSZTYN, 2010, p. 116). No primeiro Governo Dilma (2011-2014) foram assentadas 83.174 famílias.

Nos termos da Lei nº. 8.629/93, na obtenção de terras rurais destinadas à implantação dos projetos de assentamento para o programa de

---

<sup>11</sup> Nos termos do art. 4º, IX do Estatuto, a colonização é definida como toda a atividade oficial ou particular, que se destine a promover o aproveitamento econômico da terra, pela sua divisão em propriedade familiar ou através de Cooperativas. Em razão das duras críticas sofridas pela política de colonização da década de 1970 em razão do fracasso desses projetos na Amazônia, trata-se de um instrumento não mais utilizado pelo Poder Público para o acesso à terra de comunidades rurais (ROCHA *et. al.*, 2015, p. 194).

<sup>12</sup> Dados oficiais coletados do site do portal do INCRA, na seção de “Números oficiais da Reforma Agrária”. Disponível em: <[http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/reforma-agraria/questao-agraria/reforma\\_agraria/familias\\_assentadas\\_serie\\_historica\\_incra\\_mar\\_2014.p](http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/reforma-agraria/questao-agraria/reforma_agraria/familias_assentadas_serie_historica_incra_mar_2014.p)

df>. Acesso em 19 mai 2017.



reforma agrária são exigidos previamente estudos sobre a viabilidade econômica<sup>13</sup> e a potencialidade de uso dos recursos naturais da área (art. 17, I). Os projetos são criados pela Superintendência Regional do INCRA competente, através de portarias publicadas no Diário Oficial da União<sup>14</sup>.

Segundo o art. 17, IV do citado diploma legal, a clientela dos projetos de assentamento de reforma agrária é integrada por aqueles que satisfizerem os requisitos para seleção e classificação, bem como as demais exigências contidas na lei<sup>15</sup>.

Isso se materializa através da Relação de Beneficiários da Reforma Agrária, cuja inscrição e cadastro de candidatos tem caráter nacional, sendo o processo de seleção realizado na área sob jurisdição de cada Superintendência Regional do INCRA, como dispõe a Instrução Normativa do INCRA nº. 15 de 30 de março de 2004.

Nos projetos de assentamentos criados são elaborados os Planos de Desenvolvimento de Assentamento (PDA), que fixam as normas básicas para a implantação e investimentos a serem realizados (art.17, III, Lei nº. 8.629/93). O PDA é um instrumento de planejamento elaborado por profissionais de assessoria técnica, social e ambiental (ATES) contratados pelo INCRA, em conjunto com as famílias beneficiárias a partir de diagnósticos que retratam a situação do assentamento em termos físicos, sociais, econômicos, culturais e ambientais<sup>16</sup>.

Nos termos do art. 189 da CF/88, os beneficiários da reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso inegociáveis pelo prazo de dez anos. Regulamentando esse dispositivo, o art. 18 da Lei nº.

---

<sup>13</sup> Sauer (2005, p. 61) chama atenção para a necessidade de uma análise crítica sobre esse ponto, pois não se pode confundir a viabilidade econômica que é uma equação utilizada para avaliar o retorno econômico dos assentamentos, no que tange à produção para o mercado e ao resultado dos investimentos governamentais, com as necessidades e demandas sociais concretas como ocupação, trabalho e renda.

<sup>14</sup> Conforme disposto na Norma de Execução do INCRA nº. 69 de 12/03/2008 (art. 2º, §4º, “a”) que trata do processo de criação e reconhecimento de projetos de assentamentos da Reforma Agrária.

<sup>15</sup> Os critérios previstos no art. 19 da Lei nº. 8.629/93 para a distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária, foram alterados com a aprovação da Lei nº. 13.465/2017.

<sup>16</sup> A Norma de Execução do INCRA nº. 39 de 30/03/2004 (art. 3º, III) define os PDAs como ações permanentes que englobam desde o processo de planejamento da ocupação e utilização racional das áreas de assentamento, no âmbito de cada território, até o seu pleno desenvolvimento, através da efetiva garantia dos serviços básicos de infraestrutura física e social.

8.629/93 – cuja nova redação foi dada pela Lei nº. 13.001 de 20 de junho de 2014 – estabelece que a distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária far-se-á por meio de títulos de domínio, concessão de uso ou concessão de direito real de uso – CDRU<sup>17</sup>.

Os contratos de concessão de uso celebrados com os beneficiários do programa de reforma agrária na implantação do assentamento são gratuitos, inegociáveis, podendo ser firmados de forma individual por assentando, ou ainda coletiva, englobando toda a comunidade assentada, assegurando-se o direito de adquirir título de domínio ou a CDRU (art. 18, §2º). Tanto o título, quanto a CDRU, devem conter cláusulas resolutivas e outorgados aos beneficiários do programa de reforma agrária, de forma individual ou coletiva (art. 18, §3º).

Em que pese o art. 18, §3º (cuja redação foi dada pela Lei nº. 13.001/2014), a lei nº. 13.465/2017 acrescentou o §14, dispondo que para fins de interpretação, a outorga coletiva a que se refere o §3º não permite a titulação, provisória ou definitiva, a pessoa jurídica. A mesma lei de 2017 deu nova redação ao §4º do art. 18 indicando que um regulamento disporá sobre as condições e a forma de outorga dos títulos de domínio e da CDRU aos beneficiários dos projetos de assentamento<sup>18</sup>.

## 2 Assentamentos Ambientalmente Diferenciados

Conforme exposto no tópico anterior, a visão tradicional de um assentamento pressupõe a existência de um imóvel rural improdutivo que após o processo de desapropriação passa a “assentar” novas famílias em

---

<sup>17</sup> A norma faz referência à CDRU instituída pelo art. 7º do Decreto-Lei nº. 271, de 28 de fevereiro de 1967: É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. Os modelos de contrato de concessão de direito real de uso para os projetos ambientalmente diferenciados foram regulamentados pela Norma de Execução INCRA nº. 93, de 19 de julho de 2010.

<sup>18</sup> Trata-se do Decreto nº. 9.311, de 15 de março de 2018, que regulamenta as leis nº. 8.629/1993, de 25 de fevereiro de 1993 e nº. 13.001/2014 para dispor sobre o processo de seleção, permanência e titulação das famílias beneficiárias do PNRA.

lotes agrícolas independentes entre si, constituindo-se assim um novo espaço de organização social e econômica.

Entretanto, a realidade do campesinato brasileiro é muito complexa, com vários grupos sociais lutando pelo acesso à terra através de instrumentos que atendam às suas demandas e aos seus próprios modos de vida.

É nessa seara de discussão que se encaixam os chamados assentamentos ambientalmente diferenciados<sup>19</sup>. A origem dessas modalidades de assentamento, cuja criação em âmbito federal também é de responsabilidade do INCRA, está atrelada às lutas dos diversos segmentos camponeses amazônicos pelo reconhecimento do seu modelo de apossamento e pela proteção ambiental<sup>20</sup>, que juridicamente se expressa no conceito de posse agroecológica, como já visto.

Segundo Menezes (2011, p. 345), desde a década de 1980 foram criados “instrumentos inéditos de reforma agrária, visando atender as especificidades da questão agrária amazônica e a defesa dos povos da floresta, categoria que rompia com termos convencionais como camponês e trabalhador rural”.

As demandas dos povos tradicionais por instrumentos específicos de acesso ao território foram fundamentais para compreender a insuficiência dos instrumentos do direito estatal brasileiro como o modelo tradicional de assentamento em lotes agrícolas padronizados, que desconsideram as especificidades ambientais e a diversidade do meio rural brasileiro e o amazônico (BENATTI, 2003B, p. 114).

Em 1987 foram criados na esfera federal os Projetos de Assentamento Extrativistas (PAE)<sup>21</sup>, passando a integrar o Plano Nacional de Reforma

---

<sup>19</sup> Bergamasco e Norder (1996, p. 40) destacam que os assentamentos extrativistas da região Norte só foram institucionalizados após os conflitos pela posse da terra já terem provocado de derramamento de muito sangue, como o de Chico Mendes.

<sup>20</sup> Segundo Benatti (2003B, p. 210), há entre os pressupostos de criação dos assentamentos ambientalmente diferenciados uma “autocrítica velada na trajetória da reforma agrária e dos projetos de assentamento criados na Amazônia, pois, de certa forma, os assentamentos patrocinados pelo governo federal nos anos 70, até meados de 90, favoreceram a destruição da floresta”.

<sup>21</sup> A proposta de criação de dos PAEs foi acolhida pelo INCRA após recusa do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal - IBDF, que era o órgão ambiental da época, “pois havia previsão de implantação desse estatuto territorial mesmo em áreas alteradas (não ambientalmente preservadas) e, portanto, sua administração deveria ficar ao encargo de um órgão de gestão fundiária” (MENEZES, 2011, p. 345).

Agrária. Nessa modalidade, a lógica que está presente não se associa à atribuição de lotes individuais às famílias para posterior conversão em propriedade, mas trata-se de estabelecer concessões de direito real de uso em benefício das famílias residentes em um imóvel público e inalienável<sup>22</sup> (BENATTI, 2003B, p. 208).

Em 1996, em substituição aos PAE originais, o INCRA criou os Projetos de Assentamento Agroextrativistas (PAE)<sup>23</sup>. Em novembro de 1999 foram institucionalizados os Projetos de Desenvolvimento Sustentável (PDS)<sup>24</sup> e em 2003 foram criados os Projetos de Assentamento Florestais (PAF)<sup>25</sup>.

Em tais modalidades, embora possuam a designação “assentamento”, o que indicaria a ideia de “assentar” quem não habitava determinada área, as famílias são regularizadas, isto é, a prévia posse já exercida pela comunidade será oficialmente reconhecida pelo órgão fundiário. Em se tratando de comunidades tradicionais, eles se constituem em instrumentos que reconhecem os seus modelos próprios de apossamento pré-existente.

Sob o ponto de vista jurídico, os instrumentos agroextrativistas diferenciam-se dos assentamentos tradicionais por não existir previsão de títulos individuais e definitivos de propriedade, mas sim, a concessão de uso coletivo de responsabilidade das associações de agroextrativistas (MENEZES, 2011, p. 346). A lei determina então, que esses assentamentos são de domínio público, com o uso da terra e dos recursos naturais concedidos aos povos tradicionais (BENATTI, 2011, p. 101).

Logo, são ações que se enquadram na determinação constitucional que exige a compatibilização da destinação de terras públicas com o plano

---

<sup>22</sup> Tal como asseveram Vieira *et. al.* (2014, p. 376), o princípio da inalienabilidade das terras constitui-se em garantia contra a venda de lotes individuais, “e portanto contra concentração fundiária nas áreas assim delimitadas, subtraindo-as ao mercado fundiário”.

<sup>23</sup> Portaria INCRA n.º. 268, de 23 de outubro de 1996.

<sup>24</sup> Portaria INCRA n.º. 477, de 04 de novembro de 1999.

<sup>25</sup> Portaria INCRA n.º. 1.141, de 19 de dezembro de 2003.

nacional de reforma agrária (art. 188, CF/88). Além disso, são modalidades de acesso à terra em consonância com o art. 189 da CF/88 e do art. 18 da Lei nº. 8.629/93 no que tange à previsão de concessões de uso celebrados de forma coletiva.

Conforme visto, a Lei nº. 13.465/2017 introduziu ao art. 18 da Lei nº. 8.629/93 os §§ 3º e 14. Deve ser entendido que o parágrafo terceiro permite a outorga na forma coletiva de concessão, mas o parágrafo décimo quarto veda as titulações provisórias ou definitivas se deem de forma coletiva a pessoas jurídicas.

Essa interpretação não fere o art. 188 da Constituição Federal de 1988, uma vez que exige a compatibilização da destinação de terras públicas com o plano nacional de reforma agrária. Observa-se, também, que se deve assegurar os direitos territoriais de comunidades que buscam o reconhecimento da ocupação coletiva os seus territórios pela concessão de títulos coletivos a pessoas jurídicas. Entende-se que a titulação coletiva é mais coerente à forma peculiar de apossamento e uso da terra e dos recursos naturais, em consonância com a realidade das comunidades tradicionais, seguindo a diretriz contida no art. 13 da Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o qual reconhece que a terra é muito mais que um bem de produção econômica, respeitando o valor cultural e espiritual das ocupações tradicionais<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> É preciso salientar que não se corrobora com interpretação de que títulos de domínio ou CDRU não possam ser realizados à pessoa jurídica no caso de comunidades tradicionais situação que inviabilizaria “a titulação provisória ou definitiva de comunidades tradicionais para as quais se exige a constituição de personalidade jurídica, seja por meio de associação, condomínio ou cooperativa (MONTEIRO, TRECCANI, 2018, p. 15). Nesse sentido, a MPV nº. 910/2019 ao modificar o art. 4º da Lei nº. 11.952/2009, passou a ter a seguinte redação: “§2º As terras ocupadas por comunidades quilombolas ou tradicionais que façam uso coletivo da área serão regularizadas de acordo com normas específicas.” (NR) Em outras palavras, a lei de regularização fundiária não se aplica às populações tradicionais. Vale destacar que ainda em outubro de 2017, no julgamento da ADI nº. 4269/DF o STF aplicou a técnica de interpretação conforme à Constituição sem redução de texto ao § 2º do art. 4º da Lei nº. 11.952/2009, a fim de afastar qualquer entendimento que permita a regularização fundiária das terras públicas ocupadas por quilombolas e outras comunidades tradicionais da Amazônia Legal em nome de terceiros ou de forma a descaracterizar o modo de apropriação da terra por esses grupos (ADI 4269/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 18.10.2017).

### 3 Unidades de Conservação: Reservas Extrativistas, Reservas de Desenvolvimento Sustentável e Florestas Nacionais

Inseridas no mesmo contexto de questionamentos e enfrentamentos aos modelos de assentamentos tradicionais aplicados na Amazônia que favoreceram a destruição da floresta e o desrespeito aos modos de vida dos camponeses amazônicos, as unidades de conservação representam, atualmente, importantes instrumentos de acesso à terra aos povos tradicionais.

A criação de reservas extrativistas (RESEX) está diretamente ligada à luta dos seringueiros do Acre<sup>27</sup> durante a década de 1980, sendo considerada a “Reforma Agrária dos Seringueiros” (BENATTI, 2003B, p. 171). Trata-se de um modelo que, da mesma forma como nos assentamentos diferenciados, fez convergir políticas públicas antes dissociadas: reforma agrária e meio ambiente (SANTILLI, 2005, p. 142). Assim, as propostas de reservas extrativistas uniram a questão fundiária com a questão agroecológica, valorizando a base econômica extrativista que não leva ao esgotamento dos recursos naturais (BENATTI, 2003B, p. 172).

Em sua origem, as propostas de RESEX foram consubstanciadas nos projetos de assentamento extrativistas criados pelo INCRA em 1987. Mas foi com a Lei n<sup>o</sup>. 7.804, de 18 de julho de 1989, regulamentada pelo Decreto n<sup>o</sup>. 98.897, de 30 de janeiro de 1990, que as reservas passaram a integrar a Política Nacional de Meio Ambiente, saindo da pauta estritamente fundiária. Menezes (2011, p. 346) explica essa institucionalização:

O ato oficial que criou o PAE significava também a incorporação das Reservas Extrativistas (inserida na categoria PAE) ao Plano Nacional de Reforma Agrária. No entanto, em virtude de morosidade na criação dos PAEs, os seringueiros, através do Conselho Nacional de Seringueiros, criado em 1985 e tendo incorporado o discurso internacional de preservação das florestas, insistiram no formato da Reserva Extrativista como a forma mais eficaz de fazer

---

<sup>27</sup> Vale destacar que a inspiração desses movimentos sociais na formulação das propostas de assentamentos e de reservas extrativistas, foram as terras indígenas, em que a propriedade da terra é da União e a posse e o uso dos recursos naturais é coletiva e compartilhada (SANTILLI, 2005, p. 2005), cujo modelo encontra-se constitucionalizado no art. 231, da CF/88.

reforma agrária para os extrativistas. Neste ambiente de intenso debate, o governo legitimou a Reserva Extrativista colocando-a na pauta da política nacional de meio ambiente e institucionalizando-a a partir da criação da Lei nº. 7.084, de 18 de julho de 1989 e do decreto nº. 98.987, de 30 de janeiro de 1990, onde o IBAMA torna-se responsável pela RESEX, constituindo o Centro Nacional de Desenvolvimento Sustentado das Populações Tradicionais (CNPT) como órgão gestor das reservas.

Na regulamentação das reservas extrativistas (art. 3º, Decreto nº. 98.987/90) foi destacado o papel do órgão ambiental federal, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA)<sup>28</sup>, na criação e gestão das reservas, ao contrário dos assentamentos extrativistas, cuja responsabilidade era do órgão fundiário, o INCRA.

O Decreto regulamentador (art. 4º, Decreto nº. 98.987/90) estabelecia também que a exploração autossustentável e a conservação dos recursos naturais nas reservas extrativistas seriam reguladas por contrato de concessão de direito real de uso<sup>29</sup>, concedido a título gratuito e incluindo, ainda, o plano de utilização da reserva extrativista.

Atualmente, as reservas extrativistas estão inseridas no Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) criado através da Lei nº. 9.985, de 18 de julho de 2000, com regulamentação dada pelo Decreto nº. 4.340, de 22 de agosto de 2002. Na esfera federal, a criação das unidades de conservação cabe ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), autarquia federal criada em 28 de agosto de 2007, pela Lei nº.11.516.

As RESEX<sup>30</sup> são classificadas como unidade de conservação de uso sustentável (art. 14), ao lado de outras duas categorias de unidade dispostas nessa norma e que hoje se junta ao rol de instrumentos que

---

<sup>28</sup> O IBAMA foi criado em 22 de fevereiro de 1989 através da Lei nº. 7.735.

<sup>29</sup> Instrumento previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967.

<sup>30</sup> Segundo o art. 18, da Lei nº. 9.985/00, a RESEX é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade.

possibilitam o acesso à terra às comunidades tradicionais: as reservas de desenvolvimento sustentável<sup>31</sup> (RDS) e as florestas nacionais<sup>32</sup> (FLONAS).

Tanto as RESEX, quanto as RDS e as FLONAS, são figuras jurídicas de proteção ambiental que congregam a exploração econômica, distinguindo-se das unidades de conservação de proteção integral cujo foco é a proteção de espécies vegetais e animais. Ao preverem a exploração sustentável e a conservação dos recursos naturais, são unidades que garantem a presença humana respeitando seus direitos, organização e cultura, constituindo-se em importantes instrumentos destinados aos povos tradicionais (BENATTI, 2003, p. 175).

Ao lado das modalidades de assentamentos agroextrativistas, as unidades de conservação da natureza de uso direto, podem ser consideradas como regularização agroecológica (TRECCANI, 2006, p. 165) justamente por considerarem os aspectos culturais que envolvem o território, o uso e o manejo dos recursos naturais, bem como a necessidade de regularização das posses exercidas por esses povos.

Tal como já constava previsto na legislação ambiental, a Lei nº. 9.985/00 dispõe que a RESEX é de domínio público, com uso concedido às populações extrativistas tradicionais (art. 18, §1º). A mesma regra de dominialidade pública se aplica às RDS (art. 20, §2º e §3º). Nos dois casos, haverá a concessão de direito real de uso para a comunidade tradicional beneficiada (art. 23, Decreto nº. 4.340/02).

No caso das FLONAS, a Lei nº. 9.985/00 prescreve que também são áreas de posse e domínio públicos, em que se admite a permanência de populações tradicionais que as habitam (art. 17, §1º e § 2º). Embora siga a lógica similar às RESEX e RDS, no que tange ao instrumento de regularização concedido, a FLONAs não foram concebidas com o objetivo maior

---

<sup>31</sup> O art. 20, da Lei nº. 9.985/00 define a RDS como uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica.

<sup>32</sup> O art. 17 da Lei nº. 9.985/00 define a FLONA como área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tendo como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas.



de garantir a posse de comunidades tradicionais, embora a permanência seja admitida por lei.

No que tange à destinação das áreas ocupadas por povos tradicionais dentro das florestas públicas, existem normas específicas na Lei de Gestão de Florestas Públicas (Lei nº. 11.284, de 02 março de 2006). A norma indica a criação de RESEX ou RDS para essas áreas, bem como a concessão de uso através de assentamentos ambientalmente diferenciados ou ainda, a regularização através de CDRU na FLONA (art. 6º, § 3º).

#### **4 Territórios quilombolas**

As comunidades quilombolas no Brasil, aliadas aos movimentos socioambientalistas e dos povos da floresta que lutavam pelo reconhecimento de seus territórios, lograram importante conquista com a constitucionalização de seu direito territorial. O art. 68 do ADCT da CF/88 dispõe que aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

O significado atual da expressão “remanescentes de quilombos” está muito longe de coincidir com a ideia de quilombos formados por escravos fugidos, guerreiros, isolados e autossuficientes. A comparação ao Quilombo de Palmares, por exemplo, não representa um modelo único definidor da história dos quilombos (TRECCANI, 2006, p. 145).

Sendo assim, ensina Treccani (2006, p. 146):

A nova definição deve ter como ponto de partida as situações socioculturais específicas de cada comunidade, suas estruturas político-organizativas, seu conceito de territorialidade que procurava garantir o acesso à terra e aos demais recursos naturais e firmar sua identidade. Usar definições jurídicas que têm sua origem em categorias alheias à prática quilombola, só trará prejuízo para os remanescentes.

A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas<sup>33</sup> por comunidades remanescentes de quilombos deve considerar, portanto, a continuidade de sua reprodução física e cultural, apoiados em seus próprios usos e costumes, respeitando-se sua forma de apossamento particular que também se expressa no conceito de posse agroecológica (BENATTI, 2003, p. 201).

Benatti (2003, p. 203) destaca que o reconhecimento dos direitos territoriais quilombolas, em sede constitucional, introduz importantes elementos jurídicos como a incorporação de conceitos étnicos e culturais para a demarcação da terra, além da titulação coletiva da terra, em prol da comunidade quilombola, e não de um núcleo familiar.

Nesse modelo de titulação, as comunidades devem constituir associações legalmente reconhecidas, que passam a exercer a representação, dos associados que a integram<sup>34</sup>. Serão, assim, os regimentos internos das associações que irão determinar como se dará o uso da terra e dos demais recursos naturais (TRECCANI, 2006, p. 167).

Os remanescentes de quilombo são comunidades camponesas tal como os demais povos e comunidades tradicionais que têm sua “origem nos laços rituais, de parentesco e de cooperação econômica e política” (BENATTI, 2003, p. 204). Apesar dos aspectos específicos próprios de cada grupo social que compõe o rol das comunidades tradicionais o modelo quilombola de uso da terra e demais recursos naturais também é similar (TRECCANI, 2006, p. 160).

Entretanto, a grande diferença é que as demais comunidades tradicionais “não têm a seu favor um mandamento constitucional explícito que obrigue o poder público a reconhecer-lhes a propriedade definitiva, emitindo o título da terra respectivo” (BENATTI, 2003, p. 204).

---

<sup>33</sup> Almeida (2010) considera que são terras tradicionalmente ocupadas as terras indígenas, as terras de comunidades remanescentes de quilombos, bem como as áreas de uso comum voltadas para o extrativismo, a pesca, a pequena agricultura e o pastoreiro, dos povos da floresta e demais povos tradicionais.

<sup>34</sup> Trata-se de uma dinâmica similar às associações que assinam contrato de concessão de uso das unidades de conservação de uso direto (TRECCANI, 2006, p. 166).

Sob o aspecto jurídico, a determinação do art. 68 do ADCT foi regulamentada pelo Decreto n.º. 4.887<sup>35</sup>, de 20 de novembro de 2003, que dispõe sobre o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos<sup>36</sup>.

Na esfera federal, cabe ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, através do INCRA<sup>37</sup>, realizar esse processo que culmina com a demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos (art. 3º, Decreto n.º. 4.887/03). A Fundação Cultural Palmares, vinculada ao Ministério da Cidadania<sup>38</sup>, exercer a função de gerenciadora do Cadastro Geral onde são inscritos os documentos referentes à autodefinição<sup>39</sup> das comunidades (art. 3º, §4º, Decreto n.º. 4.887/03).

Administrativamente, é a Instrução Normativa n.º. 57, de 20 de outubro de 2009, que regulamenta o procedimento no INCRA. Repetindo ditames básicos dispostos no Decreto n.º. 4.887/03, a IN n.º. 57 considera remanescentes das comunidades dos quilombos os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-definição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida (art. 3º), sendo as terras por eles ocupadas definidas como toda a terra utilizada para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural (art. 4º).

---

<sup>35</sup> Nos termos do art. 2º, do Decreto n.º. 4.887/03, consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

<sup>36</sup> Em 25 de junho de 2004 foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 3.239 pelo Partido Frente Liberal (atual DEM) contra o Decreto n.º. 4.887/03. Essa ação trata-se de apenas uma das chamadas “agroestratégias” do setor do agronegócio brasileiro, que buscam enfraquecer direitos territoriais e étnicos conquistados nos últimos anos no país (ALMEIDA, 2011, p. 30).

<sup>37</sup> Decreto n.º. 9.667, de 02 de janeiro de 2019.

<sup>38</sup> Decreto n.º. 9.674, de 02 de janeiro de 2019.

<sup>39</sup> Fruto da pressão dos movimentos quilombolas e da incorporação da Convenção n.º. 169 da OIT ao ordenamento jurídico brasileiro, o autorreconhecimento é elemento fundamental na política de reconhecimento dos territórios quilombolas (TRECCANI, 2006, p. 150).

Quanto ao processo de titulação, considerando que o art. 68 do ADCT tem como sujeito um grupo social e não um conjunto de indivíduos (TRECCANI, 2006, p. 147), o art. 24 da IN n.º. 57 dispõe que a titulação se dará mediante a outorga de título coletivo e pró-indiviso à comunidade, em nome de sua associação legalmente constituída, sem nenhum ônus financeiro, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade, devendo ser registrado no cartório competente. Trata-se de um título de reconhecimento de domínio, isto é, que garante a propriedade coletiva para a comunidade<sup>40</sup>.

Hoje, a competência do INCRA em relação aos territórios quilombolas limita-se à titulação, já que há o reconhecimento do domínio das comunidades. Mas, no passado, antes da regulamentação do art. 68, ADCT, via Decreto n.º. 4.887/03, o órgão fundiário federal criou projetos de assentamentos especiais para atender à demanda quilombola. No Estado do Pará foram criados, entre o período de 1995 a 2001, sete assentamentos especiais quilombolas, que até hoje integram os dados da reforma agrária disponíveis na base de dados do INCRA.

## **5 Modalidades Estaduais e a Política Fundiária no Estado do Pará: Assentamentos, Unidades de Conservação e Territórios Quilombolas**

Os Estados da federação também possuem competência para estabelecer sua própria política fundiária, pois, por força constitucional também são detentores de terras e bens públicos<sup>41</sup>. Como já visto, a União tem competência exclusiva para se valer da desapropriação para fins de reforma

---

<sup>40</sup> Em razão disso, no que tange à gestão de suas terras, Benatti (2011, p. 102) destaca que no caso dos remanescentes das comunidades dos quilombos, por ser reconhecido o domínio pleno, há autoadministração e autogestão das áreas. Já no caso das RESEX, RDS e assentamentos agroextrativistas, como a terra é de domínio público, o uso e manejo dos recursos naturais pertencem à comunidade, mas com a administração partilhada com o poder público.

<sup>41</sup> O art. da CF/88 estabelece que se incluem entre os bens dos Estados: as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

agrária. Entretanto, isso não impede a criação de assentamentos por parte dos Estados mediante a destinação de suas terras públicas.

Da mesma forma, a instituição de unidades de conservação da natureza é de competência constitucional comum<sup>42</sup> entre as três esferas públicas: União, Estados e Municípios. Logo, os Estados, através de suas próprias políticas de meio ambiente e de seus órgãos ambientais podem criar RESEX, RDS e Florestas Estaduais.

O mesmo é válido no que tange aos territórios quilombolas. Caso as comunidades quilombolas exerçam sua posse em terras públicas estaduais, ou em áreas privadas, os Estados podem destinar as áreas públicas para o reconhecimento da propriedade coletiva quilombola, bem como valer-se do instrumento da desapropriação para efetivar suas ações.

Como já ressaltado, a Norma de Execução INCRA nº. 69/08 indica os projetos de Reforma Agrária que são reconhecidos pelo poder público para integrarem o Programa Nacional de Reforma Agrária, categoria em que estão inseridos os projetos criados pelos Estados e Municípios.

No caso específico do Estado do Pará, a Constituição Estadual promulgada em 05 de outubro de 1989, estabelece entre os seus artigos 239 a 244 a Política Agrícola, Agrária e Fundiária Paraense. Nos termos do art. 239, essa política levará em conta, preferencialmente, dentre outras questões: a compatibilização das ações e metas do Plano Nacional de Reforma Agrária; a destinação para assentamentos agrícolas ou para proteção ambiental das terras públicas e devolutas discriminadas, na área rural.

É prevista ainda a transferência das terras públicas do Estado do Pará a pessoas físicas ou jurídicas, inclusive de caráter comunitário, ou qualquer forma associativa de trabalhadores rurais, através de alienação gratuita ou onerosa, ou concessão de uso, precedida de demarcação oficial, bem como a elaboração de projetos de assentamento de trabalhadores rurais, organizados em unidades cooperativas ou associativas.

---

<sup>42</sup> O art. 225, §1º, inciso III dispõe que cabe ao Poder Público definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos. Regulamentando o comando constitucional, a Lei nº. 9.985/00 prescreve que o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC é constituído pelo conjunto das unidades de conservação federais, estaduais e municipais (art. 3º).

No art. 255 da Constituição Estadual que trata da defesa, conservação, preservação e controle do meio ambiente está disposto que cabe ao Estado criar unidades de conservação da natureza, de acordo com as diversas categorias de manejo, implantando-as e mantendo-as com os serviços indispensáveis às suas finalidades.

Repetindo o comando da CF/88, o art. 322 da Carta Estadual, também prescreve que aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos.

Em 24 de junho de 1994 foi editada a Política Agrícola, Agrária e Fundiária Estadual, por meio da Lei n.º. 5.849 que sem seu art. 35 estabelece que são prioridades da ação fundiária do Estado do Pará o assentamento do pequeno produtor rural e a regularização das terras cultivadas pelos que nelas residem.

Diante dessas disposições é através do ITERPA (Instituto de Terras do Pará), autarquia estadual criada desde 1975, que o Pará desenvolve sua política agrária e fundiária. Segundo levantamentos de Brito e Cardoso Jr. (2015, p. 12) a execução da política agrária estadual abrange uma área de 18% a 24% do território paraense.

Em 24 de agosto de 2007, por meio da Norma de Execução n.º. 01 do ITERPA foram criados: o Projeto Estadual de Assentamento Sustentável (PEAS) e o Projeto de Assentamento Estadual Agroextrativista (PEAEX). O Decreto Estadual n.º. 2.280, de 24 de maio de 2010, os regula atualmente no âmbito do Programa Estadual de Assentamentos. A Instrução Normativa ITERPA n.º 3, de 9 de junho de 2010, dispõe sobre o processo de criação dos Projetos Estaduais de Assentamentos<sup>43</sup>.

Ao lado dos PEAS e PEAEX, a legislação (art. 4º, Decreto Estadual n.º. 2.280/10) indicou também, como modalidade de projeto de assentamento

---

<sup>43</sup> A Lei n.º. 8.878, de 8 de julho de 2019, que revogou a Lei n.º. 7.289, de 24 de julho de 2009 e o Decreto-Lei n.º. 57, de 22 de agosto de 1969, dispondo sobre a regularização fundiária de ocupações rurais em terras públicas do Estado do Pará, previu dentre as formas de regularização fundiária: Assentamento Sustentável (AS), Assentamento Agroextrativista (EX) e Território Estadual Quilombola (TEQ) (Art. 4º, incisos VII, VIII e IX, respectivamente). A nova lei ainda não possui decreto regulamentador.

os territórios estaduais quilombolas (TEQ). Importante disposição, em consonância com a normativa do INCRA no que tange ao reconhecimento de projetos, consta no art. 4º, §2º:

Os beneficiários dos projetos de assentamentos estaduais, e dos territórios estaduais quilombolas, serão incluídos entre os candidatos a beneficiários da reforma agrária no âmbito do Plano Nacional de Reforma Agrária, fazendo jus aos mesmos benefícios de crédito, infraestrutura e Assistência Técnica e Extensão Rural - ATER dos beneficiários dos projetos de assentamento federais.

Os PEAS (art. 5º, Decreto Estadual nº. 2.280/10) são áreas trabalhadas em regime de economia familiar que utilizam racionalmente os recursos naturais existentes, cumprindo a função socioeconômica e ambiental da terra. A destinação dessas áreas é feita mediante a celebração de contrato de concessão de uso em regime individual, em nome da unidade familiar, fazendo-se menção à área da parcela. Esse contrato é intransferível e inegociável, pelo prazo de 10 (dez) anos, podendo, após esse prazo, ser expedido Título Definitivo de Propriedade.

Os PEAEX (art. 6º, Decreto Estadual nº. 2.280/10), por sua vez se destinam a populações que ocupam áreas dotadas de riquezas extrativas e pratiquem prioritariamente a exploração sustentável dos recursos naturais voltada para a subsistência e, complementarmente, se dediquem à agricultura familiar de subsistência, outras atividades de baixo impacto ambiental e à criação de animais de pequeno porte. Essas áreas serão de domínio público afetadas ao interesse socioambiental relevante, com uso concedido às populações extrativistas e destinação mediante concessão de direito real de uso, em regime de uso comum, associativo ou cooperativista por prazo indeterminado.

Os TEQs (art. 7º, Decreto Estadual nº. 2.280/10) são destinados aos remanescentes das comunidades de quilombos, cujos territórios tenham sido reconhecidos de propriedade dos mesmos e visa garantir o etnodesenvolvimento destas comunidades. A implantação dos TEQs levará em

consideração as características territoriais, as formas de organização peculiares a cada grupo, preservando seus valores sociais e culturais, visando garantir a sustentabilidade ambiental e econômica destas comunidades.

No que tange às Unidades de Conservação, a Política Estadual de Meio Ambiente e o Sistema Estadual de Unidades de Conservação (SEUC) foram estabelecidos pela Lei nº. 5.887, de 09 de maio de 1995, que devem seguir os parâmetros do SNUC, criado em 2000. Estão, atualmente, sob a jurisdição estadual, 21 unidades de conservação da natureza, incluindo, dentre as de uso sustentável, que admitem a presença de povos e comunidades tradicionais, duas RDS estaduais e quatro Florestas Estaduais<sup>44</sup>.

## 6 Direitos Humanos e a política fundiária após 2017

A nº. Lei 13.465, de 11 de julho de 2017 é fruto da conversão da Medida Provisória nº. 759, de 22 de dezembro de 2016. A lei dispõe sobre a regularização rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, mecanismos de alienação de imóveis da União, alterando um conjunto de normas sobre o tema, dentre elas a Lei nº. 8.629/1993, que dispôs sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária; e os processos de regularização fundiária previstos na Lei do Programa Terra Legal, pela Lei nº 11.952/2009, regulamentadas pelos Decretos nº. 9.311 e 9.309, de 15 de março de 2018, respectivamente<sup>45</sup>.

Para além das alterações promovidas em 2017 e dos regulamentos de 2018, no final de 2019, em 11 de dezembro, foi publicada a MPV nº. 910<sup>46</sup>,

---

<sup>44</sup> Segundo dados do Instituto Socioambiental (ISA), trata-se das RDS Alcoçaba e Pucuruí-Ararão e das Florestas Estaduais de Faro, Iriri, Paru e Trombetas. Dados disponíveis em: <<http://uc.socioambiental.org/uc/pesquisa/uf/PA>>. Acesso 10 out 2016.

<sup>45</sup> Para uma análise sobre as alterações da Lei nº. 13.465/2017, ver MONTEIRO, Aianny Naiara Gomes; TRECCANI, Girolamo Domenico. Regularização Fundiária na Amazônia: notas sobre a Lei nº. 13.465/2017. In: IV Seminário Internacional Governança de Terras e Desenvolvimento Econômico. Campinas (SP): Unicamp, 2018. Disponível em: [http://governancadeterras.com.br/2017/wp-content/uploads/2018/03/ARTIGO\\_MONTEIRO\\_TRECCANI\\_SGTDE2018FINAL-1.pdf](http://governancadeterras.com.br/2017/wp-content/uploads/2018/03/ARTIGO_MONTEIRO_TRECCANI_SGTDE2018FINAL-1.pdf). Acesso: 16 dez 2019.

<sup>46</sup> No mesmo dia, foram publicados ainda os Decretos nº. 10.165 que alterou decreto nº 9.309, de 15 de março de 2018, que dispõe sobre a regularização fundiária das áreas rurais; e o Decreto nº. 10.166 que alterou Decreto nº 9.311, de 15 de março de 2018, que regulamenta a Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e a Lei nº 13.001, de 20 de junho



com novas alterações na Lei nº. 11.952/2009, além de alterações nas leis nº. 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos da administração pública e nº. 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos.

A análise das novas regras, contudo, demonstra que alguns dispositivos são incompatíveis com o II PNRA, que incluiu instrumentos jurídicos de reconhecimento e regularização fundiários apropriados aos diferentes segmentos sociais, conforme apresentado neste artigo, uma vez que “possibilitam a grilagem de terras, pois permitem a regularização de áreas recentes e podem ser um estímulo, diante da demora e das dificuldades burocráticas dos processos de regularização de territórios tradicionais para que grupos, que antes buscavam a titulação coletiva” (MONTEIRO; TRECCANI, 2018, p. 17) busquem mecanismos simplificados de titulação individual de terras.

Dentre os principais pontos destacamos algumas alterações, mas que não esgotam a questão e que serão apresentadas a título exemplificativo. Primeiramente, a possibilidade de regularização de áreas de ocupações mansas e pacíficas de até 2.500ha (dois mil e quinhentos hectares), alterando o marco temporal que antes era até 01 de dezembro de 2004 para ocupações anteriores a 22 de julho de 2008, nos termos do art. Art. 6º, § 1º e art. 5º, § IV da Lei nº. 13.465/2017, permitindo, portanto, a regularização de áreas de recente ocupação.

Mais problemático ainda é que a MPV nº. 910/2019 amplia novamente esse marco: para 05 de maio de 2014. Caso convertida em lei pelo Congresso Nacional, a conversão representará um novo prêmio aos grileiros e a manutenção de processos históricos de grilagem de terras públicas federais, acompanhada dos também históricos conflitos sociais, violação de direitos humanos e desmatamento.

Outra alteração promovida pela lei nº. 13.465/2017 e que pode ser acentuada em uma eventual conversão da MPV nº. 910/2019 diz respeito à dispensa de licitação em processos de alienação por ocupação de terras

---

de 2014, que dispõe sobre o processo de seleção, permanência e titulação das famílias beneficiárias do Programa Nacional de Reforma Agrária.

públicas da União. A lei de 2017 aumentou a possibilidade de regularização de ocupações de até 2.500ha, sendo que antes o limite máximo era de 1.500ha. Entretanto, permanecia a regra de exigência de licitação para áreas superiores a 1.500ha. A MPV ampliou a área de dispensa para até 2.500ha (art. 17, §2º-B, inciso II, Lei nº. 8.666/1993).

Questão também controversa refere-se à consolidação dos projetos de assentamentos integrantes dos programas de reforma agrária. Segundo os §§ 6º e 7º do ar. 17 c/c 46, § 1º, da Lei nº. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, alterada pela Lei nº.13.465/2017, o INCRA fica desobrigado de disponibilizar investimentos de infraestrutura e os recursos destinados aos créditos para assentados previstos na Lei nº. 13.001/2014, uma vez que, independentemente da concessão de créditos de instalação e a conclusão dos investimentos, bem como com a outorga do instrumento definitivo de titulação (inciso V, do art. 17) os projetos de assentamento que atingirem o prazo de 15 anos de sua implementação são considerados consolidados, salvo por decisão fundamentada do INCRA (§ 6º, art. 17); e aqueles que, em 1º de junho de 2017, contaram com 15 anos ou mais de criação terão o prazo de três anos para serem consolidados (§ 7º, art. 17).

Essas alterações apontam para uma reorientação da política fundiária no Brasil que não se alinha às diretrizes do II Plano Nacional de Reforma Agrária, pois não resolvem os problemas existentes no campo, mas acenam mais ainda a situação de vulnerabilidade de camponeses, agricultores, posseiros e povos tradicionais cada vez mais expostos a políticas que não consideram os aspectos coletivos e tradicionais da ocupação e do uso da terra, além de abrir caminho para uma crise ambiental com a possibilidade de titulação individual de terras públicas que poderiam ser destinadas a outras finalidades como Unidades de Conservação e Projetos de Assentamentos Coletivos e Ambientalmente Diferenciados.

## Considerações Finais

Segundo Sérgio Sauer (2013, p. 73) as mobilizações sociais de acesso à terra, seja por famílias de agricultores ou por comunidades tradicionais, contribuem para a afirmação e reafirmação da contemporaneidade das disputas territoriais. Tratam-se de lutas que não se restringem à questão agrária e que vão mais além: os atuais conflitos sociais no campo possuem dimensões culturais, identitárias e étnicas (ALMEIDA, 2011, p. 40).

Não se pode, portanto, restringir a causa somente aos povos tradicionais: a luta dos movimentos dos trabalhadores rurais sem-terra também possui essa vertente, pois a terra está intimamente ligada à construção da identidade social, como um “local de pertencimento, de construção real e simbólica do ser” (SAUER, 2005, p. 70).

A inserção desses instrumentos da Política Nacional de Reforma Agrária, especialmente os de regularização fundiária de povos e comunidades tradicionais, representou um avanço na política de reforma agrária como um todo, consolidada após II PNRA. Contudo, a partir de 2017, mudanças significativas foram realizadas reorientando para uma tendência de titulações definitivas individualizadas e em situações que desfavorecem as lutas de povos e comunidades tradicionais e de trabalhadores e trabalhadoras rurais.

O presente artigo tem o objetivo de apresentar e elucidar os atuais instrumentos, mas também descrever, demonstrar e evidenciar os problemas derivados da nova política de reforma agrária adotada pelo governo brasileiro nos últimos dois anos. É necessário, portanto, questionar os motivos dessa mudança e os seus efeitos na política fundiária como um todo. Como haverá mudança na estrutura fundiária do país se criam-se óbices para a titulação coletiva de comunidades tradicionais? Uma tendência mais ampla<sup>47</sup>, após o II PNRA, no reconhecimento de povos e comunidades

---

<sup>47</sup> Para uma análise sobre a questão, a partir dos dados da reforma agrária de 2004 a 2015, ver ROCHA, Ana Luisa Santos. Reforma Agrária na Amazônia: novas tendências, novos sujeitos e grandes desafios. Belém, Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Pará, 2016.

tradicionais como beneficiários da política será travada? Quais os impactos para a Amazônia? São questões que ainda não possuem respostas prontas, mas que exigem uma análise aprofundada sobre as consequências jurídicas, sociais e políticas desse redirecionamento, claramente reforçado no final do ano de 2019.

## Referências

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Reconfiguração das agroestratégias: novo capítulo da guerra ecológica. In: SAUER, Sergio; ALMEIDA, Wellington (orgs.). **Terras e Territórios na Amazônia**. Brasília: UNB/Abaré, 2011, p. 40.

BENATTI, José Heder. Propriedade comum na Amazônia: acesso e uso dos recursos naturais pelas populações tradicionais. In: SAUER, Sergio; ALMEIDA, Wellington (orgs.). **Terras e Territórios na Amazônia**. Brasília: UNB/Abaré, 2011, p. 93-113.

\_\_\_\_\_. **Posse agroecológica e manejo florestal**. Curitiba: Juruá, 2003.

BERGAMASCO, Sônia Maria; NORDER, Luis A. Cabello. **O que são assentamentos rurais?** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BRITO, Brenda; CARDOSO JR, Dário. **Regularização Fundiária no Pará**: Afinal, qual o problema?. Belém: Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia/IMAZON, 2015. Disponível em: <[www.imazon.org.br](http://www.imazon.org.br)>. Acesso: 10 jan 2016.

CARVALHO, Horácio Martins de. **Interação social e as possibilidades de coesão e de identidade social no cotidiano da vida social dos trabalhadores rurais nas áreas oficiais de reforma agrária no Brasil**. Curitiba: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento/NEAD, 1999. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso: 10 jan 2016.

GRAZIANO NETO, Francisco. A (difícil) interpretação da realidade agrária. In: SCHMIDT, Benício Viero; MARINHO, Danilo Nolasco C.; ROSA, Sueli L. Couto (Orgs.). **Os assentamentos de Reforma Agrária no Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 153-169.

LE TOURNEAU, François-Michel; BURSZTYN, Marcel. Assentamentos Rurais na Amazônia: contradições entre a Política Agrária e a Política Ambiental. In: **Ambient. soc.**,

Campinas, v. 13, n.1, jun. 2010, p. 111-130. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso: 20 mar 2015.

LIMA, Deborah; POZZOBON, Jorge. Amazônia Socioambiental. Sustentabilidade ecológica e diversidade social. In: **Revista Estudos Avançados**, vol. 19, n<sup>o</sup>. 54, 2005, p. 45-77.

MENEZES, Theresa Cristina Cardoso. Reservas Extrativistas no Amazonas: gênese, metamorfose e efeitos sociais. In: SAUER, Sergio; ALMEIDA, Wellington (Orgs.). **Terras e Territórios na Amazônia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011, p. 345-360.

MONTEIRO, Aianny Naiara Gomes; TRECCANI, Girolamo Domenico. Regularização Fundiária na Amazônia: notas sobre a Lei n<sup>o</sup> 13.465/2017. In: **IV Seminário Internacional Governança de Terras e Desenvolvimento Econômico**. Campinas (SP): Unicamp, 2018. Disponível em: [http://governancadeterras.com.br/2017/wp-content/uploads/2018/03/ARTIGO\\_MONTEIRO\\_TRECCANI\\_SGTDE2018FINAL-1.pdf](http://governancadeterras.com.br/2017/wp-content/uploads/2018/03/ARTIGO_MONTEIRO_TRECCANI_SGTDE2018FINAL-1.pdf). Acesso: 25 nov 2019.

ROCHA, Ana Luisa Santos. **Reforma Agrária na Amazônia**: novas tendências, novos sujeitos e grandes desafios. Belém, Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Pará, 2016.

ROCHA, Ana Luisa Santos; BENATTI, José Heder. Política Nacional de Reforma Agrária e seus diferentes instrumentos fundiários. In: Revista de Direito Agrário e Agroambiental, vol. 03, n. 01, 2017, p. 78-96. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdaa/article/view/3850/pdf>> <https://indexlaw.org/index.php/rdaa/article/view/3850/pdf>>. Acesso: 16 dez 2019.

ROCHA, Ibraim; TRECCANI, Girolamo Domenico; BENATTI, José Heder; HABER, Lilian Mendes; CHAVES, Rogério Arthur Friza. **Manual de Direito Agrário Constitucional**: lições de Direito Agroambiental. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

SAUER, Sérgio. O significado dos assentamentos de reforma agrária no Brasil. In: FRANÇA, Caio Galvão de; SPAROVEK, Gerd (coord.). **Assentamentos em Debate**. Brasília: MDA/NEAD, 2005, p. 57-74.

\_\_\_\_\_. **Agricultura Familiar versus agronegócio**: a dinâmica sociopolítica do campo brasileiro. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2008.

\_\_\_\_\_. **Terra e Modernidade**: a reinvenção do campo brasileiro. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 142.

TRECCANI, Girolamo Domenico. **Violência e grilagem**: instrumentos de aquisição da propriedade da terra no Pará. Belém: UFPA: ITERPA, 2001.

\_\_\_\_\_. **Terras de quilombo**: caminhos e entraves do processo de titulação. Belém: publicação própria, 2006, p. 131-211.

## O princípio da vedação ao retrocesso ambiental: ponderações necessárias a partir da teoria dos precedentes judiciais

*Bernardo Augusto da Costa Pereira*<sup>1</sup>

### Introdução

O presente artigo surgiu em virtude da importância de analisar o princípio da vedação ao retrocesso ambiental, dado o atual estágio de desenvolvimento constitucional do Brasil, além da importância cada vez maior da esfera jurídica ambiental. Outro tema de relevância é a ampliação das técnicas de vinculação das decisões judiciais, elemento que denota a aproximação entre as famílias jurídicas do *common law* e do *civil law*.

Desta forma, uma vez que o princípio da vedação ao retrocesso ambiental surgiu a partir de seu precedente social, buscou-se estudar de que forma foi desenvolvido o tema pela jurisprudência pátria, especificamente se foram aplicados os institutos próprios do *common law*, no tocante ao reconhecimento e modificação dos precedentes judiciais.

O objetivo geral deste artigo é analisar brevemente não apenas os institutos típicos do *common law*, quais sejam a *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing*, mas também os princípios da vedação ao retrocesso

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela UFPA. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil dos cursos de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA e da Faculdade Ideal – FACI-WYDEN. Advogado.

social e da vedação ao retrocesso ambiental. Já o objetivo específico é verificar se a construção jurisprudencial do princípio, em seu viés ambiental, se embasou na teoria dos precedentes. Isto se deve ao fato de que o viés social do princípio é considerado seu precedente.

Para fundamentar este estudo tanto moderna doutrina, como atual jurisprudência, de diversos tribunais, foram bastante utilizadas. Espera-se, assim, que o presente artigo venha a auxiliar a comunidade jurídica ao tratar de temas de tão grande relevância no atual momento constitucional: o direito ambiental e a teoria dos precedentes judiciais.

## **2 A importância do precedente judicial: a aproximação entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law***

Nos dias de hoje, o Poder Judiciário enfrenta uma crise institucional, vez que não é capaz de solucionar todas as causas apresentadas de forma célere. Trata-se da chamada “Crise do Judiciário”, ocasionada por, entre outras questões, baixo número de juízes e servidores públicos, grande número de ações judiciais, bem como atitudes protelatórias adotadas pelas partes.

Com o foco de superar tais barreiras, diversas técnicas de vinculação de decisões judiciais foram criadas pelo Estado, seja o Poder Legislativo, seja o Judiciário. Entre elas temos: a súmula vinculante, a repercussão geral no recurso extraordinário, e os recursos excepcionais repetitivos. Tratam-se de técnicas baseadas em precedentes judiciais, visando uma maior eficiência e celeridade nos julgamentos de causas, especialmente das repetitivas. José Henrique Mouta Araújo (2013, p.164) aponta que:

A preocupação quanto ao *tempo do processo* aponta, ademais, para a ampliação da *verticalização e horizontalização das decisões dos Tribunais Superiores em causas repetitivas*. Os Tribunais Superiores, neste sentido, não devem ser tratados como mais uma instância de julgamento, mas, sim, como órgãos de uniformização interpretativa federal e constitucional (grifos do autor).



Trata-se de medida adotada fortemente pelo atual Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), ao criar, por exemplo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), e o Incidente de Assunção de Competência (IAC).

O objetivo não é apenas decidir de forma mais célere, mas também reduzir o número de novas demandas. Jean Carlos Dias (2009, p. 100) ensina que:

Quando, em um sistema jurídico, são permitidos, de forma ampla e irrestrita, julgamentos divergentes a respeito do mesmo tema, o efeito do ponto de vista do cálculo das expectativas é que nenhuma das partes terá condições reais de prever o desfecho de sua demanda.

Os precedentes judiciais, institutos típicos da família jurídica Anglo-saxônica (Common Law), estão cada vez mais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, o qual é tradicionalmente considerado parte da família romano-germânica (Civil Law).

Trata-se de consequência do atual momento constitucional vivenciado no Brasil, no qual a Constituição ganha uma nova visão, enquanto norma jurídica de aplicação imediata, regendo os dispositivos infraconstitucionais. Além disto, os princípios jurídicos ganham cada vez mais espaço, seja na academia, seja na praxe forense. De acordo com Dalmo de Abreu Dallari (2010, p.315):

Aí esta o registro claro e objetivo de uma das características básicas do neo-constitucionalismo, que é a abrangência ampla da Constituição, atingindo praticamente a totalidade dos atos humanos, assim como a própria pessoa humana, concebida individualmente ou na sua vida associativa. Naquilo que lhe diz respeito direta ou indiretamente, pela simples circunstancia de ser uma pessoa humana (...)

Na mesma linha, reflete-se a insatisfação popular perante os atores políticos integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo. Isto abre espaço para o poder Judiciário ganhar relevância social. Luís Roberto Barroso

(2013, p.227-228) aponta o papel de destaque do Judiciário, ao ensinar que:

(...) No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Neste cenário se torna de uma importância ainda maior a aplicação realizada dos precedentes judiciais com força vinculante, o que denota uma clara aproximação entre os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*. Apesar de bastante complexos os elementos distintivos de ambas as tradições jurídicas, pode-se afirmar que, tradicionalmente, a família romano-germânica se pauta nas leis, enquanto que a anglo-saxônica, retira suas bases jurídicas dos precedentes judiciais, que com a evolução histórica passaram a ter força vinculante- a doutrina do *stare decisis*.

A doutrina do *stare decisis et non quieta movere* prega o respeito aos precedentes, tanto no âmbito vertical como horizontal. Ou seja, que os precedentes de determinada corte vincularão as cortes inferiores, sem que a recíproca seja verdadeira, e que os precedentes da própria corte a vincule, partindo do princípio que o órgão judicial emanará decisões consistentes.

O uso de precedentes judiciais no Brasil demonstra a aproximação entre estas duas tradições jurídicas, que de forma mais ampla, denota uma modificação na postura constitucional do país.

Tal postura não afeta apenas o âmbito do direito civil, ou penal, mas sim, vez que possui efeito irradiador para o sistema, todos os âmbitos jurídicos, inclusive o ambiental, que vem ganhando importância cada vez maior. Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2010, p. 13) demonstram essa preocupação de forma clara:

Na última quadra do século XX, várias Constituições pelo mundo afora, influenciadas pelo ordenamento internacional, na esfera do qual se formou toda uma rede de convenções e declarações sobre a proteção ambiental, assim como receptivas à emergência da cultura ambientalista e dos valores ecológicos no espaço político-jurídico contemporâneo, consagraram o direito a um ambiente equilibrado e saudável como direito humano e fundamental, reconhecendo o caráter de vital da qualidade ambiental para o desenvolvimento humano em níveis compatíveis com a dignidade que lhe é inerente (...).

### **3 A vedação ao retrocesso**

A partir de agora serão analisados os princípios do não retrocesso social e do não retrocesso ambiental, apontando suas principais características.

Vale frisar que, atualmente, muito se fala acerca dos princípios jurídicos e de sua força normativa. Como já se afirmou, a influência do novo momento constitucional que o Brasil vivencia, denominado de neoconstitucionalismo por alguns, é uma das justificativas marcantes para este fenômeno. Não há dúvidas, que na prática, os princípios ocupam posição de destaque no ordenamento jurídico, sendo utilizados para, inclusive, decidir casos concretos como única fonte jurídica de fundamentação. Apesar disto, não se pode olvidar que se trata de um termo bastante genérico, que acaba por gerar controvérsias conceituais.

#### **3.1 Princípio da vedação ao retrocesso social**

Antes de se tratar do princípio do não retrocesso ambiental, é primordial apresentar a vedação ao retrocesso em matéria de direitos sociais, a qual serviu como base para o desenvolvimento do princípio na seara ambiental.

Não há dúvida que a concretização de diversos direitos fundamentais constitui uma verdadeira vitória do Estado Democrático de Direito, permitindo aos indivíduos usufruírem de elementos necessários para seu

desenvolvimento. Todavia, é preciso reconhecer, também, que a realidade política e social pode representar um risco para os direitos já reconhecidos.

Ao se tratar de direitos sociais, tais como a previdência, saúde e educação, é possível perceber que a sua concretização ainda não é absoluta. Apesar das disposições constitucionais, para a materialização de tais direitos, são necessárias ações efetivas por parte do Poder Público. Ocorre que é possível que a ação do Estado acabe por limitar o grau de alcance desses direitos.

No paradigma neoconstitucionalista, onde a dignidade humana é muitas vezes considerada como o grande objetivo a ser alcançado, a materialização dos direitos fundamentais se torna uma das formas de alcançar esta meta. Os direitos sociais, portanto, passam a ser protegidos contra atos que os limitem.

Nesta realidade, é possível conceber que medidas tanto de cunho repressivo, que afetem propriamente direitos adquiridos, a coisa julgada, ou atos juridicamente acabados e perfeitos, como de cunho retrocessivo venham a afetar tal seara de direitos. É possível que o Poder Legislativo venha a legislar de modo a reduzir a quantidade de vagas da rede pública de ensino. Trata-se de medida nova, que ainda não produziu efeitos, mas que virá a reduzir o alcance do direito à educação. Esta é uma medida prospectiva que atingirá os direitos fundamentais. Ocorre que a liberdade do legislador ordinário ao transpor para o plano infraconstitucional os direitos fundamentais constitucionais deve se situar entre a proibição do excesso e a proibição da insuficiência (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p.139).

A mesma lógica se aplica ao direito à saúde que passou a ganhar proteção diferenciada com o advento da Constituição de 1988. Luciana Costa da Fonseca (2010, p.235) aponta muito bem tal situação:

Ao incluir a saúde no rol dos direitos fundamentais, nos arts. 6º e 196, a Constituição Federal de 1988 proporcionou uma revolução no âmbito da sua disciplina jurídica, ampliando consideravelmente o seu conceito, que não mais

se restringe à assistência, sanitária, médico-hospitalar, devida em contraprestação à contribuição para a previdência social, e passa a ser considerada um direito do cidadão a ser implementado através de políticas públicas, sociais e econômicas que visem sua promoção, proteção e recuperação (art.196).

No intuito de impedir a redução de tais conquistas, fala-se em proibição ou vedação ao retrocesso na seara de direitos sociais. Trata-se de princípio implícito no ordenamento jurídico-constitucional, que busca impedir a redução do nível protetivo já existente no âmbito desses direitos. Neste sentido, afirma Walter Claudius Rothenburg (2012, p.247):

O princípio do não retrocesso, segundo o qual o nível de promoção e proteção de um direito não admite diminuição ou enfraquecimento, é uma conquista já sedimentada da teoria dos direitos fundamentais e não lhe prestar a devida atenção constituiu por si só um retrocesso.

Diversas alegações podem ser levantadas acerca do tema, inclusive que a Constituição possui diversas normas que precisam da disposição legislativa posterior para delimitar o alcance pretendido aos direitos referidos. E que faz parte do papel político sopesar a necessidade de ampliar ou reduzir referida proteção, observando a reserva do possível e o mínimo existencial.

Ocorre que no atual momento constitucional brasileiro, onde, inclusive, o Legislativo teve sua importância reduzida, e o Judiciário poder ampliado, não se pode defender tal concepção de forma absoluta. Ingo Sarlet (2009, p. 447) aponta que:

Com efeito, em se admitindo uma ausência de vinculação mínima ao legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição (...)

Tal princípio pode ser extraído tanto das bases do Estado Democrático de Direito, como do princípio da dignidade humana, da máxima

eficácia e efetividade que a Constituição pretende conceber aos direitos fundamentais, além da progressiva implementação dos direitos sociais por parte do Estado, típica do sistema de proteção internacional. Em suma, é uma norma criada a partir dos elementos constitucionais típicos deste novo paradigma constitucional, para proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Núcleo este que possui forte vínculo com a dignidade humana, e que muitas vezes é considerado como o mínimo existencial, conceito este de difícil delimitação. Dada a sua importância, diversas decisões judiciais, de vários tribunais pelo Brasil afora, já aplicam o princípio ora estudado.

O Tribunal de Justiça do Piauí (PIAUÍ, 2010), por exemplo, aplicou tal princípio em termos previdenciários:

REMESSA DE OFÍCIO E APELAÇÃO CÍVEL. CONHECIMENTO. MENOR SOB GUARDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIORIDADE ABSOLUTA. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. A regra que confere ao menor sob guarda a condição de dependente para fins previdenciários (art. 33, 3º do ECA) consiste em uma manifestação normativa pontual do núcleo essencial de direitos humanos – a dignidade da pessoa humana. 2. A aplicação da norma, em sua plenitude, encontra assento no princípio constitucional da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, insculpido no art. 227, caput, da Constituição Federal. 3. A garantia da condição de dependente ao menor sob guarda visa prestigiar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, razão pela qual, em atenção ao princípio da eficiência, deve-se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais. 4. O Estatuto da Criança e do Adolescente é lei especial em relação às Leis Previdenciárias, devendo a norma estatutária ser preferida na análise do conflito aparente de normas. 5. Conforme dispõe o princípio da vedação ao retrocesso, é vedada a eliminação ou diminuição de direitos já conquistados. 6. A não consideração do menor sob guarda, como dependente, para fins previdenciários, viola o princípio da isonomia, uma vez que ao menor tutelado é garantido tais direitos. 7. Remessa de ofício conhecida. Sentença confirmada. 8. Recurso de Apelação conhecido e improvido.

(TJ-PI - APL: 60013427 PI, Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, Data de Julgamento: 15/12/2010, 3a. Câmara Especializada Cível)

Em outra oportunidade o mesmo Tribunal do Piauí (PIAÚÍ, 2012) aplicou o princípio do não retrocesso social em demanda envolvendo direito à saúde.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. 1. A omissão da autoridade coatora em fornecer o tratamento médico vindicado pela impetrante processual afigura-se como um abuso do Poder Executivo, suficiente a autorizar a atuação do Poder Judiciário, uma vez que o direito à saúde, consagrado no art. 196, da Constituição Federal, é direito fundamental que integra o mínimo existencial, não podendo, sua concretização, ficar discricionária ao administrador. 2. A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de frustrar e de inviabilizar a implção (*sic*) de políticas públicas definidas na própria Constituição, pois encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial. 3. O princípio da proibição do retrocesso impede o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à saúde) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. 4. Segurança Concedida.

(TJ-PI - MS: 201100010018683 PI , Relator: Des. José Ribamar Oliveira, Data de Julgamento: 24/05/2012, Tribunal Pleno)

Por sua vez, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SÃO PAULO, 2013), aplicou o princípio ao tratar do adicional de insalubridade, o qual não havia sido reajustado pelo Poder Legislativo.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CONGELAMENTO. PRINCÍPIO QUE VEDA O RETROCESSO SOCIAL. A omissão do Legislativo em estabelecer um novo parâmetro indexador para o reajuste do adicional de insalubridade, não exime a obrigação de se promover o referido reajuste. Admitir tal critério, poderia quedar no absurdo de, ao longo do tempo, a parcela perder expressão monetária, a esvaziar de sentido direito social consagrado na Constituição Federal

(artigo 7º, inciso XXIII). O critério estabelecido através do Comunicado UCRHo4/2010 que determinou o "congelamento" do adicional de insalubridade, malfere o princípio que veda o retrocesso social constitucionalmente previsto.

(TRT-2 - RECEXOFF: 25596720115020 SP 00025596720115020064 A28, Relator: RIVA FAINBERG ROSENTHAL, Data de Julgamento: 23/05/2013, 17ª TURMA, Data de Publicação: 03/06/2013)

O próprio Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011) já reconheceu a existência do princípio em demanda envolvendo direito à educação.

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006)- COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º)- LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO



PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL .

(...)

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive . - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

(...)

(STF - ARE: 639337 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJE-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará (PARÁ, 2013), em decisão relativamente recente, também se utilizou da norma estudada ao tratar de licença maternidade. A seguir a ementa do julgado:

EMENTA:

LICENÇA MATERNIDADE. PRORROGAÇÃO POR 60 DIAS, TOTALIZANDO 180 DIAS. LEI Nº 11.770/2008. GARANTIA CONSTITUCIONAL. PRORROGAÇÃO AUTORIZADA PELA EMENDA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (ART. 31, XII). PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL. APLICABILIDADE IMEDIATA. PRINCÍPIOS DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. NÚCLEO INTANGÍVEL CONSTITUCIONAL. APELO E REEXAME DE SENTENÇA CONHECIDOS E IMPROVIDOS À UNANIMIDADE.

(TJ-PA *Reexame de Sentença/Apeleção Cível Nº 2012.3.016003-2*; Relator: Desembargador Cláudio A. Montalvão Neves; 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA; Data de julgamento: 04 de outubro de 2013)

Verifica-se, portanto, que tal princípio já se encontra devidamente reconhecido no ordenamento brasileiro, tanto por parte da doutrina, como da jurisprudência, em escala nacional.

A sua importância fez com que ele não ficasse restrito apenas ao âmbito social, mas alcançasse expressivo desenvolvimento na seara ambientalista.

### **3.2. Princípio da vedação ao retrocesso ambiental**

Seguindo as mesmas bases teóricas do princípio da vedação ao retrocesso social, foi desenvolvida a teoria do princípio do não retrocesso ambiental. Não há dúvidas que o direito ambiental atualmente se trata de ramo jurídico em constante e necessária expansão, seja pela maior importância atribuída a ele, nos últimos anos, seja pela necessidade de avançar na tutela desses direitos. A Constituição da República do Brasil de 1988 foi fundamental nesse sentido. Patrícia Blagitz Cichovski (2010, p. 154) aponta que:

A Constituição da República de 1988, influenciada pela Declaração de Estocolmo, foi a primeira Constituição brasileira a dedicar um capítulo exclusivo à proteção do meio ambiente. Estabeleceu um núcleo de proteção no art. 225, consagrando o direito ao meio ambiente sadio como direito social fundamental do homem, de natureza difusa e bem de interesse público, cabendo ao Estado e à coletividade a promoção de um modelo de desenvolvimento sustentável.

Trata-se de direito social fundamental do ser humano. Desta forma, é possível seguir a mesma lógica apresentada e conceber a aplicação do princípio do não retrocesso, em termos ambientais. Michel Prieur (2012, p.38), aponta que:

No Brasil, a não regressão já foi admitida no âmbito dos direitos sociais. Várias ações estão em curso na seara ambiental, sob a pressão de parte da doutrina, que busca fazer com que o princípio de proibição de retrocesso ecológico seja

consagrado judicialmente, a que se faz com fundamento no princípio constitucional de não regressão, estendido aos atos legislativos dos entes federados (...)

A relevância de tal princípio é tão marcante que chega a ser considerado, por alguns, inclusive, princípio geral do direito ambiental. Neste sentido a defesa de Antônio Herman Benjamin (2012, p.62):

Sim, princípio geral do Direito Ambiental, pois a previsão normativa explícita não se antepõe como pressuposto insuperável ao seu reconhecimento. É que a proibição de retrocesso não surge como realidade tópica, resultado de referência em dispositivo específico e isolado; ao contrário, nela se aninha um *princípio sistêmico*, que se funda e decorre da leitura conjunta e diálogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico do Direito Ambiental (...) (grifos do autor)

Este princípio não se encontra reconhecido apenas no Brasil. Diversos países já reconhecem a importância de impedir a redução da proteção concedida ao direito ambiental. Em países como a França, Holanda, Bélgica, entre outros, mesmo que a sua apresentação se dê com nomenclaturas diferentes, tal princípio já está devidamente desenvolvido (MOLINARO, 2012, p.111-113).

A construção de tal princípio ganhou força doutrinária nos últimos anos, e por ser construção recente a sua aplicação, por parte dos tribunais, ainda é tímida. Todavia, a sua importância é indubitável para garantir a proteção efetiva do meio ambiente, cuja relevância é cada vez mais reconhecida, vez que reflete diretamente na qualidade de vida do ser humano. Patryck Ayala (2012, p. 242) defende a atuação firme do Estado nesse sentido:

Se o Estado não dá respostas a estes novos desafios, se não assegura proteção reforçada, não se verifica apenas a degradação da natureza, da cultura, e dos processos ecológicos, senão a existência da humanidade. Esta se vê comprometida porque será incapaz de ter acesso e se desenvolver plenamente, diante da subtração de uma das realidades existenciais indispensável para que se usufrua de condições dignas da vida, a ecologia (...)

A decisão considerada paradigmática, ao reconhecer a existência do princípio do não retrocesso na seara ambiental, foi proferida em 2010, pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2010), nos termos do voto do Ministro Herman Benjamin, defensor da teoria. A seguir trecho da ementa:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRANOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DENATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNIFAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO.

(...)

11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.

(...)

(STJ - REsp: 302906 SP 2001/0014094-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2010)

Após tal decisão o princípio passou a ser aplicado por outros órgãos judiciais. Pode-se citar, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (ESPÍRITO SANTO, 2012):

ACÓRDAO EMENTA: CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR - LEI N.º 5.155/11 - ALTERAÇÕES NO PLANO DIRETOR URBANO DE VILA VELHA - PARTICIPAÇÃO POPULAR NÃO OBSERVADA NO TRANSCURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA - ARTS. 231, ÚNICO, IV E 236 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - CRIAÇÃO DE ZONAS INDUSTRIAIS EM ÁREAS DE INTERESSE AMBIENTAL - REDUÇÃO DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NÃO-RETROCESSO SOCIAL - DIREITO DA POPULAÇÃO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL E EQUILIBRADO - ART. 186 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - RISCO DE DANOS AO MEIO AMBIENTE E CRESCIMENTO DESORDENADO DO MUNICÍPIO - PRESENÇA DO FUMUS BONI IURS E DO PERICULUM IN MORA - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.  
(...)

(TJ-ES - Ação de Inconstitucionalidade: 100110030515 ES 100110030515, Relator: CARLOS SIMÕES FONSECA, Data de Julgamento: 08/03/2012, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 15/03/2012)

Apresenta-se, portanto, claro que, mesmo de forma tímida, o princípio da vedação ao retrocesso ambiental se encontra em pleno desenvolvimento, tanto doutrinário, como jurisprudencial. A questão passa a ser se o princípio foi devidamente analisado pelo órgão jurisdicional, nos termos dos mecanismos do *common law*, já explanados neste estudo, para a construção jurisprudencial do princípio da vedação ao retrocesso ambiental.

#### **4 A construção do princípio da vedação ao retrocesso ambiental a partir de seu precedente social**

Inicialmente para verificar como se deu a construção do princípio no caso concreto, é preciso apresentar como se tratou do tema, no acórdão paradigmático, exarado pelo STJ (BRASIL, 2010), e cujo trecho da ementa já foi apresentado. O trecho a seguir, retirado do voto do ministro relator

Herman Benjamin, cuja lição doutrinária também já foi apresentada, representa o desenvolvimento nuclear do tema no acórdão.

**8. *Ius variandi* para afrouxamento das restrições convencionais: princípio da não-regressão (ou da proibição de retrocesso) urbanístico-ambiental**

Em linha de princípio – princípio inescapável –, o Estado só está autorizado a flexibilizar restrições urbanístico-ambientais convencionais na presença de *inequívoco interesse público*, incapaz de ser atendido por outra via ou mecanismo menos gravoso à coletividade de vizinhos, jamais para satisfazer interesses políticos de momento, contingências eleitorais, arroubos populistas, objetivos imediatistas, ou para se curvar a demandas da febre insaciável da especulação imobiliária. Vale dizer, o legislador pode, sim, abrandar as exigências urbanístico-ambientais convencionais. No entanto, ao contrário do amplo poder de intervenção que lhe confere a ordem constitucional e legal vigente para aumentar seu rigor, ao reduzi-lo só poderá fazê-lo em circunstâncias excepcionais e de maneira cabalmente motivada. Essa regra geral, aplicável ao Direito Urbanístico (em sintonia com igual fenômeno no Direito Ambiental), é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades e submete-se ao *princípio da não-regressão* (ou, por outra terminologia, *princípio da proibição de retrocesso*), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão destruídos ou negados pela geração atual.

Diante dessas premissas, todas sindicáveis judicialmente, ao Poder Legislativo – e nunca à Administração de maneira *ad hoc*, por meio de atos administrativos individualizados e casuísticos – cumpre compatibilizar o interesse público, geral por excelência, e os interesses privados, individuais por excelência, mesmo que para tanto seja obrigado a afastar as restrições convencionais, sobretudo quando, por alteração profunda e irreversível das circunstâncias, o que sobeja aos vizinhos não vai além de um “interesse nominal”, sem qualquer “benefício substantivo” a seu favor ou algo de valor que lhe sobre para oferecer à coletividade (Donald G. Hagman and Julian Conrad Juergensmeyer, *Urban Planning and Land Development Control Law*, St. Paul, West Publishing Company, 1986, p. 581). Dito de outra forma, as restrições urbanístico-ambientais convencionais não estão imunes à intervenção do Estado, o que é o mesmo que atribuir ao Poder Público a titularidade, no caso de flexibilização, de um *poder de modificabilidade estritamente condicionada* e sindicável judicialmente, assim denominada por se sujeitar a rigorosos pressupostos específicos. É disso que cuidaremos em seguida. (grifos do acórdão)

Analisando a discussão acerca do tema, se percebe que em momento algum se recorreu a precedentes judiciais para a construção jurisprudencial, o qual foi debatido sem o devido desenvolvimento. Não houve a caracterização da importância do direito ambiental no atual cenário jurídico, e muito menos desenvolvimento acerca do tema dos direitos fundamentais. Nem mesmo o princípio da vedação ao retrocesso social foi debatido. Houve uma naturalização da discussão, sendo que nem doutrina, específica ou genérica, acerca do assunto, veio a ser utilizada.

Apesar disto é possível perceber que o ponto de partida para a decisão foi a teoria da vedação ao retrocesso social, que foi ampliada para a seara ambiental, dentro do próprio acórdão, mas sem a devida fundamentação. Não se está discutindo se a decisão foi acertada, ou não, mas que não foi bem construída. E isto, no atual panorama, é bastante complicado.

Com a aproximação entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, e a especial atenção dada aos precedentes judiciais, é essencial que as decisões judiciais passem a ser concebidas como futuros precedentes. Independentemente de serem bem ou mal construídas elas terão, ao menos, grande força persuasiva, e fundamentarão futuras peças processuais.

Perceba-se que a decisão ora analisada sequer recorreu a precedente acerca do não retrocesso social. Não se analisou a *ratio decidendi* de nenhum caso prévio, o que viria a eventualmente vincular a decisão acerca do tema.

As decisões judiciais são compostas por dois elementos centrais, os fundamentos de fato e de direito. Entre eles temos os argumentos centrais para a decisão e aqueles que possuem caráter secundário, exemplificativo. No *common law*, estes argumentos centrais constituem a *ratio decidendi* (ou *holding*); são eles que terão força vinculante.

De outro lado, os argumentos secundários são chamados na teoria dos precedentes de *obiter dictum*, não tendo a capacidade de vincular casos futuros. Esta diferenciação é essencial, pois apenas a *ratio decidendi* constituirá o precedente judicial, podendo ser aplicado em casos futuros.

Nos países de common law a cada nova demanda apresentada ao magistrado, ele deve verificar se já houve decisão sobre o tema, analisar o caso pretérito, identificar a *ratio decidendi* e *obiter dictum*, e aplicar o primeiro como precedente. Mantem-se, assim, coerência com os julgados pretéritos (PEREIRA, 2017, p.100).

A discussão acerca do não retrocesso, seja ambiental, seja social, parte da mesma base, conforme já exposto neste estudo. Caso fosse realizada a análise de casos, conforme o *common law*, se chegaria a conclusão que seria possível aplicar o precedente, vez que a *ratio decidendi*, é a mesma. Ou seja, o impedimento de regredir nas conquistas constitucionais, já adquiridas, é o mesmo.

A decisão está correta, mas não foi bem construída. Em vista das técnicas do *civil law*, não se recorreu a normas legislativas, e nem a doutrina, nem mesmo se aprofundou a discussão principiológica. Nos termos do *common law*, não utilizou uma decisão judicial prévia como precedente, não se realizando nem a extração da *ratio decidendi*, nem de *obiter dictum*. Sequer se realizou a distinção (*distinguishing*) entre os casos, o que justificaria a não aplicação do precedente.

Os seguintes procedimentos deveriam ter sido adotados pelo Superior Tribunal de Justiça. Após escolher um precedente que tratasse do não retrocesso social, extrair a *ratio decidendi*, ou seja, o núcleo da decisão, qual seja, a impossibilidade de retroagir em matéria de direitos fundamentais. Em seguida, enquadrar o direito ao meio ambiente como integrante desta categoria e assim justificar a similitude entre os casos, aplicando o entendimento da vedação ao retrocesso. Ou ainda, não utilizar técnicas do *common law*, mas realizar esta criação pautado em outras fontes do direito, como, por exemplo a doutrina e a argumentação com base na lei.

Entende-se a grande quantidade de demandas que assoberbam o Judiciário, mas o problema é que tal decisão passará a ser usada como precedente para futuros casos. E é exatamente por isto que se deve passar a dar maior atenção ainda à elaboração das decisões e suas respectivas fundamentações.



## 5 Conclusão

Ao fim deste estudo, é possível verificar que a aplicação inicial do princípio do não retrocesso ambiental não se pautou de forma adequada, nas técnicas típicas do *common law*, mesmo a decisão tendo a plena capacidade de se tornar um futuro precedente.

Conforme estudado, a aproximação entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, é perceptível face a ampliação de técnicas que utilizam os precedentes judiciais no direito brasileiro. Da mesma forma a nova visão constitucional, que surgiu após a Constituição da República atual, estimula essa aproximação, ao conferir maiores responsabilidades ao Poder Judiciário.

Passou-se ao estudo do princípio da vedação ao retrocesso social e ambiental, ambos pautados em robusta doutrina. Da mesma forma, diversas jurisprudências foram apresentadas, demonstrando que tais princípios já são aplicados na esfera judicial.

Após a apresentação de todos estes temas, foi possível concluir que a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso ambiental no Superior Tribunal de Justiça se deu de forma inadequada, conforme a teoria dos precedentes judiciais, típica do *common law*. Não houve recurso a nenhuma decisão prévia, que tenha sido embasada no princípio do não retrocesso social. A partir deste precedente deveria ter sido extraído a *ratio decidendi* para posterior conclusão de que a força vinculante deveria ser aplicada ao caso. De fato, a decisão judicial, neste aspecto específico, foi mal desenvolvida, seja em termos de precedentes, doutrina, legislação, ou princípios.

## 6 Referências

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Estudos de direito processual*. Belém: Paka-Tatu, 2013.

- AYALA, Patryck de Araújo. *Direito fundamental ao ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira*. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL. O princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; GIOTTI DE PAULA, Daniel. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPO-DIVM, 2013.
- BENJAMIN, Antônio Herman. *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL. O princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 302906 SP 2001/0014094-7*, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19133048/recurso-especial-resp-302906-sp-2001-0014094-7>>. Acesso em: 01.09.2019.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ARE n. 639337 SP*, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: 15/09/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01.09.2009.
- CICHOVSKY, Patrícia Blagitz. *Meio ambiente e pluralismo*. In: DIAS, Jean Carlos; FONSECA, Luciana Costa da. Sustentabilidade: ensaios sobre direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém: CESUPA, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2009.
- ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Ação de Inconstitucionalidade: 100110030515 ES 100110030515*, Relator: CARLOS SIMÕES FONSECA, Data de Julgamento: 08/03/2012, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 15/03/2012. Disponível em: <<http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21423130/acao-de-inconstitucionalidade-100110030515-es-100110030515-tjes>>. Acesso em: 01.09.2019.

FONSECA, Luciana Costa da. *O serviço público de saneamento básico e sustentabilidade ambiental e sanitária*. In: DIAS, Jean Carlos; FONSECA, Luciana Costa da. *Sustentabilidade: ensaios sobre direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém: CESUPA, 2010.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Interdição da retrogradação ambiental: Reflexões sobre um princípio*. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL. *Princípio da proibição do retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Reexame de Sentença/Apeleação Cível Nº 2012.3.016003-2*; Relator: Desembargador Cláudio A. Montalvão Neves; 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA; Data de julgamento: 04 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://consultas.tjpa.jus.br/consultaprocessoport/consulta/principal?detalhada=true>>. Acesso em: 01.09.2019.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os precedentes judiciais e a razoável duração do processo: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. MS: 201100010018683 PI, Relator: Des. José Ribamar Oliveira, Data de Julgamento: 24/05/2012, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21845510/mandado-de-seguranca-ms-201100010018683-pi-tjpi>>. Acesso em: 01.09.2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. APL: 60013427 PI, Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, Data de Julgamento: 15/12/2010, 3a. Câmara Especializada Cível. Disponível em: <<http://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17919810/remessa-de-oficio-apelacao-apl-60013427-pi>>. Acesso em: 01.09.2019.

PRIEUR, Michel. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental*. Tradução de José Antônio Tietzmann e Silva. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL. *Princípio da proibição do retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Não retrocesso ambiental: direito fundamental e controle de constitucionalidade*. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL. *O princípio da proibição do retrocesso ambiental*. Brasília: Senado Federal, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *RECEXOFF*: 25596720115020 SP 00025596720115020064 A28, Relator: RIVA FAINBERG ROSENTHAL, Data de Julgamento: 23/05/2013, 17ª TURMA, Data de Publicação: 03/06/2013. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24686505/recurso-ex-officio-e-ordinario-recexoff-25596720115020-sp-00025596720115020064-a28-trt-2>>. Acesso em: 01.09.2019.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais : uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo; FENTERSEIFER, Tiago. *Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações*. In. SARLET, Ingo. Wolfgang (org). Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

\_\_\_\_\_, Ingo; \_\_\_\_\_, Tiago. *Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental*. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL. O princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012.

## **Justiça distributiva e ações afirmativas: a política de cotas sob a ótica liberal igualitária**

*João Daniel Daibes Resque*<sup>1</sup>

### **Introdução ao tema**

Desde que o tema das ações afirmativas aportou no centro do debate político brasileiro, ganhando maior destaque entre os teóricos políticos e sociais durante o final da década de 90 e início dos anos 2000, muitas foram as tentativas de justificar moralmente a possibilidade de implementação de políticas de discriminação positiva, a exemplo das políticas de cotas, sejam elas raciais, étnicas ou baseadas em outros critérios, tais como nacionalidade, deficiência ou condição socioeconômica.

Entre as diversas formas de abordar a questão, o debate por meio da filosofia política foi dominado pelas chamadas teorias da justiça distributiva, importadas da tradição liberal igualitária norte americana predominante nas décadas de 70 a 90. Em boa medida, o esforço dos teóricos brasileiros foi tentar legitimar a adoção de tais políticas por meio da reprodução do debate entre autores liberais igualitários e libertários, conforme desenvolvido nos Estados Unidos da América entre as teorias de John Rawls e Robert Nozick.

Também aqui, ganharam destaque as ideias de multiculturalismo e reconhecimento, desenvolvidas especialmente por filósofos canadenses,

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/Rio. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Visiting Scholar na Columbia University (NYC) e na University of Wisconsin (Madison).

como Will Kymlicka e Charles Taylor, e alemães, ligados à teoria crítica da Escola de Frankfurt, como Habermas e Axel Honneth. Tais ideias e teorias foram articuladas com certa frequência no debate público e acadêmico que se sucedeu sobre a implementação de tais políticas no Brasil. Importante destacar ainda que, o debate a respeito da legitimidade das políticas de ação afirmativa no Brasil também recebeu a valiosa intervenção crítica dos estudos decoloniais, especialmente responsáveis pelo recorte de raça e etnia.

Nesse artigo, contudo, pretendo focar especificamente dentro do debate desenvolvido no campo liberal igualitário, para investigar qual das teorias apresenta uma melhor leitura legitimadora de tais políticas. Considerando o emprego da teoria de John Rawls no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais – ADPF nº 186 por parte do Supremo Tribunal Federal, no qual se considerou constitucional o emprego das políticas de cotas raciais e outras, pretendo partir das ideias deste autor, confortando-as com outros autores dentro do mesmo campo teórico, mais especialmente o filósofo americano Ronald Dworkin e o economista indiano Amartya Sen.

Minha intenção é confrontar o debate teórico desses três autores em torno da ideia de igualdade dentro da tradição liberal igualitária para extrair delas uma justificação capaz de dar legitimidade moral e política a uma política de discriminação inversa.

## **2 A teoria da “justiça como equidade” de John Rawls e as vulnerabilidades.**

Considerado como um dos principais marcos teóricos da filosofia política normativa do século XX, “Uma Teoria da Justiça” (1971), de John Rawls, acabou sendo o divisor de águas entre as teorias de justiça atuais e o antigo paradigma utilitarista reinante durante o período anterior. Nesta obra, Rawls aborda a maneira como uma concepção de justiça pode servir para uma distribuição justa dos bens existentes na sociedade, bem como

os advindos da cooperação social, baseando-se em dois valores políticos de elevada grandeza: a liberdade e a igualdade.

Diante desse cenário, verifica-se a necessidade de princípios de justiça capazes de atuar na estrutura básica da sociedade (composta por aquilo que o autor denomina de “principais instituições sociais”<sup>2</sup>) de modo a promover a distribuição apropriada dos benefícios e dos encargos da cooperação social, bem como dos direitos e deveres fundamentais. A estrutura básica da sociedade é o que possibilita que os indivíduos tracem seus planos de vida, pois ela “contém várias posições sociais e (...) as pessoas nascidas em condições diferentes têm expectativas diferentes de vida, determinadas, em parte, tanto pelo sistema político quanto pelas circunstâncias econômicas e sociais”<sup>3</sup>. Assim, os princípios de justiça devem atuar diretamente nessa estrutura básica da sociedade, a fim de que possibilitem a distribuição justa dos bens de forma que as pessoas possam planejar e executar seus planos de vida.

Para se chegar a um consenso sobre quais princípios de justiça seriam escolhidos, Rawls elabora um cenário hipotético denominado de “posição original”, onde ali participariam pessoas racionais, igualmente livres, em condição de equidade, cobertas por um véu de ignorância, mutuamente desinteressadas, ou seja, que não possuem interesses nos interesses alheios, mas apenas interessados em promover seus próprios interesses.<sup>4</sup>

Isso se deve a que, sob o véu da ignorância, as pessoas não conhecem seus “lugares na sociedade, sua classe ou seu status social, e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais,

---

<sup>2</sup> Para Rawls, são exemplos de instituições sociais mais importantes “a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes”, complementando a ideia citando que “a proteção jurídica da liberdade de pensamento e da liberdade de consciência, mercados competitivos, a propriedade privada, dos meios de produção, a família monogâmica, são exemplos de instituições sociais importantes” (*Uma Teoria da Justiça. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008* p. 8).

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> Segundo Gisele Cittadino: “Enquanto recurso de representação, a posição original celebra um acordo hipotético e a-histórico, no qual representantes de cidadãos livres e iguais definem os termos da cooperação social e estabelecem princípios de justiça apropriados para garantir a liberdade e a igualdade. (*Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea. [e-Book]* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 114.

sua inteligência, força e coisas do gênero”<sup>5</sup>. Por essa razão, não escolheriam princípios que viessem majorar a sua falta de sorte ou infortúnio, se acaso pertencessem a uma classe desfavorecida ou possuíssem poucos talentos<sup>6</sup>. Trata-se de um artifício que visa garantir a imparcialidade na escolha de princípios de justiça que sejam, de alguma forma, favoráveis a todos os indivíduos<sup>7</sup>.

Logo, para Rawls, o mais plausível seria que, na posição original, as pessoas escolhessem duas espécies de princípio que pudessem salvaguardar os ideais políticos mais caros para o alcance do plano de vida dos indivíduos. Esses princípios se organizam em ordem lexical, de forma que as liberdades básicas precedam o princípio que regula as desigualdades econômicas e sociais.

O primeiro princípio estabelece que as liberdades fundamentais (“a liberdade política; a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e pensamento; a liberdade individual; e o direito à propriedade pessoal e a proteção contra prisão e detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de Direito”<sup>8</sup>) devem ser iguais, e só podem ser restringidas em nome do sistema total de liberdade compartilhado por todos os indivíduos. Já o segundo princípio, dividido em dois sub-princípios (o princípio da diferença e o princípio da igualdade de oportunidades), prevê que as desigualdades decorrentes de renda e riqueza, bem como aquelas decorrentes de cargos de autoridades e de atribuição de responsabilidades, devem ser controladas, mantendo-se abertos os cargos a todos os indivíduos que queiram a eles concorrer e, dentro desses limites, as

---

<sup>5</sup> RAWLS, John. *Op. cit.* p. 15.

<sup>6</sup> Álvaro de Vita acredita que a teoria contratualista de Rawls serve apenas como um apelo argumentativo de racionalidade para reforçar a justificação dos princípios escolhidos, mas defende que, no fundo, a escolha poderia ser justificada com base em um juízo prudencial, na medida em que ninguém sabe sua sorte no mundo e, portanto, não arriscariam escolher princípios que futuramente poderiam lhes prejudicar. (*Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993 p. 40 - 43).

<sup>7</sup> É que, como explica Rawls, se os indivíduos que participam da escolha dos princípios têm acesso a determinadas informações pessoais, é bem provável que escolham princípios que lhes favoreçam, em prejuízo dos demais indivíduos. Diz Rawls: “Por exemplo, se determinado homem soubesse que era rico, poderia achar razoável defender o princípio de que os diversos impostos em favor do bem-estar social fossem considerados injustos; se ele soubesse que era pobre, seria bem provável que propusesse o princípio oposto”. (*Op. cit.* p. 22)

<sup>8</sup> *Ibidem.* p. 74.



desigualdades sociais e econômicas só são admitidas se, de algum modo, beneficiam a todos os indivíduos, e especialmente àqueles que se encontram em pior situação.

A partir da conjugação desses dois princípios, Rawls expressa que a concepção geral de justiça por ele defendida pode ser descrita da seguinte maneira:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito – devem ser distribuídos de forma igual, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores seja vantajosa para todos<sup>9</sup>.

Dessa forma, os princípios de justiça, que se aplicam à estrutura básica da sociedade, requerem que a distribuição dos bens sociais, aqui considerados apenas os “bens primários”<sup>10</sup>, respeite a seguinte hierarquia: primeiro as liberdades, e depois as vantagens sociais e econômicas.

Contudo, as limitações de sua teoria de justiça em reconhecer certos aspectos da diversidade humana, como as desigualdades de gênero, de etnia, de cor, ou em razão da deficiência, acabam gerando algumas críticas e suscitando dúvidas se sua teoria encontraria meios de justificar a adoção de uma medida de ação afirmativa destinada à promoção da igualdade real em favor de um grupo vulnerável<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> *Ibidem*. p. 75

<sup>10</sup> Rawls afirma que os bens primários são os bens fundamentais necessários à perseguição de um objetivo de vida (ou daquilo que o autor denomina de plano racional de vida), e que podem ser descritos como direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza, e o auto-respeito. Fazendo um paralelo, podemos atribuir aos bens primários o mesmo significado que se confere, em termos jurídicos, aos direitos fundamentais. Estes são os direitos mais básicos, o que configura um mínimo de direitos que um indivíduo pode possuir para viver uma vida digna. Como afirmamos anteriormente, o direito ao trabalho encontra-se nesse patamar, e por meio dele os indivíduos podem perseguir seus planos de vida.

<sup>11</sup> Não que Rawls seja contra a adoção de medidas que corrijam as desigualdades entre os indivíduos. Ele desenvolve uma discussão e faz a defesa expressa, por exemplo, de um sistema de tributação proporcional à capacidade econômica dos indivíduos. Ocorre que esse tipo de política tributária difere, por exemplo, do sistema de cotas, muito embora ambos baseiem-se na igualdade material. É que o sistema de tributação proporcional à renda leva em conta apenas as condições econômicas e sociais dos indivíduos, ao passo que os sistemas de cotas, que discutimos nesta obra, baseiam-se especialmente em algum aspecto da diversidade humana que acaba sendo vulnerabilizada pelo restante da sociedade.

Para a noção do “indivíduo representativo”<sup>12</sup>, que na posição original participa do contrato e das escolhas dos princípios de justiça, representando outros indivíduos que possuem as mesmas expectativas, Rawls parece levar em consideração apenas o homem médio comum. Ou seja, um padrão de indivíduo que seja representado por características comuns e dominantes de um grupo majoritário (ou não vulnerável). Esses indivíduos são escolhidos por se encontrarem em posições sociais relevantes, com um certo nível de renda e riqueza. Isso também reforça o argumento de que Rawls está tratando apenas de interesses de classes (econômicas e sociais). Nesse sentido, além de parecer insensível à questão dos grupos vulneráveis, a teoria da justiça como equidade parece também insensível com relação às vulnerabilidades decorrentes de critérios arbitrários, como os talentos e as deficiências.

A partir da análise do segundo princípio de justiça, especialmente considerando o princípio da diferença, verifica-se que apenas as desigualdades sociais e econômicas fazem parte daquelas que devem ser controladas pela justiça das instituições sociais. Embora Rawls reconheça que os benefícios advindos das arbitrariedades dos talentos, através de uma espécie de sorteio de dons naturais, não possam ser exercidos tão somente em benefício próprio, mas também em benefício de todos, e especialmente dos menos favorecidos, o princípio da diferença parece não conduzir satisfatoriamente a uma igualdade suficiente.

Roberto Gargarella afirma que:

(...) os dois princípios de justiça de Rawls permitem que alguns sujeitos sejam favorecidos por circunstâncias que não controlam, dado que sua teoria da justiça ‘define a posição dos que estão pior em termos da posse de bens primários de tipo social – por exemplo, direitos, oportunidades, riqueza etc.’ –, e não em

---

<sup>12</sup> Termo que o autor utiliza para denominar os indivíduos que participam da escolha dos princípios de justiça, no cenário da posição original. Como explica Brito Filho: “os indivíduos representativos são os que estão em situações que configuram posições sociais relevantes, são escolhidos pelos níveis de riqueza e renda, e representam os que têm (em relação a cada um desses indivíduos representativos) as mesmas expectativas em relação aos bens primários” (*Ações Afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 37)

termos de bens primários de tipo natural – por exemplo, talentos, capacidades mentais ou físicas, etc.<sup>13</sup>

O princípio da diferença, podemos dizer, apenas reconhece a existência de um grupo menos favorecido em termos econômicos e, portanto não trabalha com a noção de um indivíduo representativo que pudesse defender os interesses daquelas pessoas que se encontram limitadas em suas capacidades naturais, como, por exemplo, as deficiências físicas ou mentais<sup>14</sup>.

Assim, novamente segundo Gargarella:

Essa opção leva a alguns resultados contra-intuitivos. Por exemplo, uma pessoa com um salário um pouco maior que o de outra, mas com graves afecções físicas, estaria – de acordo com a teoria de Rawls – melhor que esta última, mesmo que seu salário maior não seja suficiente para pagar os remédios que necessita, devido suas desvantagens naturais.<sup>15</sup>

Diante dessa ilustração nos parece claro que, para Rawls, as desigualdades moralmente arbitrárias não se configuram como injustiças, na medida em que não representem obstáculos à igualdade sócio-econômica, e que tais bens naturais não são distribuídos pela estrutura básica da sociedade, mas sim pelo acaso, devendo ser controladas pelo princípio da diferença, o qual sugere que ninguém deve ser favorecido por uma maior capacidade natural, mas tão somente na hipótese de que tais talentos excepcionais sejam utilizados em favor dos menos afortunados pela roleta da sorte.

Essa é a defesa que Rawls faz para justificar a eleição do princípio da diferença como um dos princípios de justiça que seriam eleitos na posição

---

<sup>13</sup> *Op. cit.* p. 67.

<sup>14</sup> Esta também é, em parte, a crítica de Ronald Dworkin ao dizer que o princípio da diferença “perece insuficientemente sensível à posição das pessoas com deficiências naturais, físicas ou mentais, que não constituem, em si, um grupo em pior situação, pois este é definido economicamente e, portanto, elas não poderiam contar com um representante ou membro médio de tal grupo” (*A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. Martins Fontes: São Paulo, 2011. p. 148-149).

<sup>15</sup> *Op. cit.* p. 67.

original, em face de um outro princípio, o da reparação<sup>16</sup>, o qual, embora seja considerado como um dos elementos de sua concepção de justiça, não desempenha o mesmo papel e, portanto, não se confunde com o princípio da diferença, o qual deverá atuar na estrutura básica da sociedade, controlando as desigualdades já mencionadas.

A diferença entre os dois princípios, a nosso ver, consiste justamente na forma como tenta corrigir as desigualdades. Diz Rawls que:

[É] claro que o princípio de diferença não é o princípio da reparação. Aquele não exige que a sociedade tente contrabalançar as deficiências, como se se esperasse que todos competissem em igualdade de condições na mesma corrida. Mas o princípio da diferença alocaria recursos para a educação, digamos, para elevar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos.<sup>17</sup>

Pela leitura que fazemos, o princípio da diferença garante apenas a correção das desigualdades a longo prazo, pois sua preocupação principal é com o controle das desigualdades, consideradas em seu *status* atual. Esse princípio, portanto, a nosso ver, não serve como justificativa para a adoção de políticas públicas baseadas em sistemas de cotas para grupos vulneráveis, uma vez que estas políticas têm como foco justamente o combate à exclusão social em curto prazo.

Isso também significa dizer que, ainda que os princípios de justiça garantam uma distribuição inicial dos “bens primários”, eles não conseguem garantir a correção das desigualdades que ocorrem ao longo do percurso, especialmente aquelas decorrentes de critérios arbitrários, como a sorte, o talento, ou as deficiências. Assim, o princípio da diferença parece ter o condão de perpetuar certas diferenças, ou então, sua propensão a uma igualdade material é tão acanhada que se torna ineficaz para esse fim.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Rawls esclarece que: “Segundo este princípio, as igualdades imerecidas exigem reparação; (...) o princípio postula que para tratar todos com igualdade, oferecer genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção aos possuidores de menos dotes inatos e oriundos de posições sociais menos favoráveis. A ideia é reparar as contingências na direção da igualdade” (*Ibidem*. p. 120).

<sup>17</sup> *Ibidem*. p. 121

<sup>18</sup> Não queremos com isso defender a tese de que Rawls se oporia às medidas de ação afirmativa. Muito pelo contrário, a teoria de Rawls é o grande passo da teoria política contemporânea para a defesa dessas medidas. É possível fazer a defesa das ações afirmativas, em Rawls, por meio do princípio da reparação. Contudo, o princípio da reparação não

### 3 A crítica de Amartya Sen: as capacidades e a diversidade humana.

Um dos principais autores que se opuseram parcialmente à teoria da justiça de Rawls, Amartya Sen buscou mudar o foco da igualdade, re colocando em questão a pergunta: “*igualdade de quê?*”.<sup>19</sup> Esta questão é eleita como a mais importante a partir da constatação de duas realidades: (i) a diversidade humana; e a (ii) a diversidade de variáveis que servem como parâmetros de igualdade. Estas diversidades se relacionam e se influenciam mutuamente.

Sen afirma que, em relação à constatação da primeira realidade, os seres humanos são diferentes uns dos outros, seja em características externas (como riqueza, meio ambiente social e natural em que vivemos), seja em características pessoais (como idade, gênero, etnias, deficiências, talentos, etc). Diante de tantas desigualdades entre os seres humanos, considerá-los iguais em essência (como parte de uma ficção para simplificar uma teoria, por exemplo) e ignorar sua diversidade pode gerar graves injustiças. Já quanto à segunda realidade, o autor acredita que podemos considerar as pessoas iguais ou desiguais em vários aspectos, como, por exemplo, em renda, capacidades, liberdades, oportunidades, felicidade, etc. Portanto, uma teoria que aborde em que dimensão deve-se avaliar a igualdade deve também eleger o que Sen denomina de “variável focal”, ou seja, a variável segundo a qual a análise deve focar ao comparar pessoas diferentes.

Sen esclarece que as teorias sobre a igualdade costumam adotar duas espécies de variáveis focais que consistem em: “(i) a realização de fato conseguida, e (ii) a liberdade para realizar”<sup>20</sup>. Isso significa dizer que é possível

---

faz parte do núcleo de princípios que atuam na estrutura básica da sociedade. Trata-se de um princípio secundário na teoria de Rawls. Queremos apenas demonstrar que, segundo os princípios de justiça eleitos na posição original, os quais devem atuar na estrutura básica da sociedade distribuindo as vantagens e encargos da cooperação social, não é possível fazer a defesa direta de políticas públicas como a ação afirmativa.

<sup>19</sup> *Desigualdade Reexaminada*. Tradução de Ricardo Donielli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2008.

<sup>20</sup> *Ibidem*. p. 69

que uma teoria da igualdade exija a equiparação dos resultados alcançados pelas pessoas, ou as oportunidades reais que elas possuem para fazer ou alcançar aquilo que valorizam.

O autor afirma que o foco correto de análise das (des)igualdades deve estar situado em alguma variável que reflita as liberdades para realização das metas e objetivos pessoais. Dentro dessa perspectiva, elege como sua variável focal a “capacidade para realização de funcionamentos”, na qual a capacidade pode ser descrita em termos de liberdades substantivas, ou seja, as oportunidades reais para realizar o plano de vida individual. Já os funcionamentos podem ser compreendidos como os elementos (estados e ações) constitutivos do bem-estar de uma pessoa, sendo que podem variar, desde coisas bem elementares, como “estar nutrido adequadamente, estar em boa saúde, livre de doenças que podem ser evitadas e da morte prematura etc., até realizações mais complexas, tais como ser feliz, ter respeito próprio, tomar parte na vida da comunidade, e assim por diante”<sup>21</sup>. Assim, as capacidades de uma pessoa relacionam-se aos seus funcionamentos que, por conseguinte, influenciam o seu bem-estar.

Essa consideração difere da análise segundo os bens primários de John Rawls, pois, segundo Sen, esta é uma variável que pode ser interpretada como um meio para a liberdade. Já os funcionamentos são partes constituintes do bem-estar, e a capacidade reflete a própria liberdade para buscar este bem-estar. Nas palavras de Sen, esta distinção “entre *recursos que nos auxiliam* a conseguir liberdade e a extensão da *liberdade em si* é importante em princípio e pode ser crucial na prática”<sup>22</sup>. Complementa, reafirmando que a liberdade deve “ser distinguida não apenas da realização, mas também de recursos e meios para a liberdade”<sup>23</sup>.

Assim, na avaliação de Sen, igualar as pessoas em bens primários consiste em medida insuficientemente igualitária, ao passo que pessoas com o mesmo pacote de bens primários podem não possuir as mesmas

---

<sup>21</sup> *Ibidem*. p. 79.

<sup>22</sup> *Ibidem*. p. 75

<sup>23</sup> *Idem*.

condições de usufruí-los, por conta de vulnerabilidades decorrentes da diversidade humana. A preocupação, portanto, reside na questão de como os indivíduos, que apresentem certas vulnerabilidades, podem converter esses bens em liberdades.

Sen exemplifica a questão com a seguinte comparação:

(...) a extensão da privação comparativa de uma pessoa fisicamente deficiente frente a outras não pode ser adequadamente julgada considerando-se sua renda, pois a pessoa pode estar em grande desvantagem para converter a renda em realizações que valoriza.<sup>24</sup>

Embora os bens primários, como vimos anteriormente, não se resumam apenas à renda ou bens materiais, a crítica *seniana* consiste no fato de serem eles meios para a liberdade, assim como seriam os direitos, por exemplo. Além do fato de que a diversidade humana interfere de diversas formas na conversão entre os “meios para a liberdade” para “a liberdade em si”.

Embora o autor não apresente um mecanismo concreto<sup>25</sup> que permita a distribuição dessas capacidades, a contribuição de Sen tem um papel fundamental para a filosofia política, na medida em que a introdução, ainda que de forma pouco factível, da diversidade humana e das vulnerabilidades sociais que estão além das perspectivas econômicas passam agora a ser um elemento indispensável das teorias da justiça liberais, que precisam responder como e por quê as desigualdades naturais devem ser levadas em consideração como reivindicações de justiça.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*. p. 60.

<sup>25</sup> Essa dificuldade em operacionalizar uma distribuição das capacidades para realizar funcionamentos, que levem em consideração a infinidade da diversidade humana, é referida por Brito Filho, ao afirmar que: “[...] a proposta de Sen, embora possa servir como um ideal político atraente, não é factível, em termos mais práticos, caso pensado de forma isolada, pois não há como distribuir o que quer que seja levando em consideração, em todos os casos, a multiplicidade de características dos indivíduos, a diversidade humana (*Ações Afirmativas*. São Paulo: LTr, 2012. p. 54).

#### **4 A teoria da “igualdade de recursos” de Ronald Dworkin e o esquema de seguros.**

Em “A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade”, Ronald Dworkin, oferece a sua teoria do ideal igualitário. Se afasta da concepção de justiça *rawlsiana* por não fundar sua teoria em um consenso ou em uma espécie de contrato social no qual se escondem informações dos indivíduos através de um véu de ignorância. Ao contrário, busca a justificação em uma outra ilustração hipotética, fundada no sistema de mercado, e que, como veremos, deixa os indivíduos obterem e conhecerem suas características e informações pessoais mais importantes para que possam fazer escolhas conscientes. Este fato é fundamental para que Dworkin possa introduzir uma peculiaridade importante em sua obra, a qual podemos denominar de princípio da responsabilidade. Em síntese, a ideia é reforçar que uma escolha livre e consciente dos indivíduos pelos seus planos de vida possibilite vinculá-los aos resultados obtidos.

Nesse ponto compartilhamos da análise de Kymlicka, ao sentenciar que “Dworkin aceita o objetivo de ser ‘sensível à ambição’ e ‘insensível à dotação’”<sup>26</sup>, pelo menos em um primeiro momento.

Para levar em conta as ambições das pessoas e distribuir os recursos de maneira igual, Dworkin elabora uma situação hipotética na qual imigrantes vão parar em uma ilha deserta e, deparando-se com tal situação, devem decidir qual a maneira mais justa de distribuir todos os recursos (abundantes) existentes naquela ilha. O método eleito é um leilão que ocorrerá em um sistema de mercado, em que todos os imigrantes poderão participar com uma quantidade igual de “moedas” (conchas), podendo fazer os seus lances livremente e, portanto, adquirindo os recursos disponíveis, conforme os seus planos de vida.

Ao final do leilão, todos possuiriam um quinhão de recursos, adquiridos conforme suas próprias metas para uma vida boa, e então o leilão se

---

<sup>26</sup> KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 98.



sujeitaria a um teste, denominado pelo autor de “teste da cobiça”. Segundo o teste da cobiça, depois de terminado o leilão, se a divisão for realmente igualitária, ninguém desejará possuir o quinhão de recursos de outrem. Caso o desejasse, poderia ter feito um lance e adquirido o recurso, quando da fase do leilão.

Por recursos, Dworkin entende que são tudo o que os indivíduos possuem privadamente e que possam ser trocados ou transferidos. Aqui incluímos, assim como quando nos referimos aos bens primários, que os recursos devem ser compreendidos também como direitos fundamentais, acompanhando a interpretação proposta por Brito Filho<sup>27</sup>.

Ainda assim, mesmo após o leilão e o teste da cobiça garantirem uma distribuição igualitária dos recursos disponíveis, surgem os primeiros problemas referentes à manutenção da igualdade. Isto porque, após os recursos serem distribuídos, e tendo como base o princípio da responsabilidade, as pessoas assumem os riscos pelo destino e o uso destes recursos iniciais na persecução de seus planos de vida. Contudo, Dworkin está disposto a criar um esquema de seguros que ofereça cobertura contra as adversidades da vida.

Acreditando que a pessoa pode apresentar características que lhe coloquem em situação de desvantagem após a distribuição inicial dos recursos, seria colocada à disposição dos indivíduos, no momento do leilão, a possibilidade de adquirir um seguro contra os infortúnios da vida. Tendo em vista ainda que, diante da hipótese de que algumas pessoas poderiam optar por não adquirir um seguro, por julgarem que a possibilidade de serem acometidas por um desses infortúnios é muito pequena, preferindo se arriscar a sofrê-los, em vez de gastar suas “conchas”

---

<sup>27</sup> Brito Filho aproveita a distinção feita por Dworkin, entre recursos pessoais e impessoais, para complementar a ideia original do autor e dizer que: “Do ponto de vista prático, todavia, a teoria do autor faz mais sentido quando a consideramos como uma teoria que pretende a distribuição de recursos (bens e oportunidades) fundamentais. (...) Sei que, com isso, em princípio, diminuo os recursos a serem divididos, considerando o pensamento de Dworkin, mas penso que circunscrevê-los (os recursos) aos que são essenciais dá possibilidade de inserir a teoria no mundo real. Assim, mais do que separar recursos, como faz Dworkin, em pessoais e impessoais, opto por considerar que a distribuição deve estar limitada aos recursos impessoais fundamentais” (*Op. cit.* p. 48-49).

com referida proteção, Dworkin defende a existência de um seguro obrigatório mínimo, o qual poderia ser custeado por um esquema de tributação.

Isso, ao juízo do próprio autor, é o que torna a teoria da igualdade de recursos diferente das chamadas teorias de “ponto de partida”, como o autor classifica a teoria de Rawls, ou das de “linha de chegada”, como classifica as teorias de bem-estar, pois a igualdade de recursos busca igualar os meios, com uma distribuição igualitária inicial, mas promovendo ajustes para as desigualdades geradas ao longo do percurso.

## **5 Considerações finais**

Diante dessa exposição, subentende-se que, embora Dworkin seja insensível às dotações e tente igualar ao máximo apenas as circunstâncias que cercam a vida das pessoas, notamos uma nítida inquietação com desigualdades arbitrárias, as quais não podem ser moralmente aceitas.

Assim, a resposta da igualdade de recursos para a correção das desigualdades arbitrárias está justamente no esquema de seguro hipotético traçado pelo autor. Tratando-se, portanto, de um mecanismo de correção das desigualdades decorrentes das contingências da vida, o seguro hipotético age da mesma forma como as ações afirmativas.

Além do mais, Dworkin reconhece que uma teoria igualitária deva levar em consideração a diversidade humana e a pluralidade de características que tornam os indivíduos socialmente vulnerabilizados, muito embora jamais consiga igualar os indivíduos de acordo com seus recursos pessoais ou suas capacidades. Nesse sentido devem atuar as ações afirmativas, distribuindo os recursos fundamentais para que as pessoas, na medida de suas possibilidades, possam alcançar seus planos de vidas.

## **6 Referências**

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. [e-Book] 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins fontes, 2005.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. 2. ed. Rio De Janeiro. São Paulo: Editora Record. 2008.

VITA, Álvaro de. *Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.



**Quarta Parte:**

**Direito, estado e ordem econômica**



## O acordo realizado na ação civil pública do naufrágio do Navio Haidar em Barcarena/PA aos olhos da análise econômica do direito

*Debora da Silva Vieira*<sup>1</sup>

*Jean Carlos Dias*<sup>2</sup>

*Gisele Santos Fernandes Góes*<sup>3</sup>

### Introdução

No ano de 2015, o município de Barcarena, no Estado do Pará, foi palco de um desastre ambiental, acarretado pelo naufrágio do Navio Haidar, com aproximadamente cinco mil bois vivos a bordo. Em decorrência de tal desastre, além dos danos ambientais causados pelo óleo derramado

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA), na área temática “Normas Fundamentais Processuais e Processo Coletivo/Técnicas de Coletivização”. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Membro da Liga Acadêmica Jurídica do Pará (LAJUPA). Advogada. E-mail: vieirasdebora@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Unesa, Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará. Advogado. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), onde também coordena o Programa de Pós-graduação em Direito. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do estado do Pará, do Centro de Formação do Ministério Público do Estado do Pará, da Escola Superior da Advocacia, da Escola Judiciária do Tribunal de Justiça do Amapá, da Escola Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Membro do Instituto dos Advogados do Pará, da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo, do Instituto Brasileiro da Política e Direito da Informática, da Fundação Brasileira de Direito Econômico. E-mail: jean@bastosedias.com.

<sup>3</sup> Doutora (PUC-São Paulo) e Mestre (UFPA) em Direito. Procuradora Regional do Ministério Público do Trabalho. Professora da Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro do Instituto Ibero Americano de Derecho Procesal. Membro IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro da ABDPRO (Academia Brasileira de Direito Processual). Membro da ANNEP (Associação dos Professores de Processo das Regiões Norte e Nordeste do Brasil). Co-fundadora do Projeto Mulheres de Processo Civil. Autora de livros e artigos jurídicos. Professora de cursos de pós-graduação no Brasil. E-mail: gisagoes@hotmail.com.

pela embarcação, feno despejado do navio e a trágica morte de centenas de animais afogados com grave sofrimento e, posteriormente, a putrefação de suas carcaças nas praias do município, a população local também sofreu diretamente com as consequências do desastre, tendo suas atividades econômicas e de subsistência gravemente afetadas, dado o direto prejuízo à pesca e ao turismo da região, que reduziu drasticamente.

Em face de tal desastre, os legitimados ativos ajuizaram Ação Civil Pública (ACP) perante os corresponsáveis pela tragédia, a qual culminou na realização de um acordo em audiência de conciliação, acordo este que somou o montante de R\$ 13.700.000,00 (treze milhões e setecentos mil reais), somando os danos individuais e os danos coletivos. Ao longo do presente trabalho, primeiramente, serão narrados os fatos da ACP com maiores detalhes (embora, logicamente, não seja possível abordá-los em sua plenitude, já que isto acarretaria o alongamento desnecessário deste artigo, razão pela qual se remete o leitor à leitura integral da petição inicial<sup>4</sup> e do acordo<sup>5</sup>, caso tenha interesse e assim considere necessário).

É válido ressaltar que a abordagem presente neste artigo impacta, diretamente, a avaliação da responsabilidade civil ambiental dos Requeridos na ACP, tendo em vista que, conforme será demonstrado em tópico específico, o acordo foi firmado em valor muito aquém do que realmente seria necessário para a devida responsabilização civil pelos danos ambientais causados, daí a importância da pesquisa abordada no presente artigo, tendo em vista a ampla violação dos princípios prudenciais do Direito Ambiental.

Em segundo lugar, será feita breve explanação acerca da transação no Código de Processo Civil (CPC), estudando-a a partir da AED. Em seguida, serão abordados conceitos oriundos da Análise Econômica do Direito (AED), de maneira genérica, isto é, sem aplicá-los, desde logo, ao caso concreto. Por fim, será feita a análise econômica do acordo firmado

---

<sup>4</sup> Para acessar na íntegra: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2015/acao-civil-publica-impactos-naufragio-do-navio-haidar-em-barcarena-pa-1>>.

<sup>5</sup> Para acessar na íntegra: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/acordo-final-homologado-do-caso-dos-impactos-do-naufragio-do-navio-haidar-em-barcarena-pa/view>>.



entre as partes na ACP do caso do naufrágio do navio Haidar, em Barcarena/PA, demonstrando como a responsabilização ambiental ocorreu de forma ínfima quando comparada ao dano realmente sofrido.

## **2 Síntese fática do caso do naufrágio do Haidar e seu desdobramento: a transação realizada na ação civil pública**

Esclarece-se, primeiramente, que a síntese fática aqui disposta foi construída a partir dos fatos narrados pelos autores na ACP. No dia 01/10/2015, a embarcação Haidar M/V chegou à estação de práticos do Distrito de Mosqueiro, em Belém, capital do Estado do Pará, para aguardar o serviço de praticagem, a fim de possibilitar a sua atracagem no porto de Vila do Conde, em Barcarena, também no Estado do Pará.

A embarcação seguiu viagem, em 02/10/2015, para o porto supra-mencionado, tendo como finalidade o embarque de 5.000 (cinco mil) bois vivos, os quais seriam exportados pela exportadora Minerva, com destino à Venezuela. A exportadora havia fornecido o peso médio da carga a ser transportada, informação esta que foi utilizada para a elaboração do plano de embarque, supostamente de responsabilidade do comandante no navio.

O processo de embarque iniciou por volta do dia 03/10/2015 e, na madrugada do dia 06/10/2015, a embarcação começou a sofrer o processo de adernamento<sup>6</sup>, quando já estavam embarcados cerca de 4.900 (quatro mil e novecentos) bois. O gado se deslocou para o lado desequilibrado, o que acelerou o processo de adernamento, fazendo com que soasse o alarme para que a tripulação deixasse o navio e, pouco depois, a água começou a entrar, tendo afundado completamente por volta das 10:30 (dez horas e trinta minutos) da manhã.

Importante mencionar que, além dos 4.900 (quatro mil e novecentos) bois vivos, também fazia parte da carga do navio 90 (noventa)

---

<sup>6</sup> “Significado de Adernar. Verbo Intransitivo. [Náutica] Inclinar-se (o navio) submergindo, afundando. Curvar mais para um lado: seu corpo, com o vento, adernou.” Dicionário Online. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/adernar/>>.

toneladas de fardos de feno e 50 (cinquenta) toneladas de fardos de arroz, os quais seriam utilizados para a alimentação da carga viva ao longo da viagem.

Segundo os fatos narrados na ACP, no máximo 30 (trinta) animais foram resgatados com vida, ao passo que outros chegaram a deixar a embarcação antes do naufrágio (alguns, inclusive, foram abatidos pela população). Entretanto, a maioria foi morta por afogamento e remanesceu flutuando, barrados pela contenção realizada no local. A referida contenção se rompeu e isto desencadeou a chegada dos corpos dos bovinos a diversas áreas praias da região, enquanto que cerca de 3.900 (três mil e novecentas) carcaças dos animais ficaram presas no interior da embarcação naufragada.

Ademais, o acidente culminou no derramamento de óleo marítimo, além do feno destinado à alimentação dos animais durante o transporte. A ACP estimou que o resíduo oleoso era de aproximadamente 700 mil litros e as carcaças dos animais chegavam a 2.450 toneladas. A carcaça dos animais não foi retirada da barreira de contenção, o que culminou, em 12/12/2015, no rompimento da barreira de contenção, fazendo com que as carcaças em estado avançado de putrefação atingissem praias nos municípios de Barcarena/PA e Abaetetuba/PA, com evidente poluição ambiental e risco à vida dos moradores em contato com os animais.

Diante dos fatos narrados acima, o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Estado do Pará, a Defensoria Pública do Estado do Pará e o Estado do Pará, em litisconsórcio, propuseram a ACP com Pedido de Tutela Antecipada em face dos seis réus que participaram dos fatos mencionados e, de certa forma, possuem responsabilidade pelo ocorrido. A ação foi distribuída sob o nº 35481-71.2015.4.01.3900, perante a 9º Vara Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Em 07/02/2018, em Belém, capital do Estado do Pará, foi realizada audiência de conciliação, cuja ação tem por objetivo a condenação solidária dos réus, nos ditames da citação do termo de audiência, a qual se entende por bem transcrever:

A ação em epígrafe visa à condenação dos requeridos solidariamente para/por: C) em obrigação de fazer: C.1) confirmar a tutela antecipada concedida; C.2) promover a limpeza de todas as praias, solos e corpos hídricos afetados com os cadáveres bovinos e o vazamento de óleo, para que a natureza possa estar totalmente livre da poluição causada pelo acidente; C.3) dar destinação final ambientalmente adequada aos cadáveres bovinos e óleo do navio; D) INDENIZAR OS DANOS AMBIENTAIS MATERIAIS NÃO SUSCETÍVEIS DE REPARAÇÃO, como o prejuízo aos ecossistemas aquáticos, à qualidade da água, fauna e flora e do solo para as presentes e futuras gerações, pelo vazamento de óleo já ocorrido e flutuação dos cadáveres bovinos: D.1) MUNICÍPIO DE BARCARENA: a serem arbitrados por V. Exa., que se sugere seja no valor de 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais), equivalente a 10% (dez por cento) da LDO de 2015 de Barcarena, a ser depositado à disposição do referido Município para aplicação na sede e ilhas de sua circunscrição ou executados diretamente pelos requeridos, nas ações mencionadas em item específico dessa ação; D.2) MUNICÍPIO DE ABAETETUBA: a serem arbitrados por V. Exa., que se sugere seja no valor de R\$ 1.412.644,00 (um milhão, quatrocentos e doze mil e seiscentos e quarenta e quatro reais), o equivalente à 1 (um) ano do funcionamento da Secretaria Municipal de Abaetetuba ou executados diretamente pelos requeridos para ser empregado exclusivamente nas políticas públicas voltadas ao meio ambiente. E) DANOS MORAIS COLETIVOS, em razão do tempo experimentado pela população e comunidades de Barcarena, Abaetetuba e Ilhas Ribeirinhas, pelos possíveis prejuízos à saúde, impossibilidade de utilizar a água e seus afazeres diários ou mesmo por serem privados de lazer e utilização dos espaços públicos como praia, etc. Os autores sugerem que V. Exa arbitre tais danos no montante de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), a ser utilizado preferencialmente pelos requeridos em ações de desporto, fomento ao turismo e lazer, em favor da população e comunidades afetadas. E) MAUS TRATOS E CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS. Os bovinos nadaram durante a noite inteira e parte da manhã até a morte, causando sofrimento intenso aos mesmos, sem que houvesse preocupação com o seu salvamento às margens do cais ainda com vida. Sugere à V. Exa a condenação no valor de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões) de reais, para que os requeridos empreguem tal valor com as despesas necessárias à aquisição e/ou construção, implantação e funcionamento do 1º hospital público para tratamento de animais, no Estado do Pará, localizado no município de Barcarena-Pará; F) INDENIZAR AS VÍTIMAS DO ACIDENTE PELOS DANOS materiais (dano emergente, lucro cessante, perda de uma chance), danos morais, danos

estéticos, que devem ser apurados na fase de liquidação de sentença, por ocasião da execução individual da sentença de procedência, ressalvadas as ações individuais; G) por fim, seja fixada multa diária para os requeridos pelo descumprimento das decisões desse Juízo, sugerida no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Conforme é possível perceber a partir do trecho disposto acima, de acordo com os valores monetários fixados expressamente, a soma dos pedidos perfaz R\$71.412.644,00 (setenta e um milhões, quatrocentos e doze mil, seiscentos e quarenta e quatro reais). Esta informação é importante, pelo motivo que será exposto em momento oportuno.

Na referida audiência, foi firmado acordo entre as partes requeridas da ACP e os legitimados para a referida ação, o qual ficou consignado em dez termos, entendendo-se indispensável à transcrição do seguinte trecho:

1. A presente composição tem por objeto a íntegra dos pedidos constantes nas petições iniciais das Ações Cíveis Públicas 35481-71.2015.4.01.3900 e 14725-07.2016.4.01.3900, bem como da Ação Cautelares 0028538-38.2015.4.01.3900, em tramitação na 9ª Vara Federal de Belém, reconhecendo as partes que também esgota o objeto da Ação Civil Pública 002338-45.2016.8.14.0008, que tramita na 1ª Vara Cível e Empresarial de Barcarena; 2. Em relação aos pedidos D), E)<sup>1</sup> e E)<sup>2</sup> da ACP 35481 71.2015.4.01.3900 (danos de natureza coletiva), a CDP e HUSEIN/TÂMARA repassarão, cada, o valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), e a NORTE TRADING repassará o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) à FASE (Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional, CNPJ nº 33.700.956/0001-55) para a constituição de um fundo destinado a custear pequenos projetos comunitários nos Municípios afetados, conforme termo de cooperação técnica firmado com os compromitentes (anexo 1);

(...)

3. Em relação ao pedido F) da ACP 35481-71.2015.4.01.3900 e pedidos A) e B) da ACP 14725-07.2016.4.01.3900 (danos de natureza individual), MINERVA repassará o valor de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais), e CDP e HUSEIN / TÂMARA repassarão, cada, o valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) e a NORTE TRADING repassará o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ao Instituto Internacional de Educação do Brasil (CNPJ 03.057.776/0002-17) para o pagamento de indenização às

famílias identificadas como atingidas pelo acidente, conforme termo de cooperação técnica firmado com os compromitentes (anexo 2), ficando condicionado o recebimento, por parte destas, dos valores aqui acordados à desistência de ações individuais;

Somando os valores monetários dos itens do acordo firmado, chega-se ao montante de R\$ 13.700.000,00 (treze milhões e setecentos mil reais), divididos em R\$ 10.650.000,00 (dez milhões, seiscentos e cinquenta mil reais) de danos individuais<sup>7</sup> e R\$ 3.050.000,00 (três milhões e cinquenta mil reais) de danos coletivos<sup>8</sup>.

Finalmente, é indispensável ressaltar o seguinte trecho do acordo celebrado:

8. O presente acordo não importa confissão de culpa, bem como resolve e quita a totalidade do objeto dos processos acima referidos em relação aos compromitentes, impedindo o ajuizamento pelos autores de novas ações e a repetição dos pleitos sob qualquer modalidade processual, que tenham os mesmos objetos ou causa de pedir.

Portanto, este acordo reverbera na impossibilidade de celebração de termos aditivos, vez que isto está expressamente determinado nos termos, bem como não significa a confissão de culpa, o que nitidamente tem impacto em eventuais ações individuais dos indivíduos que escolheram pelo *opt-out* na ação coletiva.

Logo, ao realizar a subtração entre o valor da soma dos pedidos e o valor da soma do acordo, tem-se o montante de R\$ 57.712.644,00 (cinquenta e sete milhões, setecentos e doze mil, seiscentos e quarenta e

---

<sup>7</sup> Foi realizada uma Audiência Pública, em 26/06/2018 para debater sobre o pagamento das indenizações às famílias afetadas. Foi fixado critério de repartição do valor destinado às indenizações individuais, em três faixas, a depender do grau de impacto sofrido pelas vítimas, levando em consideração a proximidade ao local do acidente. Por exemplo, as famílias de Vila do Conde receberam a indenização com um peso maior do que as famílias de outras comunidades. No site do Ministério Público Federal, é possível obter mais detalhes sobre a execução do acordo no que diz respeito aos danos individuais. Mais informações em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/paginas-especiais/paginas-caso-haidar/indenizacoes-pelos-danos-individuais>>.

<sup>8</sup> No que diz respeito aos danos coletivos, o Ministério Público Federal também dispõe de informações para o público na internet, para acessá-las: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/paginas-especiais/paginas-caso-haidar/indenizacoes-pelos-danos-coletivos>>.

quatro reais), que representa a “perda” entre o capital que foi requerido e o que foi efetivamente atingido com o acordo. É a partir dessa premissa que serão feitos os exames nos próximos tópicos do presente trabalho.

## **2 A transação no código de processo civil explorada sob a ótica da análise econômica do direito**

Neste tópico trabalharemos, primeiramente, a transação pura, estudando os dispositivos do CPC e a doutrina processual acerca da possibilidade de estabelecimento de acordos e, posteriormente, examinaremos a transação aos olhos da AED.

O CPC trouxe consigo o discurso da justiça multiportas, trazendo à tona o incentivo para a resolução dos conflitos de outros meios que não são o litígio perante a justiça estatal, encorajando a mediação, a conciliação e a arbitragem. Inclusive, a utilização de meios adequados para a resolução de conflitos está presente como uma das propostas de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) para a efetivação do acesso à justiça, o que também demonstra a importância da valorização da transação trazida pelo CPC.

A transação é uma das espécies da autocomposição, que é a forma de resolver o conflito abrindo mão do seu interesse, seja total ou parcialmente. Em outras palavras, lecionou Fredie Didier Jr. (2015):

É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução dos conflitos de interesses. Pode ocorrer fora ou dentro do processo jurisdicional.

Conforme já abordado na seção anterior, no caso aqui tratado foi ajuizada uma ação e, no processo jurisdicional, ocorreu o acordo. Importante destacar o fato de que o processo sob exame é uma ação coletiva, o que atrai o questionamento quanto à possibilidade de realização de transação

na tutela coletiva. Tal alternativa é possível, sim, desde que não haja a renúncia ao direito em que se funda a ação coletiva – já que este direito não é do legitimado coletivo, mas sim do grupo (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017). Isto é, embora os direitos sejam indisponíveis (daí a impossibilidade de renunciar a eles), eles não são intransigíveis (ABELHA, 2017), sendo perfeitamente possível a realização de uma transação em um processo coletivo, como, conforme mencionado na seção anterior, aconteceu no caso da ACP tratada ao longo deste artigo.

Para ressaltar o incentivo à resolução consensual de conflitos, vale a menção do artigo 3º do CPC<sup>9</sup>, que trata do princípio da inafastabilidade da jurisdição e privilegia em seus parágrafos a solução dos conflitos por meio da conciliação, mediação e arbitragem, merecendo destaque os parágrafos 2º e 3º do referido dispositivo. Acerca da autocomposição, lecionou Daniel Amorim Assumpção Neves (2016):

Atualmente, nota-se um incremento na autocomposição, em especial na transação, o que segundo parcela significativa da doutrina representa a busca pela solução de conflitos que mais gera a pacificação social, uma vez que as partes, por sua própria vontade, resolvem o conflito e dele saem sempre satisfeitas. Ainda que tal conclusão seja bastante discutível, por desconsiderar no caso concreto as condições concretas que levaram as partes, ou uma delas, à autocomposição, é inegável que a matéria “está na moda”. Nesse tocante, é imprescindível que se tenha a exata noção de qual papel desempenham na autocomposição a negociação, a conciliação e a mediação.

Importante destacar a ressalva feita pelo autor na citação supramencionada, uma vez que, não necessariamente a realização da transação levará à melhor solução do litígio, justamente pelos argumentos expostos pelo jurista, aliados a diversos fatores comumente trabalhados pela AED, conforme será estudado em momento adequado no presente trabalho, adiantando, desde já, o entendimento de que o acordo aqui estudado é

---

<sup>9</sup> Redação do art. 3º do CPC: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito; §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; §3º A conciliação, a mediação e os outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

exatamente um exemplo de uma transação que não foi tão bem sucedida quanto o que se esperava dela.

Fica claro no Código que o espírito conciliador deve ser encorajado também com a inclusão da audiência preliminar de conciliação ou mediação antes mesmo da apresentação de contestação, disposta no artigo 334 do CPC. Inclusive, o acordo firmado no caso do processo nº 35481-71.2015.4.01.3900, que trata da tragédia do naufrágio do navio Haidar, deu-se em uma audiência de conciliação, ocorrida no dia 07/02/2018.

A partir deste ponto, a transação será tratada especificamente aos olhos da AED. A AED fornece elementos relevantes para estruturar o quão previsível é a realização de uma transação em um determinado caso (DIAS, 2009). Se a parte está disposta a recorrer ao Poder Judiciário, suas expectativas com o resultado do processo são ponderadas pelos custos do processo – levando em consideração as custas judiciais, honorários do advogado, honorários de perito, tempo, etc. – e pela probabilidade de êxito (DIAS, 2009).

Nesse sentido, afirmou Jean Carlos Dias (2009) que “qualquer possibilidade de transação ficará adstrita ao cálculo decorrente de suas expectativas, levando em consideração a probabilidade de derrota e os custos do processo”. No mesmo sentido, sustentou Steven Shavell (2004): “the plaintiff will sue when his cost of suit is less than his expected benefits from suit. The plaintiff’s expected benefits from suit involve possible settlement payments or gains from trial”.

Portanto, a probabilidade de um resultado positivo ao final é determinante para que seja aceita a possibilidade de transacionar (seja judicial, seja extrajudicialmente). Isto é, o resultado será positivo tanto quando houver a possibilidade de ganhar a demanda, quanto quando houver a chance de celebrar um acordo. Entretanto, este modelo não leva em consideração que as partes não são detentoras de informações no mesmo nível, remetendo ao modelo de informação assimétrica. Isto é, uma das partes estará em déficit de informação em relação à outra. Sobre o assunto, sustentou Jean Carlos Dias (2009) que será possível a realização do acordo



apenas no cenário em que o demandado, em patamar informativo superior, entender que a probabilidade de derrota favorece a transação.

Assim sendo, as partes avaliarão o patamar informativo que acreditam ter para considerar a possibilidade de realizar ou não uma transação, de tal forma que o autor levará em conta o tipo de réu que enfrenta e qual o valor máximo de acordo que esse réu firmaria com o demandante para evitar enfrentar um litígio judicial. Da perspectiva do valor do pedido do demandante racional, sustentou Steven Shavell (2004):

In essence, the rational demand for the plaintiff to make may not be so low as to produce a yes answer from any all possible types of defendants; to ask for so little is usually not in the expected interest of the plaintiff. This feature of the outcome, that trial may result, may be considered to be due to asymmetry of information. For if the plaintiff knew the type of defendant he faced, he would ask for a different amount for each type, namely, the maximum amount that that type of defendant would be willing to pay rather than go to trial. It is therefore the asymmetry of information that leads the rational plaintiff to ask for more than some defendants are willing to pay, and thus the possibility of trial.

Partindo do modelo de informação assimétrica, chega-se à aversão ao risco, a qual é determinante para a realização de uma transação ou não, pois quando ocorrer a aversão ao risco, o demandante poderá aceitar valores inferiores ao resultante da probabilidade de êxito e o demandado poderá oferecer valores superiores à sua expectativa baseada na probabilidade de derrota (DIAS, 2009).

Portanto, é importante destacar aqui a informação de que quando a parte for avessa ao risco – o que poderá ocorrer, inclusive, por estar em déficit de informação em relação ao adversário –, o demandante poderá ter a tendência de aceitar resultado inferior à sua probabilidade de êxito. Esta última frase leva diretamente à citação de Shavell (2004), mencionada anteriormente: ou seja, o demandante, baseado no réu que enfrenta,

formula o seu pedido em um determinado valor e, a depender das informações que obtém, estará mais propenso a aceitar ou não um acordo para evitar que a demanda prossiga.

A transação é, em poucas palavras, um meio eficiente para a resolução de conflitos sob a ótica da AED e é amplamente incentivada pelo CPC. Entretanto, o que se pretende ressaltar no presente trabalho é que nem sempre a transação resultará em bons frutos, quando houver um flagrante desequilíbrio de informações entre as partes, acarretando a aversão ao risco e fazendo com que as partes recorram a heurísticas e acabem tomando decisões enviesadas que, conseqüentemente, não serão eficientes. É a partir desta interpretação que iniciaremos o exame mais detalhado do que a AED considera como escolha racional e, ainda agindo racionalmente, os seres humanos estão propensos a tomar decisões sob vieses, em decorrência da assimetria de informações.

### **3 A escolha racional *versus* a assimetria de informações e os consequentes vieses**

O indivíduo toma decisões e tais decisões são constantemente necessárias porque os recursos dispostos na sociedade são limitados, sendo fundamental decidir para alocar recursos finitos, de tal forma que “escolher uma opção significa renunciar a uma outra” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015). A AED parte da premissa de que o homem é um ser dotado de racionalidade e, ao tomar suas decisões, buscará aumentar ao máximo seus interesses, respondendo a incentivos (POSNER, 2007). Por essa razão, sustenta-se que “os indivíduos são sensíveis a incentivos ou provocações” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

O indivíduo escolherá de maneira consciente ou inconsciente o meio que acredita ser mais adequado para os fins que pretende atingir (POSNER, 2007), ou mesmo para a escolha que ofereça maior satisfação (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015). Sobre a racionalidade, seguem as palavras de Richard Posner (2007):

Racionalidad significa, para um economista, una disposición a escoger consciente o inconscientemente, un médio apto para cualesquiera fines que tenga quien escoge. En otras palabras, la racionalidad es la capacidad y la inclinación para usar el razonamiento instrumental a fin de desenvolverse em la vida. No supone la consciência;

Toda tomada de decisão carrega consigo um risco, que é a análise do valor de um custo ou benefício incerto em oposição a um custo ou benefício seguro (POSNER, 2007). O indivíduo, por um motivo ou por outro, pode ter aversão ao risco ou atração por ele, dependendo das condições nas quais terá que tomar a decisão. O risco será avaliado como alto nas situações em que o indivíduo se depara com um claro perigo e, não sendo possível o julgamento direto das probabilidades, o tomador da decisão simplificará o problema, utilizando-se de uma heurística disponível (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Assim sendo, há casos em que, embora os indivíduos se comportem como se fossem racionais, eles não estão, efetivamente, agindo com sua racionalidade. Dessa maneira, torna-se necessário esclarecer que a teoria econômica não parte da premissa de que os indivíduos estão constantemente calculando suas decisões, mas sim que eles se comportam como se estivessem fazendo isto ao menos na metade das situações (GICO JR., 2014).

Embora a racionalidade seja intrínseca ao dia-a-dia dos seres humanos, há diversas situações em que os agentes não se comportam da maneira esperada, especialmente no caso das situações envolvendo risco e incerteza (GICO JR., 2014). Os pioneiros no estudo de tais desvios comportamentais foram Daniel Kahneman e Amos Tversky, o que rendeu a Khaneman o Nobel no ano de 2002 (Tversky já havia falecido neste ano) (GICO JR., 2014). Os pesquisadores demonstraram que o comportamento humano não coaduna com o modelo econômico tradicional em diversas circunstâncias. Por outro lado, também demonstraram que tal divergência não é meramente aleatória, mas sim sistemática (GICO JR., 2014).

Assim sendo, há situações em que o indivíduo não age, necessariamente, com a racionalidade que se espera dele, mas tal divergência ocorre de maneira sistemática, ou seja, de certa forma, já esperada pelos estudos comportamentais, seguindo um certo padrão.

Em situações complexas, os indivíduos acabam se apoiando em princípios heurísticos “que reduzem as tarefas complexas de avaliar probabilidades e prever valores a operações mais simples de juízo. De um modo geral, essas heurísticas são bastante úteis, mas às vezes levam a erros graves e sistemáticos” (KAHNEMAN; TVERSKY, 2012).

Corroborando com as afirmações anteriores, deve-se partir do entendimento de que ao tomar a decisão, nem sempre o indivíduo tem à sua disposição todas as informações necessárias para chegar à conclusão esperada, assim como, se tiver todas as informações, ele não terá a consciência de que as possui (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Nesse diapasão, sabendo que os indivíduos nem sempre (na realidade, quase nunca) terão absolutamente todas as informações em mãos a respeito das decisões que irão tomar, elas são tomadas com base em informações incompletas, sendo decisões racionais quando os custos para adquirir mais informação superam os benefícios de tê-la, benefícios estes que representariam a tomada de uma decisão melhor. Isto é, nem sempre há como garantir que os custos da obtenção de mais informação coadunarão em uma decisão mais acertada.

Los individuos no son omniscientes, pero las decisiones tomadas con base en información incompleta son racionales cuando los costos de adquirir más información superan los beneficios probables de la capacidad de tomar una decisión mejor. Una decisión plenamente informada en tales circunstancias – la clase de acción que realiza una persona que no puede establecer prioridades entre sus tareas – sería irracional! (POSNER, 2007)

Com base nisso, a AED trata de dois modelos distintos: o modelo de informação simétrica e o modelo de informação assimétrica. Estudaremos este último modelo: o que traz a assimetria, tendo em vista que as partes não estão no patamar de informação (DIAS, 2009). Ou seja, de um lado,

uma parte não detém informação suficiente para calcular o nível de sua desvantagem em relação à outra parte, ao passo que de outro lado uma parte possui mais informação, o que a coloca em uma posição benéfica, à frente da outra. A parte em déficit, portanto, tendo consciência de sua posição desvantajosa ou não, tomará as atitudes e condutas da outra parte como determinantes para decidir como solucionar o conflito. Em uma ação judicial, isto representaria continuar com o litígio ou fechar um acordo.

Outrossim, a maneira como o problema é exposto influencia substancialmente a decisão das partes, partindo do modelo de informação assimétrica, isto é, de que uma parte detém mais informação do que a outra. A economia tradicional supunha que os indivíduos tomam decisões sem considerar as reações dos outros, entretanto, tal premissa se demonstrou equivocada, uma vez que o indivíduo racional decide a sua atuação com base nas prováveis reações dos outros agentes, o que demonstra uma atuação estratégica, chegando, portanto, à teoria dos jogos (POSNER, 2007).

La teoría de los juegos exhibe un contraste notable com los retos al modelo de la elección racional que examinamos antes, ya que supone, por lo menos em su forma más pura, um grado de racionalidad mayor incluso que el postulado por la economía ortodoxa (POSNER, 2007).

Assim, a teoria dos jogos parte da premissa de que cada indivíduo não só se comporta com racionalidade completa, mas também supõe que os demais indivíduos igualmente se comportam com sua racionalidade completa (POSNER, 2007). Sabendo que a AED toma como base a escolha racional e que a teoria dos jogos é a teoria do comportamento estratégico racional, então a teoria dos jogos forma parte da teoria econômica (POSNER, 2007). O direito se ocupa do comportamento estratégico em diversas situações, dentre elas, na realização de transações, como no caso concreto trabalhado no presente ensaio.

Remetendo aos parágrafos anteriores, é necessário atentar para o fato de que, embora escolham racionalmente, os indivíduos podem escolher sob vieses quando diante de situações complexas, as quais são agravadas pela assimetria de informações em relação à parte deficitária, o que a torna vulnerável e propícia a tomar uma decisão equivocada, que não seja, necessariamente, eficiente.

No caso aqui retratado, é relevante ressaltar a natureza da ação, isto é, trata-se de um litígio coletivo, o que pode asseverar tal assimetria<sup>10</sup>. Resta ponderar, entretanto, se o acordo realizado no caso aqui estudado foi benéfico ou não para a população atingida pelo desastre ambiental.

#### **4 O exame do acordo realizado na ação civil pública aos olhos da análise econômica do direito e suas possíveis e problemáticas consequências**

Em primeiro lugar, é cediço que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental consagrado na Constituição da República (CR), em seu art. 225. Para tanto, o Direito Ambiental possui diversos princípios que visam garantir o referido direito fundamental. Três desses princípios, essenciais ao presente estudo, são o princípio da prevenção, da precaução e do poluidor-pagador, os quais serão abordados nos parágrafos a seguir, a fim de esclarecê-los e, após, aplica-los ao caso concreto estudado neste artigo – e como a utilização ou não de tais princípios no acordo firmado na ACP em estudo impacta diretamente a sociedade e a responsabilização ambiental.

Ao buscar a configuração do nexos causal entre a externalidade negativa e o responsável por sua reparação, a doutrina sustenta que é necessário imputar ao agente poluente o custo social da poluição produto

---

<sup>10</sup> Embora acordos sejam exequíveis na esfera do processo coletivo, primeiramente, por conta das normas fundamentais do CPC e, em segundo lugar, em atenção à Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a qual incentiva a autocomposição pelo Ministério Público no âmbito das ações coletivas (tanto com relação ao direito envolvido – uma vez que, embora indisponíveis, não são intransigíveis –, quanto com relação às convenções processuais).

de sua atividade, de tal forma que atinja não só os bens e pessoas atingidos pela poluição, mas também a natureza (MILARE, 2001 *apud* DIAS, 2010). Assim, busca-se configurar o binômio “autoria-responsabilidade”, a fim de que os danos causados sejam realmente pagos (DIAS, 2010).

O princípio da prevenção, por sua vez, é voltado para a tentativa de evitar a ocorrência de danos, ainda que exista a incerteza científica a respeito da possibilidade de que eles ocorram; por conseguinte, o princípio da precaução é voltado para evitar que danos ambientais de modo geral ocorram, ou seja, é mais genérico que o princípio da prevenção.

Portanto, no que concerne aos princípios prudenciais, afirmou Jean Carlos Dias (2010):

Os princípios prudenciais determinam uma leitura do sistema de responsabilidade a partir da perspectiva preventiva dos danos, o que implica a indução dos agentes causadores a evita-los por meio da adoção do mais amplo espectro de medidas precaucionais.

Com base na perspectiva de proteção ao meio ambiente, direito difuso constitucionalmente assegurado, passaremos à análise econômica do acordo firmado pelos litisconsortes ativos na ACP do caso do naufrágio do navio Haidar, ocorrido na cidade de Barcarena/PA.

## **5 Os vieses dos legitimados ativos ao firmar o acordo na ação civil pública do caso do Navio Haidar**

Conforme mencionado outrora, ao realizar a subtração entre a soma dos pedidos realizados na ACP e a soma dos itens do acordo firmado na audiência de conciliação, chega-se ao montante de R\$57.712.644,00 (cinquenta e sete milhões, setecentos e doze mil, seiscentos e quarenta e quatro reais), o qual representa a “perda” entre o que foi requerido e o que foi efetivamente atingido monetariamente com o acordo. Entretanto, ao analisar os fatos ocorridos, chega-se à conclusão de que o montante obtido no acordo, isto é, o valor de R\$13.700.000,00 (treze milhões e setecentos

mil reais), sequer se aproxima de todo o dano ambiental, social e econômico causado pelo desastre.

As rés, por sua vez, possivelmente fizeram a proposta de acordo exatamente porque sabiam que a instrução processual provavelmente levaria a um montante de condenação muito mais elevado do que o valor fechado a nível de acordo, o que demonstra claro desequilíbrio de informações entre as partes. Em decorrência da assimetria de informações entre o polo ativo da demanda e as integrantes do polo passivo, o MPF, o MPE/PA, a DPU, a DPE/PA e o Estado do Pará (litisconsortes ativos), foram avessos ao risco de prosseguir com a demanda, optando pela realização da transação.

O que é necessário ressaltar, neste ponto, é a redução da complexidade da causa, apelando para uma heurística. Sabendo que as heurísticas mal aplicadas levam aos vieses, a transação realizada entre as partes foi claramente enviesada, já que não foi eficiente, em razão do exíguo valor monetário pactuado (levando em consideração a extensão do dano sofrido).

Se, conforme disposto na seção 2 do presente trabalho, a transação representa (ou deveria representar) um meio termo entre as intenções das partes, de tal forma que significa abrir mão de parte de seus interesses a fim de atingir um denominador comum, como seria possível que uma demanda cujo valor da causa foi R\$71.412.644,00 fosse satisfatória com um acordo celebrado no valor de R\$13.700.000,00? Certamente, a transação não foi capaz de atingir completamente os interesses do polo ativo, o qual representa centenas de pessoas no processo coletivo.

A petição inicial destacou nos pedidos a indenização por danos ambientais materiais não suscetíveis de reparação, os danos morais coletivos, os maus-tratos e crueldade contra os animais e a indenização para as vítimas do acidente pelos danos materiais, morais e estéticos, a serem apurados em sede de liquidação de sentença, em execução individual.

Destaca-se aqui o fato de que o desastre ocorrido em Barcarena/PA no ano de 2015 causou danos irreversíveis ao meio ambiente e, consequentemente, às vidas dos moradores da região, cuja subsistência se dava



principalmente pela pesca e pelo atendimento aos turistas que costumavam visitar as praias<sup>11</sup> – o que deixou de ocorrer após o naufrágio, em razão da situação degradante na qual se encontram as praias atingidas pelo desastre ambiental.

Se a diferença entre o valor pleiteado na petição inicial e o valor alcançado no acordo é de R\$57.712.644, resta claro que a perda foi muito maior do que qualquer possível ganho que o acordo possa atingir<sup>12</sup>. O polo ativo, certamente enviesado em razão da assimetria de informações, foi avesso ao risco, possivelmente recorrendo ao pensamento de que seria melhor ter o acordo do que nada ter e acabar não encontrando o real culpado pelo desastre, enfrentando uma ação que demoraria muitos anos, cuja execução também poderia ser penosa, o que acabaria não beneficiando diretamente as vítimas, em razão do decurso do tempo.

Contudo, o acordo firmado no presente caso não traz consequências apenas para as vítimas (que, diga-se de passagem, não receberão o *quantum* devido na proporção real do dano sofrido), mas sim para a sociedade como um todo, conforme será delineado nos próximos parágrafos.

Ao estabelecer que um desastre ambiental de tamanha magnitude e que causou prejuízos irreparáveis “custa o valor de” R\$13.700.000,00, houve a precificação do dano ambiental, o que influi diretamente nos princípios da prevenção, da precaução e do poluidor-pagador, oriundos do Direito Ambiental. Dessa maneira, o acordo firmado se apresenta como um marco regulatório que pode interferir na equação econômica, isto é,

---

<sup>11</sup> Informações obtidas por meio de contato direto com a população.

<sup>12</sup> Até porque foi realizada Audiência Pública para discutir a execução das indenizações individuais no dia 26/06/2018. Para dividir o valor, foi estabelecido critério de proximidade da comunidade com o local do dano. Entretanto, ao dividir o montante destinado aos danos individuais, as indenizações para as famílias vítimas do acidente variam entre aproximadamente R\$ 1.316,04 (hum mil trezentos e dezesseis reais e quatro centavos) e R\$ 3.290,09 (três mil duzentos e noventa reais e nove centavos) por família, a depender da comunidade à qual pertence. Com um dano de tamanha magnitude, conforme se buscou mostrar ao longo do presente trabalho, é inquestionável admitir que os valores mencionados aqui sejam ao menos razoáveis, especialmente levando-se em consideração que a indenização será por família, e não por pessoa. Os moradores da região, integrantes das comunidades afetadas, tiveram carcaças de bois às portas de suas casas e boiando em suas praias, a diminuição de público nos balneários da região, o que os impediu de vender lanches nas praias e prosseguir com suas atividades comerciais habituais, dentre diversos outros prejuízos causados à atividade econômica da região. Para mais informações sobre as indenizações: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/paginas-especiais/paginas-caso-haidar/esclarecimentos-sobre-a-lista-de-pessoas-aptas-a-se-beneficiar-do-acordo-coletivo-celebrado-no-caso-haidar>>.

deveria estar consolidado sobre uma adequada concepção e avaliação do problema enfrentado, a fim de gerar a tutela efetiva dos direitos envolvidos (DIAS, 2009). Contudo, não foi o que ocorreu.

Inclusive, é indispensável mencionar que a doutrina dos *punitive damages* visa coibir e punir (*deterrence* e *punishment*) a disposição para praticar atos deveras reprováveis e albergar vantagem com o lado vulnerável de uma relação (BONNA, 2015). Acerca da doutrina dos *punitive damages*, é indispensável a citação dos ensinamentos de Alexandre Bonna (2015):

E mais, ao se fixar um valor indenizatório diverso do compensatório, com caráter punitivo, se evita a realização de cálculos que permitam a obtenção de lucro com atos ilícitos, possibilidade esta característica dos danos em massa, que potencializam os ganhos baseados em violações de direitos em larga escala, principalmente quando se tem como contrapartida do Poder Judiciário a condenação em indenizações de cunho apenas compensatório.

Acontece que o acordo firmado no caso sob exame sequer compensa o dano sofrido, de modo que tampouco tem caráter punitivo, muito pelo contrário. Se o acordo firmado for encarado como um marco regulatório para interferir nas relações econômicas, as empresas utilizarão o valor de R\$13.700.000,00 como parâmetro para calcular se vale mais a pena monetariamente prevenir o dano ou pagar por um acordo judicial após a sua ocorrência, ignorando por completo três dos princípios basilares do Direito Ambiental: a prevenção, a precaução e o poluidor-pagador.

Este raciocínio econômico exige que o valor indenizatório seja alto o suficiente para que o ofensor internalize os anos que causou, o fazendo tomar o devido cuidado em sua atividade, trazendo como lição que é vantajoso manter um nível ótimo de qualidade e atendimento e arcar com menos indenizações (carregadas pelos *punitive damages*) ao invés de conservar em nível baixo de qualidade e ser obrigado a pagar altas indenizações (BONNA, 2015).

Se o valor firmado foi extremamente exíguo quando colocado diante dos danos causados – e é –, resta bastante claro que o poluidor não pagará efetivamente pelo dano ao meio ambiente, já que o valor transacionado é

insuficiente ante os danos sofridos, o que acaba por incentivar conduta semelhante de possíveis posteriores agentes que atuem com a mesma atividade econômica que os réus.

Desta maneira, a conduta negligente é qualificada não por seus aspectos subjetivos, isto é, relacionados à extensão da imperfeição da intenção, mas sim por aspectos relacionados ao próprio custo de prevenção do fato.

Logo, sempre que os custos de prevenção forem maiores que o valor obtido da função constituída pela probabilidade e extensão da perda, o agente não poderá ser considerado negligente. O sentido contrário também é verdadeiro, ou seja, se o custo de prevenção for menor, o agente será negligente (DIAS, 2010).

Assim, retomando os estudos de psicologia comportamental de Kahneman e Tversky (2012), já abordados neste trabalho anteriormente, “a atratividade do ganho possível não está nem perto de ser suficiente para compensar pela aversividade da perda possível”. Ou seja, ao firmar o acordo, os litisconsortes ativos demonstraram clara aversão ao risco, exibindo que a aversividade em perder a ação (ou receber muito menos do que o valor requerido, ou a demanda não ser efetiva) é muito maior do que a atratividade de suportar o deslinde da demanda para, possivelmente, lograr êxito em todos os pedidos formulados.

Muitos problemas de decisão assumem a forma de uma escolha entre conservar o *status quo* e aceitar uma alternativa a ele, o que é vantajoso em alguns aspectos e desvantajoso em outros. A análise de valor que foi aplicada anteriormente a perspectivas arriscadas unidimensionais pode ser estendida a esse caso presumindo-se que o status quo define o nível de referência para todos os atributos. As vantagens das opções alternativas serão então avaliadas como ganhos e suas desvantagens como perdas. Como as perdas avultam maiores do que os ganhos, o tomador de decisão apresentará um viés em favor da conservação do *status quo* (KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, 2012).

Importante ressaltar que, no presente caso, é inexequível a conservação do *status quo*, tendo em vista que os danos ambientais causados são irreversíveis – o que influencia diretamente no princípio poluidor-pagador

– e, ainda que seja feita a sua reparação, será somente a tentativa de reparar ao máximo o dano, mas nunca será possível repará-lo por completo, restabelecendo a situação para como estava antes do acidente.

Inclusive, ao tratar da ACP como forma de proteção ambiental, José Henrique Mouta Araújo (1999) sustentou que a partir do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública é possível extrair que a ACP tem como fundamento o retorno ao *status quo ante*, abarcando o princípio do poluidor-pagador para que o poluidor, justamente, promovesse o retorno ao referido *status quo ante*, antecedente ao dano ambiental. Entretanto, nota-se que no presente caso sequer o poluidor pagou pelo dano na mesma proporção que o causou, tampouco promoveu o retorno ao *status quo ante* – o que, entretanto, é inexecutável, dada a gravidade e irreversibilidade do dano ambiental causado pelo naufrágio do navio Haidar, de modo que resta nitidamente prejudicada a responsabilização civil ambiental neste caso.

Portanto, o acidente causado não compensou a perda ambiental incalculável sofrida. Os impactos ambientais levaram à drástica diminuição da atividade turística na região, fonte de renda de centenas de pessoas que moram nas comunidades atingidas pelo desastre. As preocupações ecológicas atingem diretamente a vida em sociedade, destacando-se o fato de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental garantido constitucionalmente, previsto no artigo 225 da CR.

Nesse caso, além do impacto direto sobre a vida dos habitantes das comunidades de Barcarena/PA, também há o impacto indireto da precificação do dano ambiental e o consequente estímulo para que acidentes semelhantes aconteçam, uma vez que o custo final da demanda é absurdamente exíguo em comparação à grandiosidade dos danos ambientais, sociais e econômicos causados – desta vez, há a influência direta aos princípios da prevenção e da precaução, uma vez que, fixado o valor extremamente baixo, se os custos para a prevenção forem maiores do que o valor do acordo, os possíveis poluidores não estarão incentivados a arcar com os custos maiores oriundos da prevenção do dano.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito difuso, de tal forma que, na realidade, a proteção ao meio ambiente impacta a vida de todos, especialmente dos economicamente vulneráveis, que é o caso de grande parte das pessoas afetadas pelo desastre ocorrido em Barcarena/PA em 2015, as quais ficaram sem o seu meio de subsistência, seja pela pesca, seja pela derrocada do turismo na região em decorrência do naufrágio.

Assim sendo, a transação não foi eficiente para as vítimas, pois o baixo valor monetário demonstrou ser extremamente baixo quando dividido para cada família atingida, o dano ambiental restou “precificado”, podendo inclusive estimular que acidentes semelhantes ocorram posteriormente pelo desrespeito aos princípios da prevenção e da precaução, em razão de, no acordo, ter sido violado o princípio do poluidor-pagador.

Portanto, o acordo firmado no valor monetário de R\$13.700.000,00 é ineficiente aos olhos da AED, tendo em vista que a assimetria de informações fez com que os autores adotassem heurísticas e, conseqüentemente, tomassem a decisão enviesada que distorceu a busca pela eficiência, culminando em uma transação em um valor deveras inferior ao realmente merecido.

## **6 Considerações finais**

O objetivo do presente estudo, em primeiro lugar, foi trabalhar a transação aos olhos da AED, especificamente no CPC brasileiro, o qual incentiva fortemente a conciliação, conforme disposto em suas normas fundamentais e, por exemplo, na criação da audiência preliminar de conciliação ou mediação, como um claro estímulo à realização de transações.

A partir de conceitos comumente trabalhados na AED, foi analisada a escolha racional, pautada também no modelo de informação assimétrica – pressupondo que sempre uma parte será detentora de mais informações que a outra – partindo, então, para estudos oriundos da psicologia comportamental, propostos por Kahneman e Tversky, chegando à conclusão

de que os indivíduos, mesmo em suas escolhas racionais, podem adotar heurísticas que os levarão, possivelmente, a decisões enviesadas.

Após a explanação de forma genérica, passamos ao estudo do caso concreto do desastre ocorrido em Barcarena/PA no ano de 2015, que foi o naufrágio do navio Haidar com aproximadamente 5000 (cinco mil) bois vivos. Conforme demonstrado, a ACP deste caso culminou em um acordo realizado em audiência de conciliação, cuja somatória dos valores monetários alcançados foi R\$13.700.000,00.

Contudo, conforme exposto na seção 4 deste estudo, concluiu-se que a transação realizada foi ineficiente aos olhos da AED, uma vez que não cumpriu com o papel reparador dos danos e sequer se aproximou de penalizar os réus com o caráter educativo do dano moral, dado que o acordo firmado se deu em um valor muito abaixo de todo o valor requerido em sede de petição inicial e muito aquém do valor realmente devido.

Tal ineficiência se deu porque os legitimados, ao firmar o acordo, foram avessos ao risco de prosseguir com a ação e, em decorrência da complexidade da situação, adotaram heurísticas que os levaram a uma decisão enviesada, exatamente por conta da assimetria de informações existente entre o polo ativo e o polo passivo da demanda. A partir do momento em que o polo passivo propôs um valor extremamente abaixo do valor pleiteado, é possível notar que ele possuía informações o suficiente para entender que o prosseguimento da demanda lhes seria prejudicial, de modo que a condenação poderia alcançar valores muito mais elevados do que os valores do acordo firmado.

Além de tudo, a precificação do dano ambiental (que viola diretamente o princípio ambiental do poluidor-pagador) poderá, inclusive, incentivar a negligência de empresas e fazer com que acidentes semelhantes aconteçam, ignorando completamente a prevenção e a precaução, princípios basilares do Direito Ambiental. As empresas, sabendo que um dano de tamanha proporção “custa” R\$13.700.000,00, poderão optar por simplesmente pagar um acordo neste valor em eventual ação judicial (utilizando este caso como paradigma), ao invés de investir na prevenção do

dano. Assim, de uma só vez, foram violados três princípios do Direito Ambiental: o poluidor-pagador, a prevenção e a precaução, além de estimular de mais violações semelhantes ocorram futuramente.

Portanto, conclui-se que, embora genericamente a transação seja um meio real e benéfico de resolução de conflitos – também no âmbito do processo coletivo, vez que os direitos abarcados pela tutela coletiva são indisponíveis, mas não intransigíveis –, é necessário levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, já que no caso apresentado no presente estudo os legitimados estavam viesados ao firmar o acordo, em decorrência de sua aversão ao risco e de sua posição deficitária no modelo assimétrico de informação, o que resultou em sua ineficiência e, no fim das contas, não garantiu o efetivo acesso à justiça da população vítima direta do desastre ambiental.

## 7 Referências

- ABELHA, Marcelo. **Fundamentos da Tutela Coletiva**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- ALIER, Joan Martínez; JUSMET, Jordi Roca. **Economía Ecológica y Política Ambiental**. México: Programa de Las Naciones Unidas Para El Medio Ambiente Fondo de Cultura Económica, 2000.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. Ação Civil Pública como forma de proteção ambiental. **Movendo Ideias revista do CESA – Centro de Estudos Sociais Aplicados**. Belém, v. 4, n. 6, p. 59-71, dez, 1999.
- BONNA, Alexandre. **Punitive Damages (indenização punitiva) e os danos em massa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- DICIO. **Significado de adernar**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/adernar/>>. Acesso em 22 out. 2018.
- BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Naufrágio do navio Haidar informações e arquivos do acordo judicial do caso**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2015/acao-civil-publica-impactos-naufragio-do-navio-haidar-em-barcarena-pa-1>>. Acesso em 04 nov. 2018.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Naufração do navio Haidar: informações e arquivos do acordo judicial do caso.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/acordo-final-homologado-do-caso-dos-impactos-do-naufragio-do-navio-haidar-em-barcarena-pa/view>>. Acesso em 04 nov. 2018.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Naufração do navio Haidar: informações e arquivos do acordo judicial do caso.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/paginas-especiais/paginas-caso-haidar/indenizacoes-pelos-danos-individuais>>. Acesso em 04 out. 2018.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Naufração do navio Haidar: informações e arquivos do acordo judicial do caso.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/paginas-especiais/paginas-caso-haidar/indenizacoes-pelos-danos-coletivos>>. Acesso em 04 out. 2018.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Naufração do navio Haidar: informações e arquivos do acordo judicial do caso.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/paginas-especiais/paginas-caso-haidar/esclarecimentos-sobre-a-lista-de-pessoas-aptas-a-se-beneficiar-do-acordo-coletivo-celebrado-no-caso-haidar>>. Acesso em 04 out. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

\_\_\_\_\_. A violação ao direito fundamental ao meio ambiente: análise dos problemas a respeito da responsabilidade civil por danos acidentais. In: DIAS, Jean Carlos; FONSECA, Luciana Costa da (coord.). **Sustentabilidade: Ensaios sobre direito ambiental.** São Paulo: Método, 2010. P. 111.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil.** 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 4.



GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Apêndice A: Julgamento sob incerteza: Heurísticas e Vieses. *In*: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Apêndice B: escolhas, valores e quadros. *In*: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2 ed. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

POSNER, Richard. **El Análisis Económico Del Derecho**. 2 ed. Tradução: Eduardo L. Suárez. México: FCE, 2007.

SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: The Belknap Press Of Harvard University Press, 2004.

## **Políticas públicas tributárias e a análise econômica do direito: a busca pela eficiência a partir dos incentivos fiscais<sup>1</sup>**

*Eldio Thiago Teixeira Neves* <sup>2</sup>

### **Introdução**

A compreensão da situação em que se encontra os problemas sociais e o reconhecimento do direito como uma ciência válida para regulá-los, a partir da aplicação especial dessa ciência em conjunto com outras, insta, antes de tudo, que sejam considerados, para além das normas legais, o contexto das decisões judiciais e as peculiaridades e características próprias de uma análise interdisciplinar, especialmente, com a economia.

Nesse sentido, os instrumentos e institutos jurídicos que concedam direitos às pessoas a partir da criação de políticas públicas são de extrema importância, especialmente aquelas relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais, por exigirem uma postura pragmática do operador do direito para que tais políticas não sejam ineficientes.

Isto se faz necessário porque o direito não pode ser pensado como uma corrente filosófica desassociada da prática, pois, se esta é uma ciência que deve produzir resultados efetivos para a sociedade, ou seja, como a garantia de direitos, ela deve ser pensada em conjunto com os recursos

---

<sup>1</sup> Artigo acadêmico produzido como avaliação final para a aprovação na disciplina Pensamento Jurídico Contemporâneo, 2018.1, ministrada pelo Professor Doutor Jean Carlos Dias no Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

disponíveis que o Estado terá para criar medidas que materializem esses resultados.

Dessa forma, este trabalho parte da perspectiva de que o direito deve ser analisado de modo interdisciplinar para que as outras ciências contribuam com resultados positivos e pragmáticos na resolução de problemas jurídicos, uma vez que a visão estritamente teórica e obsoleta do direito como uma ciência pura e independente deve ser superada.

Assim, dentre as diversas possibilidades de estudo interdisciplinar do direito, este trabalho se utilizará especialmente da análise econômica do Direito, a fim de discutir a ideia de pragmatismo jurídico elaborada por Richard Posner a partir das políticas tributárias brasileiras, mas especificamente, os incentivos fiscais e como essas medidas podem se tornar instrumentos eficientes para o desenvolvimento da sociedade.

Para isso, este artigo se dividirá didaticamente em quatro seções: a primeira, irá descrever a importância da análise econômica do Direito a partir das contribuições de Richard Posner; a segunda discutirá as políticas públicas a partir dessa vertente, ou seja, como o conceito de pragmatismo jurídico de Posner pode dialogar com políticas públicas efetivas; na terceira, irá ser analisado se a política pública tributária do incentivo fiscal é um instrumento eficiente conforme o pragmatismo jurídico, para a última seção apresentar os limites e a crítica a essas questões centrais do artigo.

## **2 A importância da análise econômica do direito para pensar os problemas jurídicos: a contribuição de Richard Posner**

Com o reconhecimento do formalismo interdisciplinar, se tem uma influência direta da economia para com o Direito. Nesta ação, a Análise Econômica do Direito (AED) tem seus estudos incorporados à problemática ligada ao Estado Regulatório e de Bem-Estar. Assim, mesmo a AED perpassando por diversas área do Direito, o objeto que nos reserva se concentra na matéria econômica sob a deliberação de Richard Allen Posner,

que se preza no embasamento de sustentar doutrinas deliberadas para solucionar diversos fatos jurídicos.

Nesta seara, é passível aduzir, levando em consideração a vertente econômica da realidade social, e expor, que um dos objetivos da Análise Econômica do Direito se concentra em apresentar um estudo dentre diversas áreas do Direito, diretamente influenciadas pela noção econômica. Assim, dando uma contribuição significativa para melhor compreender o impacto econômico sofrido dentro do Direito e até mesmo, verificar se as ferramentas implantadas nessa ação social desenvolvimentista estão atingindo o objetivo proposto. Em decorrência de tais afirmações Pereira *apud* Dias (2015, p. 279), corrobora que, “o estudo da Análise Econômica do Direito procura propor a interdisciplinaridade evidente na utilização dos recursos teóricos da economia no pensamento jurídico”.

Na ocasião, sustenta ainda mais a ideia, de tentar compreender os instrumentos ligados às práticas sociais, como pontos de estudo da ciência econômica e seus fenômenos sobre os olhares da temática jurídica.

Dessa forma, aborda-se a análise da relação entre a economia e direito e sua compreensão sob duas perspectivas: positivista ou descritiva e normativa. Sendo a primeira com uma preocupação em estudar as ações do direito em favor do ambiente real fático, procurando dentro da investigação científica o critério de verdade, ao caso proposto, destacando ao tema, se a natureza jurídica da concessão do incentivo fiscal atende os objetivos propostos. Já no segundo momento, a discussão perpassa pelo conceito de justiça e seus reflexos sobre a ideia de eficiência, evidenciando a maximização da possibilidade de “riqueza” que deve ser entendida, não estritamente como uma função do dinheiro, mas sim, como a soma de todos os objetos aos quais uma sociedade atribui valor, tanto os tangíveis quanto os intangíveis” (POSNER, p. 101), que de certa forma resulta no bem comum.

Com essa noção trazida pela Análise Econômica do Direito é possível considerar se os incentivos fiscais, seguem as perspectivas elucidadas anteriormente. Essas prerrogativas, seguem sustentadas sobre as disposições

de Posner em relação as definições da AED positivo (descritivos) e normativa:

A análise econômica do direito possui tanto aspectos positivos (isto é, descritivos) quanto os aspectos normativos. Seu objetivo é tentar explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema. Mas também buscar aperfeiçoar o direito, ao assinalar as consequências involuntárias ou indesejáveis das leis vigentes ou dos projetos de lei e propor reformas práticas.

Nessa busca do direito pela instrumentalidade da ciência econômica, se emana ferramentas úteis para ação na realidade social, indo além no cenário jurídico, com função de dirimir, podendo ainda, extinguir problemas, inclusive na seara social. Assim sendo, a Análise Econômica do Direito perpassa pelo estudo de eficiência para se determinar até que ponto, no curso das normas jurídicas (em que é possível equiparar as resoluções de concessão do incentivo fiscal), podem se enquadrar na realidade dessa análise.

A Análise Econômica do Direito, no instante que expõe as suas duas óticas de compreensão, se tornam de extrema valia, no momento em que se explica o aspecto positivo, dentro dos parâmetros econômicos, demonstrando como a sua instrumentalização econômica é utilizada no direito, para maior ação nas tomadas de decisões, focado diretamente nos melhores resultados encontrados na proposição econômica. No entanto, o segundo aspecto relacionado questão normativa, complementa a ideia do melhor resultado, fazendo uso do ato descritivo e interpretativo, o qual permite aos atores do direito, avaliar qual a melhor política pública a ser implementada.

Por meio da aplicabilidade das políticas públicas, nos parâmetros do direito, ao atendimento do princípio da distribuição, bem como atender a função social do objetivo proposto, direcionados ao bem-estar da coletividade, Cooter & Ulen (1999, p. 18-19), propõe que:

A análise econômica do direito é um assunto interdisciplinar que reúne dois grandes campos de estudo e facilita uma maior compreensão de ambos. A economia não ajuda a perceber a lei de uma nova perspectiva, muito útil para os advogados e para todos os interessados no problema das políticas públicas. É provável que os leitores estejam acostumados a considerar as normas legais como instrumentos da justiça. De fato, muitas pessoas contemplam a lei apenas em seu papel de provedor de justiça. Este livro vai ensiná-los a considerar as leis como incentivos para a mudança de comportamento (preços implícitos) e como instrumentos para atingir os objetivos da política (aficiência e distribuição)<sup>3</sup>. (Tradução nossa).

Nessa vertente, os padrões econômicos utilizados são o de se apresentar, como meio de entendimento e eficiência na execução do direito, para com a realidade factual e a prática de atuação na sociedade atual, ou melhor, a proposta é disponibilizar um método orientador de raciocínio para a resolução de problemas, bem como demonstrar a aptidão que este método tem acerca de transformar os números locais dentro da realidade proposta de desenvolvimento econômico.

Assim, o estudo a partir da AED, segundo Dias apud Pereira (2015, p. 283):

(...) é o método de raciocínio orientado para a solução eficiente de problemas. Esse aspecto orienta o exercício da análise para além das reflexões de fundo, isto é, centradas na eleição de valores por normas ou outros padrões jurídicos, buscando uma discussão a respeito da sua capacidade de alterar dados sobre a realidade.

Esta prerrogativa nos proporciona instrumentos aplicáveis a realidade factual da sociedade, ainda mais da nossa região, com a proposição

---

<sup>3</sup> El análisis económico del derecho es un tema interdisciplinario que reúne dos grandes campos de estudio y facilita un entendimiento mayor de ambos. La economía nos ayuda a percibir al derecho desde una perspectiva nueva, muy útil para los abogados y para todos los interesados en los problema de las políticas públicas. Es probable que los lectores estén acostumbrados a considerar las normas legales como instrumentos de la justicia. De hecho, muchas personas contemplan al derecho unicamente em su papel de provedor de justicia. Este libro les enseñará a considerar las leyes como incentivos para el cambio de comportamiento (precios implícitos) y como instrumentos para el logro de los objetivos de las políticas (la aficiencia y la distribución).

de resolver problemas, ou até mesmo, orientar como atingir o melhor resultado para a sociedade, mesmo dentro de casos difíceis sem solução aparente. É nessa relação do direito para com a economia enquanto ciência, que se apresenta a melhor alternativa de aplicação eficiente do direito.

Ante de tais assertivas, a construção teórica de Posner voltada à eficiência do direito, enraizada de razões pragmáticas, emana a corrente teórica filosófica, de análise da praticidade dos atos e sua utilidade para melhor atingir o resultado benéfico à coletividade. Logo, conforme os seus ensinamentos nas palavras de Leite e Dias (2016, p. 157) o pragmatismo jurídico “é uma combinação de pragmatismo clássico, realismo jurídico, neopragmatismo e análise econômica do direito, de tal forma que se percebe nuance desses movimentos filosóficos em sua teoria”. Assim, se pe um discurso, de praticidade dos episódios sociais, levando à construção de um estudo de análise factual para a resolução de conflitos, ou como nas palavras de Leite e Dias (2016, p. 157) “ele constrói uma teoria antiteórica do direito”.

O argumento factual, para análise de função no universo do direito é de importância significativa, para a proposta de estudo, bem como é a pedra de toque do conceito do pragmatismo, tanto é, que Posner (2009, p.4), delibera o seguinte interesse “por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que ‘realmente’ é”, logo o pragmatismo “olha para a frente e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro”. Assim sendo, a regra é atingir a maior eficiência jurídica do direito, nos casos sociais aplicados.

É passível adjudicar a importância do pragmatismo, e tomar sustentação à proposta do trabalho, através do conceito de pragmatismo, exposto na obra de Posner *How Judges Thinks* (2008, p. 40):

Pragmatismo", no sentido em que a palavra é usada na teoria pragmática do comportamento judicial, vai exigir definição cuidadosa. Mas, por enquanto, é suficiente observar que o trabalho refere-se a basear julgamentos (legais ou não) sobre as consequências, em vez de dedução a partir de premissas na

forma de um silogismo. O pragmatismo tem uma semelhança familiar com o utilitarismo e, numa sociedade comercial como a nossa, para a economia do bem-estar, mas sem um compromisso com as formas específicas em que essas filosofias avaliem as consequências. No Direito, o pragmatismo refere-se que basear uma decisão judicial sobre os efeitos da decisão é mais susceptível do que sobre a linguagem de um fato ou de um caso ou, mais genericamente, sobre uma norma preexistente. (Tradução livre)

Contudo, a preocupação cerne do pragmatismo jurídico é a efetiva resolução de problemas sociais, através de decisões judiciais, equiparadas no presente estudo a ação da efetividade do Estado, na sua intervenção econômica para com a concessão dos incentivos fiscais, pois essa gera a possibilidade de alcançar o bem-estar da coletividade.

Em vista da concepção conceitual do pragmatismo de Posner, o que se têm é uma visão do direito com reflexos, a decisões com impactos futuros, ou melhor, essa concepção permite o uso de instrumentos da teoria do direito, bem como de outras ciências do conhecimento para a ação dos juízes, aos quais, tem de fato a responsabilidade de extinguir qualquer tipo de externalidade negativa, para evitar possíveis danos que automaticamente venham a gerar custo a sociedade, portanto, o foco são as benéficas geradas por tais decisões judiciais, impactantes ao bem estar social da coletividade.

Nesta empreita, como ensina Pereira (2015, p. 285) “a lógica do pragmatismo jurídico como teoria do comportamento da decisão judicial, aliados, certamente, a outros fatores importantes como a experiência eficiência e a realidade social”, atitude que leva os efeitos econômicos ao patamar de sempre buscar a instrumentalidade do direito a atingir os efeitos de contentamento do bem-estar geral. Além disso, o autor complementa que (2015, p. 285):

Para Posner, o juiz pragmático utiliza a investigação exata (o silogismo, a lógica, a investigação científica) e a razão prática como instrumentos metodológicos para a consecução dos seus fins, isto é, para alcançar a objetividade ou a convicção próxima da realidade dos fatos, o uso desses métodos é indispensável para a materialização de suas ideias. É a utilização da Análise



Econômica do descritiva (investigação científica do mundo dos fatos) para conhecimento da realidade e escolha da melhor decisão para o caso (normativa).

Dentro desse cenário, é passível advertir que o pragmatismo jurídico na relação direta de execução do direito, tem a função de nortear a decisão judicial sobre as diretrizes da eficiência do direito, a partir da égide do empirismo, ou seja, Posner renuncia a filosofia desassociando-a da prática, como método de busca de ordem e assim, vem a reconhecer que qualquer procedimento científico embasado sobre casos empíricos, tem parâmetros básicos necessários, para serem avaliados sob os efeitos do pragmatismo jurídico, ora proposto pela Análise Econômica do Direito.

É por isso que, Posner ao debater sobre a postura de atuação dos juízes em *hard cases*, em especial, quanto às decisões judiciais, no livro Problemas de Filosofia do Direito (2007), explica os pontos favoráveis quanto a teoria de Dworkin, o que ele compreende como descobrir, ou seja, um explorar, focado em buscar uma resposta positiva para esses casos. Isto serve de direcionamento para a teoria pragmática, para as alegações de que os eventos jurídicos nem sempre são enraizados de decisões certas.

A proposta para as ações dos juízes, em favor da indeterminação da decisão nos casos difíceis, tomam como atitude preponderante o perfil de formuladores de políticas públicas ao invés de meros atores convencionais do direito. Porém, as suas ações discricionárias, tem a função de atingir observando a eficiência da decisão, seguindo principiologicamente os efeitos da razoabilidade.

Esta assertiva, tem sustentação corroborada por Posner apud Leite e Dias (2016, p. 159), o qual:

(...) o juiz de um caso difícil – caso que esteja no âmbito da indeterminação do direito – é mais um formulador de políticas públicas do que um juiz convencional e, dentro de sua esfera de liberdade ou discricionariedade, pode ser tão livre de regras quanto é um legislador ordinário. Contudo, dentro dessa esfera de liberdade, o juiz deve julgar com razoabilidade.

O efeitos da discricionariedade, aludindo ao conceito da razoabilidade, sobre a ótica de Posner (2007, p. 175) tem-se que “os termos da lei, os precedentes e todos os materiais convencionais da decisão judicial, inclusive aquelas virtudes providenciais familiares aos advogados, como a sensibilidade aos limites do conhecimento judicial e a conveniência da estabilidade no direito”, ou seja, o objetivo dessa postura principiológica é, relacionar o raciocínio prático empírico para com as ideias jurídicas sobre toda e qualquer questão referente ao direito e sua função,

Logo, o processo decisório é racional, eivado de diretrizes políticas com a pretensão de fundamentar as decisões judiciais com base nas questões de fato em consonância com fatos de direito. Assim sendo, para Leite e Dias apud Posner (2016, p. 161), as ações dos juízes deve ser realizadas através de desígnios intitulados pelas políticas públicas, o qual, as escolhas serão efetivadas pelos resultados do levantamento e avaliação do impacto para o Estado de Direito, para a economia, para as partes, para a ordem pública bem como para a sociedade como um todo.

Partindo dessa assertiva, Posner (2007, p. 301), corrobora que os juízes pragmáticos, ao decidirem sobre os casos difíceis criam uma teoria do direito, prevendo até mesmo com vista a casos anteriores, as implicações que suas decisões irão causar, assim:

(...) ao decidirem seus casos -, os juízes “criam a teoria do direito”, de modo que o direito é o que os juízes fazem, e também as previsões daquilo que farão. Não há contradição, uma vez que a teoria da previsão seja classificada de acordo com uma mais ampla teoria do direito como atividade. O importante é que o direito é algo que autorizou pessoas, em especial, juízes, advogados e legisladores, a fazer, e não uma caixa cuja tampa abrem quando surge uma questão jurídica, na esperança de encontrar uma resposta dentro dela - convidando, assim, ao debate sobre a questão de a caixa incluir apenas regras, ou regras mais princípios, ou regras, princípios e diretrizes para políticas públicas, ou talvez toda a moralidade política.

De fato, o pragmatismo jurídico pauta a preocupação dos juízes, levando em consideração a estrutura jurídica positivada, como teoria

estrutural do direito no passado, com o objetivo de construir uma noção teórica de instrumentos necessários, podendo ser encontrados dentro de princípios e regras jurídicas, haja vista, que a preponderância é que os reflexos obtidos sejam impactos diretos de um futuro cheio de benfeitorias.

Logo, a importância da Análise Econômica do Direito ao se deparar com diversas problemas jurídicas, se fez necessário trazer uma nova roupagem de interpretação do direito a partir da economia, interligando-os ao analisar diversos casos concretos e é essa teoria que renova o papel do juiz o qual irá utilizar a investigação lógica e investigação científica para com as razões práticas, ou melhor, a instrumentalização dessa teoria está para com o conhecimento da realidade fática para a obtenção da melhor decisão a cada caso concreto.

Nesta ação, a busca teórica, da possibilidade para a melhor forma de implementação das políticas públicas perpassa em relacionar diretamente a efetividade dos incentivos fiscais, ressaltando a compensação social dentro dos parâmetros de perdas causadas pela ausência de direito, e é nesse sentido que esta amostragem teórica se concentra em esboçar o resultado das políticas públicas, através do critério da eficiência Kaldor-Hicks, uma vez que, este tem a funcionalidade de possibilitar a compensação, dos direitos sociais não realizados. Nessa temática, Botelho (2016, p. 41) corrobora que:

É nesse sentido que por meio do critério de eficiência Kaldor-Hicks, um resultado seria mais eficiente se os que se beneficiam da mudança possam, teoricamente, compensar os que sofrem as consequências, constituindo em um resultado melhor de acordo com Pareto.

Na mesma prerrogativa Botelho (2016, p. 42) aduz que “resta dizer ainda que a função de bem-estar social total é determinada pela agregação dos bem-estares sociais individuais, na teoria Kaldor-Hicksiana (...)”, assim também, “com isso, pode-se dizer que o aumento do bem-estar dos ganhadores (...) deve compensar a redução do bem-estar dos perdedores (...)”

A partir dessa perspectiva, analisando a óptica normativa da análise econômica do direito, este por si só, gera resultado eficiente provindo das

relações socioeconômicas, bem como também, gera outras medidas eficientes oriundas dessa mesma relação. De certa forma, a eficiência seria necessariamente o critério geral para determinar a utilidade da norma jurídica, bem como, em acordo com o caso concreto, analisar se o resultado pretendido fora atendido ou não.

Portanto, a funcionalidade a que se propõe a eficiência no campo da Análise Econômica do Direito é relacionada com a ideia de bem – estar social, em favor das consequências de determinada razão política, jurídica ou social, haja vista, que o nível de utilidade de cada agente social se resume a situações específicas e reais. Logo, o objetivo perpassa em observar a satisfação de suas necessidades socioeconômicas de cada caso, sobre as noções da funcionalidade dos incentivos fiscais, que teoricamente se propõe, há observar se a sua melhor forma socioeconômica, está gerando o resultado social acreditado, no tocante a mitigação das desigualdades e preenchimento das lacunas deixadas pelo Direito através da inércia do Estado.

Levando em consideração, estas assertivas, o conceito de eficiência de Kaldor - Hicks para esta análise, ratifica os efeitos, na plena apuração e visibilidade que os ganhos sociais maiores são mais evidentes e concisos, do que as perdas individuais, sob a égide do sistema de compensação social. Assim sendo, é esse modelo teórico, que a discursão acerca da instrumentalização das políticas públicas irá se ater, enraizado na noção do utilitarismo sobre a busca da eficiência no sentido social, o qual será melhor detalhado no tópico subsequente, bem como também o Teorema de Pareto.

### **3 A instrumentalização das políticas públicas a partir da AED**

Neste seguimento, ante de adentrar na avaliação teórica na apreciação central deste ensaio, faz-se necessário ratificar que a eficiência representa em sua essência a ideia basilar da normatividade jurídica e da teoria econômica da análise econômica do direito, servido como método para a compreensão da teoria da eficiência e as prerrogativas socioeconômicas de Kaldor-Hicks, pois a partir do esboço destacado no tópico anterior,

fica claro se construir uma mentalidade para estimar-se as noções individuais em detrimento de ganhos sociais maiores.

Além disso, a espera de uma ciência econômica coesa, parte de um referencial teórico sob a dimensão de um conjunto de ideias utilitaristas, para a influência gradativa que esta vem exercendo sobre os fenômenos econômicos, tornando assim sua contribuição de importância única ao direito e seus resultados econômicos. Tanto é, que Pereira (2015, p. 279), destaca:

...o utilitarismo exerce pouca influência para ciência econômica, sendo um conjunto de ideias estudadas como filosofia da moral. Mas a importância como referencial teórico para a construção posterior de uma ciência econômica estruturada que foi e está sendo utilizada no direito merece especial destaque, pois cada vez mais os fenômenos econômicos e sua contribuição são úteis no direito, seja no campo legislativo seja nos Tribunais onde cada vez mais se tem vislumbrado e desejado as consequências econômicas no direito (pragmatismo jurídico) a partir de decisões judiciais.

A partir da breve explanação acerca da eficiência do método Kaldor-Hicks, bem como a sua influência para o aferimento do resultado social, a formação da ideia a transcorrer, utiliza a análise econômica do direito, sob a fundamentação da teoria do direito proposta por Richard A. Posner, evidenciando as disposições da interdisciplinariedade da análise socioeconômica, que por sua vez, objetiva atender os resultados mais favoráveis ao bem-estar social. Este resultado que se espera, para com a implantação das políticas públicas através dessa teoria, segue as diretrizes de deixar as claras, o real objetivo da eficiência do direito, em atender o anseio social, que em regra objetiva sempre otimizar a maximização dos ganhos sociais, para até mesmo chegar a aproximar-se do ganho igual do bem comum.

Assim, solidificando a ideia da instrumentalização das políticas públicas, o esboço tem como complementariedade e até mesmo deixar claro, o resultado pretendido focando de certa forma, na ação da eficiência proposta pela análise econômica do direito, como sendo a ferramenta

norteadora para garantir que tais políticas públicas, em especial os incentivos fiscais, seriam o ferramenta com a função que mais se aproxima da essência de demonstrar, como a eficiência do direito pode ou não funcionar.

Não obstante a ideia é também de suma importância aludir, que no campo da ação avaliativa da eficiência em diversos casos, deve levar em consideração os meios em sua totalidade utilizados ao alcance dos objetivos, observando desde o resultado, bem como, pontos não diretamente ligados a estes. Pois, a uma análise superficial entra em conflito até mesmo, com os problemas de conceituação da eficiência que ligeiramente estão pautados nos investimentos dos empreendimentos realizados e os resultados gerados por estes, que inúmeras vezes pode nos levar a avaliar as políticas sem certeza de sua função.

Em favor desta preocupação, Dias (2007, p. 69) sustentando as disposições anteriores, aduz que:

...a avaliação de eficiência depende, muitas vezes, de elementos que não estão unicamente ligados às expectativas quanto aos meios de realização de um dado objetivo, mas a questões que eventualmente sequer foram consideradas ou mesmo apenas marginais.

O problema a respeito da conceituação de eficiência é que a definição dessa tal relação está normalmente calcada em termos econômicos entre investimentos e resultados. É um dado pretensamente objetivo, mas bastante incerto do ponto de vista da possibilidade de avaliação de uma política.

Dando seguimento no pensamento ora trazido, temos não obstante, que uma das questões principais da análise econômica do direito segundo Posner, está diretamente ligada as decisões dos juízes sobre os casos difíceis que formulam políticas públicas. Assim, ligando o direito e a economia à uma discussão que reflita o custo/benefício, causado por tais decisões, a ideia de eficiência será fundamental para influenciar positivamente os juízes na formulação dessas políticas.

Por consequência, as decisões proferidas que envolvam os caminhos tortuosos da resolução de cada caso, são a válvula de ensejo de resultados

coletivos, originados pelas políticas públicas. O que se tem, nessa relação é a eficiência máxima das decisões sobre à égide do custo benefício, pois o que se preza nas decisões dos casos difíceis é a ação principiológica da razoabilidade como meio formal de garantir a sociedade a aplicação dos seus direitos fundamentais. Esse é o fator de injeção deste experimento, a analisar os incentivos fiscais através dessa cadeia de custo benefício e apurar teoricamente se o objetivo proposto na concessão segue os parâmetros ora destacados.

É neste ambiente real de aplicabilidade da gestão econômica de diversas realidades que se encontra a forma empírica mais clara, de propor a análise econômica do direito, o qual as atitudes dos juízes sobre os casos difíceis, serão as diretrizes fáticas das decisões, a terem o efeito do resultado coletivo que se espera. Nesta visão, Pereira apud Posner (2015, p.287) parafraseia que “é no caso difícil que o juiz decidirá a questão litigiosa como um verdadeiro formulador de políticas públicas e a partir de sua esfera de cognição pode ter mais liberdades ou discricionariedade e ser até mais livre de regras que o próprio legislador ordinário”.

Partindo desse pressuposto, os direitos fundamentais para sua efetiva concretização estão estritamente interligados ao direito e a economia como seus principais elementos, esta assertiva de Posner se faz presente, na medida das decisões proferidas pelos juízes, as quais atingem com êxito as demandas sociais coletivas, ou seja, um papel formulador de políticas públicas permanente no cenário legislativo.

Porém, é necessário aduzir que essa postura do juiz legislador em hipótese alguma afasta a competência legal do legislador, pois o exercício das funções atribuídas ao magistrado, é factível em regularizar a efetividade das políticas públicas, sempre com o simples objetivo dos resultados serem positivos. Desta feita, essa postura dos magistrados sacramentada no bem comum, reflete na redução dos custos e riscos, na efetividade das políticas públicas. Portanto, Pereira (2015, p. 288) corroborando essa assertiva, destaca que:

O papel de juiz “legislador” não infirma ou retira a legitimidade do legislativo, já que ao magistrado caberá negar ou rejeitar a validade de uma política pública com vistas a melhorar o resultado, reduzindo ainda os riscos e minimizando os custos para a sociedade em situações análogas a que fora decidida.

Assim, a instrumentalização das políticas públicas neste cenário, busca a eficiência econômica através da análise do custo benefício, sendo este fenômeno jurídico uma abordagem consequencial da Análise Econômica do Direito.

Cabe advertir, que nessas disposições, *a priori*, não é importante as avaliações morais e éticas, que sempre estão presentes nos diversos problemas jurídicos. Ademais, o atingir das soluções mais aprazíveis socialmente é o objetivo primordial da eficiência econômica e reflete na aplicação das políticas públicas, que por sua vez, Cardoso apud Cooter e Ulen (2015, p. 300), aduz que “é melhor atingir qualquer política dado a um custo menor do que a um custo mais alto”.

Porém, mesmo apurando a devida funcionalidade das políticas públicas, não se pode omitir, que uma observação as críticas apresentadas nesse ambiente, estão ligadas as questões morais e éticas, as quais normalmente voltam-se a função do Estado através da intervenção econômica na promoção do bem-estar social e a efetivação das políticas públicas. Neste panorama, destacando as diretrizes da teoria econômica é passível destacar a influência da teoria filosófica utilitarista, o qual detalha a condição da eficiência e do bem – estar, objetivando o critério normativo de maximização dos resultados levando em consideração o utilitarismo individual, ou seja, o ideal é apurar eticamente cada caso de forma racional na proposta de atingir o resulta requerido.

Em favor de tais assertivas, Sen apud Cardoso (2015, p. 301) destaca que:

(...) os postulados da teoria econômica moderna têm como inspiração a teoria filosófica utilitarista, em que a condição de eficiência e bem-estar – ou welfarismo, na expressão de Sen (2012) –, é avaliada em função da utilidade



(felicidade ou satisfação) em que cada agente econômico visa maximizar algo em seu interesse. Portanto, o critério normativo de eficiência está atrelado ao ideal de maximização do bem-estar, cuja aferição ética é feita a partir da utilidade individual, considerando a condição de agente racional na busca da satisfação do seu autointeresse.

Em relação às políticas públicas, a análise dos seus resultados destacando a questão do custo benefício, no cenário da teoria econômica são realizados através das diretrizes de eficiência destacadas nos Teoremas de Pareto e no Teorema Kaldor-Hicks. Neste feito, o Teorema de Pareto, enfatiza que o critério de eficiência deve ser avaliado individualmente, pois o entendimento gerado, relata ser impossível qualquer tipo de comparação interpessoal relacionado a bem – estar e utilidade, ou para melhor entendimento, como cita Cardoso (2015, p. 301) “O Ótimo de Pareto consiste na ideia de que só sejam recomendáveis as mudanças em que ao menos uma pessoa fiquem em uma situação melhor e nenhuma fique em situação pior”.

Já, o Teorema de Kaldor - Hicksm é uma perspectiva focada em melhorar o modelo proposto no Teorema de Pareto, partindo inicialmente da afirmativa de que a aplicação das políticas públicas, impactam transformações que resultam em ganhadores e perdedores. No entanto, os ganhadores devem ganhar mais na medida que este ganho, contrapese ou até mesmo indenize a perda aos perdedores. Portanto, Goldberg apud Cardoso (2015, p. 302) ratificando os efeitos conceituais deste Teorema, diz que “uma decisão eficiente no sentido Kaldor-Hicks deve incentivar o bem-estar dos ganhadores em um montante tal que permita, ainda que em tese, compensar a perda de bem-estar dos prejudicados”.

De qualquer forma, a compreensão do bem-estar social e a promoção das políticas públicas, para serem melhor compreendidas devem levar em consideração as prerrogativas da interdisciplinaridade proposta pela Análise Econômica do Direito, observando os parâmetros das análises descritivas e normativas, o qual na proposta desse ensaio, se materializa na concessão da análise dos benefícios fiscais. Assim, é importante compreender o contexto local do exercício destas políticas públicas, para que

se possa observar os resultados e de certo, emitir uma avaliação sobre sua eficiência e que seja formado um juízo avaliatório em favor de tal política.

A partir dessa expectativa, ressaltando a influência do raciocínio econômico Lopes apud Cardoso (2015, p. 303) relata que:

(...) embora o direito e a economia tenham suas raízes da aplicação do raciocínio prático, ambas procuram descrever e analisar a ação humana sob perspectivas diferentes, ou seja, a partir dos seus tipo-ideais. O tipo ideal da economia procura enxergar a racionalidade humana a partir da análise dos custos e da eficiência para a avaliação das ações empreendidas, constituindo a base de seu juízo avaliatório; ao passo que o tipo-ideal do raciocínio jurídico é realizado sob a perspectiva da legalidade.

Desta forma, através dessa perspectiva e em favor da proposta da Análise Econômica do Direito relacionada aos seus métodos de avaliação econômica, há contribuição adjudicada seria, a racionalidade e a previsibilidade das decisões judiciais acerca das políticas públicas, bem como, a relação do raciocínio jurídico acerca dos problemas e novos institutos, que por venturam surgirão com tais implantações.

É certo que, mesmo no direito em diversos entendimento técnicos ou empíricos a ótica de análise não se baseie apenas pelos custos benéficos, diversos autores bem como Cardoso apud Lopes (2015), destacam que o raciocínio acerca do custo – benefício e da eficiência são bem comum, em decorrência da diversidade jurídica, os quais, os argumentos e critérios intuitivos seguem os parâmetros da diversidade das questões econômicas com vistas aos instrumento da Análise Econômica do direito para assim, atender a racionalidade prática dos resultados.

Como teoricamente é demonstrado, os instrumentos teóricos da Análise Econômica do Direito, tem uma funcionalidade adversa, passível de uso em distintos ramos com vista, a atender as necessidades básica de implantação e uso dos direitos fundamentais. Portanto, levando em consideração o conflito de interesses trazida com a implantação de certas políticas públicas, a gama a ser explorada pelo presente trabalho, nos remete as políticas tributárias com foco nos incentivos fiscais.

Nesse diapasão, a busca pela eficiência do direito, para o resultado do bem-estar social e uma vida digna, está relacionada diretamente no exercício objetivo da intervenção econômica do Estado, perpassando a discursão pelo cenário positivo das políticas públicas, dando ênfase a concessão dos benefícios fiscais, que por ventura trará ao ambiente social, um impacto econômico no desenvolvimento e de certa forma, mitigando as desigualdades sociais. Desta feita, a concessão dos incentivos fiscais na atuação do Estado e a eficiência do direito para com o objetivo do bem coletivo e a ação frutífera do Estado, seria a instrumentalidade necessária para que as políticas públicas tributárias, atendam o real objetivo do desenvolvimento econômico local, que refletirá sempre na inter-relação entre Estado, política, economia e sociedade.

#### **4 Políticas públicas tributárias e a AED: incentivos fiscais como instrumento da busca pela eficiência**

A partir da discussão anterior e observando o desenvolvimento econômico do nosso País e até mesmo a análise econômica para com o raciocínio acerca do custo – benefício e da eficiência do bem comum, a concepção das políticas públicas, é um marco de intervenção estatal e tais ações decisivas, seguem com participação direta e indireta de diversos atores sociais, os quais, objetivam assegurar determinadas garantias sociais para no plano real, proporcionar resultados eficientes.

Desta forma, já transcorrido acerca da análise econômica do direito e seus métodos avaliativos, este ensaio, outrora ponderando as dificuldades contemporâneas vividas diretamente na aplicação das políticas públicas em especial as políticas tributárias, ligadas em sua efetividade em atender a real finalidade, que nada mais é, que sanar as necessidades da sociedade proporcionando uma minimização nas desigualdades. Assim sendo, dadas as implicações aparentes das dificuldades atuais, é de extrema importância que se tenha uma reflexão cuidadosa, sobretudo, em função do aumento

constante das complicações socioeconômicas que nos rodeiam, que refletem e impactam diretamente no papel de cada ator envolvido na aplicação de tais políticas.

Desta forma, observando empiricamente a problemática de ineficiência das políticas públicas, o que pode ser proposto é uma mudança de perspectiva e atitude que cada indivíduo deve ter. Logo, emana o questionamento os quais podem perpassar pelos aspectos éticos e morais: de quais temas deveriam ser um marco de impacto social contemporâneo, para alcançar o objetivo principal das políticas públicas?

Destarte, as assertivas colocadas anteriormente bem como aludindo o transcorrido em decorrência do conceito da Análise Econômica do Direito é factível “resumir políticas públicas como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessários propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)” (SOUZA 2006, p. 26). Neste ponto, atualmente o Estado com a função análoga a dos juízes pragmático, precisa repensar o seu papel, ou seja, constitui alegar que suas atitudes, não devem apenas ter políticas retornadas a mitigar as desigualdades sociais, mas sim, recomendar um plano focado no desenvolvimento regional, apto a discutir in loco cada problemática traçando seus possíveis resultados, que englobem articulações inter-regionais, estabelecendo uma administração econômica de planejamento político médio, curto e a longo prazo, que envolva direta e indiretamente os diversos agentes sociais, na realização da efetividade dos direitos fundamentais.

Partamos então, da necessidade de construir fórmulas de gestão focadas em observar as realidades locais, indo de encontro a aplicar uma nova filosofia racional, com regras e resultados imediatos de fácil mensuração. Nesse sentido, para a real implementação e fortalecimento desse modelo, o Estado precisa elaborar e até mesmo ampliar, seus elementos que de certa forma propiciem uma participação constante da sociedade no processo decisório, como por exemplo, a realização de plebiscitos, conferências, diálogo com as associações dos bairros mais carentes entre outros

mecanismos, bem como, incentivar a pujança econômica social de um município. Todavia, é de extrema necessidade que essas ferramentas sejam aplicadas embasadas sobre uma proposta objetiva, para que se atenda a eficiência econômica proposto na interlocução Estado e sociedade.

A discussão pensada em âmbito local como alternativa racional da instrumentalização da Análise Econômica do Direito através das políticas públicas, leva em consideração as prerrogativa de ser imensurável o resultado, da efetiva utilização das políticas públicas direcionados a uma região, pois em um país como o Brasil com imensa dimensão geográfica e diversas culturas, as ações em plano nacional devem ser cautelosas, deste modo, é de extrema importância identificar quais os problemas e oportunidades *in loco*, que devem ser abordadas, para, desta forma, partir do plano microeconômico e se ter uma noção das ações uniformes, analisando a ação humana sob uma perspectiva do tipo – ideal da economia, a procura da racionalidade humana a partir da análise dos custo benefícios e assim transpor tais estudos aplicáveis as diversas regiões.

Assim sendo, para materializarmos uma possível resolução dos diversos problemas existentes e atender a prerrogativas econômicas do desenvolvimento local, enumera-se como exemplo aplicado dentro das políticas tributárias os incentivos fiscais, fato crucial para iniciar a possível mudança de mentalidade política social e analisar a ação do Estado e o tratamento de sua intervenção econômica para com a concessão dos incentivos fiscais.

A discussão nesse cenário, perpassa pelo ambiente positivo oportunista em relação as políticas públicas, o qual a conquista de benefícios por poucos, gera aos demais direitos adquiridos, que por ventura impactam diretamente na relação sócio econômica do desenvolvimento. Assim, a ação de aplicação dos incentivos fiscais concedidos a determinadas sociedade empresariais de direito privado, podem ser consideradas como classe minoritária na relação social, porém, são as que detêm a maior responsabilidade da maximização do bem-estar social, pois são estas que estipulam, através do crescimento econômico proporcionado pelo exercício de sua

atividade mercantil, os melhoramentos aos demais atores diretos e indiretos da relação, deste a alavanca econômica, dá geração de inúmeros empregos, bem como o desenvolvimento sócio econômico da cidade onde se encontram. Por sua vez, com tal visão otimista de usufruto das políticas públicas, Pierso *aput* Bacha e Shwartzman, destaca:

Na visão otimista, as evidentes desigualdades de condição de vida e benefícios sociais não deveriam ser corrigidas com o redirecionamento dos gastos públicos ou com transferência de renda dos mais ricos para os mais pobres, mas sim pela expansão dos gastos e a extensão dos direitos e benefícios já conquistados por uns poucos, considerados direitos adquiridos para os demais. Dessa forma, além de preservar as vantagens já conquistadas por alguns, todos os demais seriam beneficiados, evitando conflitos distributivos e mantendo a tradição brasileira de baixos enfrentamentos sociais.

Nesta prerrogativa, a materialidade instrumental das políticas públicas por parte dos incentivos fiscais é, a objetividade de sua implantação, uma vez que, sua concessão tem como objetivo promover o desenvolvimento de determinadas atividades ou setores da economia, o qual, vem a favorecer um determinado grupo, em busca do aquecimento sócio econômico que o mesmo irá proporcionar no território de suas instalações. Portanto, os incentivos fiscais configuram-se como instrumentos de base a pujança econômica.

Destarte, é passível o entendimento de que os incentivos fiscais são, em suma, uma ferramenta com a função de desenvolver determinadas atividades, as quais são consideradas um diferencial local no crescimento econômico social. Noutra ponta, há afirmação se enquadra, na condição de instrumento indutor que direciona um perfil de comportamento, que busca objetivos constitucionalmente aceitos, para prevalecer a sintonia a promoção do bem - estar comum. Deste modo, ratifica a ideia, de que os incentivos fiscais são constitucionalmente reconhecidos como um importantíssimo mecanismo de intervenção do Estado na ordem econômico, com o requisito fundamental de favorecimento das sociedades empresariais, gerará socialmente a oportunidade de mitigar a desigualdade.

Perante a assertiva ora trazida, cabe advertir que a representatividade dos incentivos fiscais, nada mais é, do que a desoneração tributária, ou melhor, quando o Estado deixa de arrecadar, abrindo mão de parte da receita tributária que seria promovida pelo exercício das atividades das organizações empresariais privilegiadas. O alcance dessa definição e seguindo a temática de instrumentalização deste instituto como políticas públicas dentro dos ditames da Análise Econômica do Direito, os critérios legais têm importância ímpar, que sustenta ainda mais as disposições desse estudo, exemplificando o contexto da demanda discutida, temos dentro de nossa realidade estatal, um trecho do texto do Decreto nº 2.492/06, Redação dada ao Anexo Único pelo Decreto nº 1.732/17, efeitos a partir de 22.03.17:

Anexo único

I - CRITÉRIO PARA DEFINIÇÃO DO BENEFÍCIO

(...)

3 - Cada projeto apresentado à Comissão da Política de Incentivos deverá oferecer subsídios para análise, de forma a atender os critérios de agregação de valor à produção, verticalização, geração de emprego, internalização de compras, inovação, sustentabilidade, Programa Parâmetro 2030 e localização em municípios de médio, baixo e muito baixo Índice de Desenvolvimento Humano do Município (IDHM).

Como se pode observar, a tentativa de concessão do incentivo fiscal ligada diretamente a perspectiva do desenvolvimento econômico local, já tendência este ensaio a métrica do raciocínio da efetividade intervencionista da função do Estado, no que se refere a promoção das políticas públicas, o qual se faz presente e legalmente segue com sua materialidade legal ao analisarmos literariamente os critérios para a definição do benefício.

Este trabalho, toma para si o viés das dificuldades de implementação das políticas públicas voltadas a questão dos recursos orçamentários, pois “quando se fala em políticas públicas sociais somam-se as dificuldades em concretizá-las em razão da diferença entre os direitos dedicados a essa área e os recursos disponíveis para tal longamente discutidos por políticos e

membros do poder executivo” (PIERSON 2013, p.160). Por vias de fato, a materialização dos incentivos fiscais como instrumento de políticas públicas, sobre a égide da Análise Econômica do Direito seria a alternativa real, de ir de encontro as ideias de eficiência ao bem comum social e até mesmo, apontar de certa forma, como a inércia do Estado pode ser devidamente suprida.

Seguindo na mesma linha de pesquisa, é importante para este estudo, tornar material demonstrando acerca de uma visão empírica da Análise Econômica do Direito (AED), tal perspectiva gera apressos, pois como já destacado em momento oportuno no primeiro tópico, ratifica-se que é esse estudo jurídico que se verifica o impacto econômico ocasionado pelas intervenções jurídicas, as quais remetem o instrumento incentivo fiscal, aos parâmetros das políticas públicas, do Direito Tributário e a economia. Na ocasião, o que se busca, é entender a realidade local, sobre a ótica do direito e suas instituições (Estado e sociedade como um todo), acerca dos resultados econômicos produzidos, como por exemplo, o impacto das resoluções do ICMS de concessão de tratamento tributário às operações específicas, realizadas pelas empresas beneficiadas, enquanto políticas públicas e se as consequências pretendidas no contexto do desenvolvimento econômico foram alcançadas.

É corolário a Análise Econômica do Direito (AED), ratificando a importância do estudo, bem como a analogia descrita, que se busca o sentido normativo econômico, para identificarmos o condicionamento de eficácia gerada pelo incentivo fiscal, como também levar em consideração esta mesma análise normativa do Direito Tributário incorporado as políticas públicas, fato que poderá aproximar os efeitos da justiça econômica e tributária, tanto que Forte e Bassoli (2010, p. 238) aduz que:

Quando se fala em Análise Econômica Normativa do Direito Tributário, o que se busca é incorporar aos fundamentos e às estruturas tributárias as questões chave econômicas – eficiência produtiva, eficácia alocativa, justiça distributiva e ordenamento institucional, segundo Rosseti (2003, p. 190) – com o objetivo final de se atingir a justiça tributária, pautada na legalidade, na segurança, na igualdade e na distributividade.



Nesse sentido, até mesmo os questionamentos ora descritos provocam aberturas em outras discussões em âmbito do nosso ordenamento jurídico, podendo seguir uma análise filosófica do direito, perpassando também pela ética e moral jurídica e empírica, dentre outros. Porém, o cerne é verificar se a relação da concessão do incentivo fiscal, está seguindo o objetivo inicial, bem como até de mesmo de forma superficial, demonstrar a concretização da justiça econômica.

Levando em consideração, as desigualdades de renda sempre existentes entres os entes federativos, a ausência de infra – estrutura em particular do desenvolvimento econômico dos Estados mais pobres que resulta na inércia das políticas públicas, bem como, a falta de material humano, nesta feita entendida como o nível baixo de escolaridade e utilização deficitária da saúde, traz a perspectiva da instrumentalização do incentivo fiscal como política pública, um ponto importante na ação do desenvolvimento local. Tal afirmação, ocorre na medida em que, a realidade observada ao tema, nos prospecta a visionar o crescimento econômico, destarte que inúmeras empresas no cenário econômico atual e estadual, já usufruem do incentivo fiscal e lógico atendem ao critério de usufruto expostos pelo Decreto nº 2.492/06, Redação dada ao Anexo Único pelo Decreto n 1.732/17, efeitos a partir de 22.03.17, que culmina no desenvolvimento econômico local.

Assim, o padrão de alcance da melhoria econômica e social, se faz presente, e procede no sentido de afirmar a legitimidade do incentivo fiscal como instrumento de políticas públicas, por seguir uma linha tênue conceitual de realização de seus objetivos determinados. Tanto é, que Yamashida (2014, p. 54) destaca que os incentivos fiscais “(...) são, em regra, concedidos na tentativa de incentivar a economia local ou determinados setores. E ratificado estes efeitos de alegação do presente na estrutura teórica deste trabalho, elucidando que o incentivos fiscal acompanha diversas roupagens, como exemplo, a isenção, remissão e anistia, diferimento, imunidade, renúncia fiscal, alíquota zero, Subvenção e Crédito presumido, dentro os quais, este último nos convêm, por ser a determinação preceituada nas Resoluções do

ICMS ao caso, Yamashida (2014, p. 73) corrobora que “o Estado concede esse benefício com vistas a estimular a economia e garantir o desenvolvimento econômico sustentável.”.

De certa forma, observando o detalhamento das inúmeras modalidades de incentivos fiscais faz-se necessário explanar conceitualmente os respectivos destacados acima e por fim, ao caso concreto da realidade que melhor convém ao resultado do bem-social e do objetivo deste estudo, o passo é descrever teoricamente e materializar a modalidade que se aproxima a atender a finalidade possível das políticas públicas.

Partamos nessa tomada de ordem, a expor acerca da isenção, que conceitualmente é a não incidência da norma tributária, o qual o tributo não chega a nascer, sua criação se dá através de lei ordinária, tendo sua previsão legal exposta pelo artigo 176 a 179 do Código Tributário Nacional. Partindo desse requisito primordial de sua concessão dependente de lei e explanando acerca de sua revogação, o qual ocorrido este ato a norma de incidência do tributo volta a ter a natureza de incidência do tributo, porém é de extrema importância evidenciar que esta modalidade sujeita-se a alguns princípios constitucionais tributários, os quais se destaca, o princípio da anterioridade no caso de revogação desse incentivo, os princípios da legalidade e da capacidade contributiva. Resta salientar, que concessão ocorre em casos específicos, sendo concedido por lei ordinária, por lei complementar, por tratado internacional devidamente ratificado e promulgado e por decreto legislativo estadual ou do Distrito Federal, nesse último ponto cabe advertir, ao que se refere ao ICMS deve ser concedido pelos estados mediante convênio, disposição da CF art. 155, § 2º, XII, “g”.

Seguindo, temos a Remissão e anistia, estas são espécies típicas, as quais não tem função reguladora de tributo, sendo conferidas a certas atividades econômicas, com o objetivo de extinguir o crédito tributário. No caso da Remissão, é o ato benéfico recebido pelo contribuinte, o qual se perdoa a dívida não paga por ele, sendo concedida através de lei, efetivada por despacho de autoridade administrativa, com base nas hipóteses previstas pelo art. 172 do Código Tributário Nacional que dispõe:

Art. 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:

I - à situação econômica do sujeito passivo;

II - ao erro ou ignorância escusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato;

III - à diminuta importância do crédito tributário;

IV - a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso;

V - a condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante.

Parágrafo único. O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no art. 155.

A Anistia, também é concedida por lei por ato de autoridade administrativa responsável por despachar o ato de concessão desse incentivo, observando ao caso se o beneficiário possui direito de receber este, observando o dispositivo legal, assim como o princípio da legalidade nos termos do art. 150, parágrafo 6º da carta magna. Sua prescrição está exposta, no artigo 175, inciso II, no artigo 180 a 182. Para melhor descrever a essência conceitual desse incentivo, tem-se o artigo 180 que menciona a funcionalidade da anistia, no artigo 181 as hipóteses de concessão e o artigo 182 corrobora o modo como a anistia é concedida em caráter geral:

Art. 180. A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede não se aplicando:

I - aos atos qualificados em lei como crimes ou contravenções e aos que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação pelo sujeito passivo ou por terceiro em benefício daquele;

II - salvo disposição em contrário, às infrações resultantes de conluio entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas.

Art. 181. A anistia pode ser concedida:

I - em caráter geral;

II - limitadamente:

a) às infrações da legislação relativa a determinado produto;

b) às infrações punidas com penalidades pecuniárias até determinado montante, conjugadas ou não com penalidades de outra natureza;

c) a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares;

d) sob condição do pagamento de tributo no prazo fixado pela lei que a conceder ou cuja fixação seja atribuída pela mesma lei à autoridade administrativa. Art. 182. A anistia, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei para sua concessão.

Parágrafo único. O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no art. 155.

Noutro ponto, tem-se o Diferimento, sendo este uma técnica que posterga o pagamento do tributo, transferindo a data de recolhimento para um momento futuro, assim também como o responsável para o pagamento, ou seja, o valor da operação é tem um responsável futura que irá desonerar o anterior.

Na Imunidade, em sentido simples esta modalidade seria uma limitação de constitucional do poder de tributar, tendo seu texto devidamente descrito na constituição, com caráter permanente podendo ser extinta apenas por Lei. Para melhor exemplificar, temos a Imunidade dos templos de qualquer culto, previsto no artigo 150, inciso VI, alínea b, no mesmo sentido, se encontra o artigo 9º, inciso IV, alínea b do Código Tributário Nacional.

Fazendo referência à renúncia fiscal, se destaca a Lei da Responsabilidade Fiscal, que por sua vez, prevê hipóteses de renúncia fiscal tributárias permitidas, tendo descrito os seus requisitos, desta feita, para melhor entendimento a renúncia fiscal está direcionada a questão da competência tributária, havendo a criação de um tributo, porém é meio pelo qual o Estado não a vem a cobrar um tributo específico em detrimento do bem comum. Com conceito análogo, temos a Alíquota Zero, não ocorrendo o recolhimento de nenhum tributo, atribuindo alíquota zero, por determinação de uma política tributária, o qual há inexistência da obrigação tributária, levando em consideração que não se existe a obrigação de pagar.

No mais, temos a subvenção, que se destina especificamente a um fim, significando na sua essência como ajuda, auxílio, indo de encontro a

intenção política da pessoa jurídica de direito público. Deste modo, a sua definição e espécies estão dispostas na Lei 4.506/64, em seu artigo 3º que descreve sobre as subvenções sociais e corrente e o Decreto Lei nº 1.598/77 que versa em favor das subvenções de custeio.

Por último, temos o Crédito presumido, antes sua conceituação, importa salientar que sua definição não está abarcada pelo Crédito Tributário Nacional e nem no texto constitucional. Sua cessão ocorre por parte do Estado, com o objetivo de proporcionar a pujança econômica e de certa forma garantir o desenvolvimento econômico sustentável. Assim sendo, seguindo as prerrogativas das disposições enfatizadas pela Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner, através do levantamento teórico até o momento exposto, se observa potencialmente este instituto como o que mais se aproxima da realidade fática de propor a maximização dos resultados sociais esperados e assim, atingir o bem – comum.

Por sua vez, elucidando a ação desenvolvimentista econômica social e ratificando os efeitos da assertiva anterior, no que convêm a expectativa do resultado positivo proferido por essa última modalidade, se sustenta esta ideia por análises de documentos em favor das Resoluções nº 010, de 19 de junho de 2017 e nº 12, de 19 de junho de 2017, instituído pelo Estado do Pará através da Secretaria de Estado de Desenvolvimento econômico, mineração e energia (SEDEME), as quais concedem o Crédito Presumido sob a ótica do desenvolvimento sustentável local, tendo como marco a agregação de valor para a verticalização da cadeia produtiva e o índice de Progresso Social local. Nota-se um campo desenvolvimentista a explorar e assim utilizar as prerrogativas da teoria econômica ora trazida, para cumprir os anseios sociais e mitigar a desigualdade econômica.

Logo, é de clareza solar, que o Estado enquanto proporcionador desse ato, segue as prerrogativas de intervenção econômica expostas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 174, §º 1, e pauta sua atitude de concessão do incentivo fiscal, no caráter efetivo de desenvolver a política econômica voltada às empresas, uma vez que, essas pessoas de direito privado, exercem uma atividade interventora da

realidade socioeconômica e de certo, estão a cumprir o papel potencializador local, exercendo a função social a que lhe é atribuída.

Deste modo, essa relação, do Estado com as organizações empresariais de direito privado que usufruem de tal tratamento tributário, deve ser pautada no pragmatismo de racionalidade da segurança jurídica da concessão e permanência do incentivo, todavia, a contrapartida da atitude do contribuinte, deve ser pautada por posturas probas, pois essa conduta o poderá levá-lo a garantir a tutela jurídica do incentivo fiscal, ou melhor, obterá segurança no exercer suas atividades. A vista desta afirmação Yamashita (2014, p. 101), destaca que:

O princípio da boa-fé protege o contribuinte que conduz seus negócios com transparência e diligência normal de um bom administrador ou de um homem probo. A sua aplicação depende da comparação de condutas objetivas, adotadas no caso concreto e praticada segundo expectativa em casos semelhantes. Uma vez descumprido este princípio, não pode mais sê-lo cumprido.

A boa fé nesse ambiente, nada mais é, do que a ferramenta de segurança dessa relação jurídica que ditará a regras de como devem ser realizadas as condutas. Deste modo, Huberto Ávila (2002, p. 5-6), expõe o seguinte:

Os atos jurídicos podem gerar expectativas para o contribuinte quanto a sua validade e quanto à realização concreta daquilo que prevêem. Essa expectativa pode ser criada de duas formas.

Em primeiro lugar, a expectativa pode ser produzida em razão de ato jurídico de cunho geral, impessoal e abstrato. Isso ocorre quando o Poder Público edita atos normativos como as leis e os regulamentos, que possuem presunção de validade, e, por isso, criam expectativas para o contribuinte quanto ao seu cumprimento. Essa expectativa é protegida pelo ordenamento jurídico por meio de várias normas constitucionais que protegem a continuidade da ordem jurídica, como os princípios da segurança jurídica, da irretroatividade, da proteção do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Quando um ato normativo, com validade presumida, cria, na esfera jurídica do particular, uma razoável expectativa quanto ao seu cumprimento, há incidência do princípio da proteção da confiança.

Em segundo lugar, a expectativa pode ser formada em razão de ato jurídico de cunho individual, pessoal e concreto. Isso ocorre quando o Poder Público tem contatos individuais com os particulares, especialmente por meio de atos administrativos, que instituem uma relação concreta de confiança na administração, por meio de seu representante, quanto ao seu cumprimento. Essa expectativa é protegida pelo ordenamento jurídico por meio de várias normas constitucionais que protegem a continuidade da ordem jurídica, como os princípios da segurança jurídica e da moralidade administrativa. Quando um ato administrativo cria uma expectativa para o particular quanto ao seu cumprimento, há incidência do princípio da boa-fé objetiva.

Entretanto, é suma importante aduzir, que os parâmetros para a confiança dessa legitimidade com base no princípio da boa-fé objetiva, perpassa por maior responsabilidade, por parte das empresas, uma vez que, suas responsabilidades para com o desenvolvimento social econômico e justiça social é o instrumento ensejador, que solidifica a permanência do incentivo e é através da aplicabilidade fática, que as suas ações de gestão irão moldar a ação da eficiência econômica.

Através de tais disposições, o aprofundamento do tema, corroboração a ação protecionista dos direitos fundamentais, com base a refletir e compreender que a efetivação desse plano tributário está proporcionalmente ligada, para com o plano do desenvolvimento econômico, estritamente influenciado pelo direito e a economia, assim como sua multidisciplinariedade de assuntos, as quais, compreende a necessidade do Estado na proporção da análise acerca do custo – benefício e da eficiência do bem comum, de intervir e atender o objetivo central de reduzir as desigualdades. Tal ação intervencionista, se faz presente através das concessões dos incentivos fiscais, como instrumento aplicador de políticas públicas no cenário jurídico econômico, que por sua vez, encontra guarida na Constituição de Federal de 1988 e legislações específicas, como por exemplo em feito empírico, configura-se através das Resoluções do ICMS do Estado do Pará.

Nesta ação, entende-se que a relação da economia para com o direito é de importância singular na atualidade e é, esta afirmação que se ratifica,

os efeitos dos métodos avaliativos da AED, que os incentivo fiscal como instrumento das políticas públicas são configurados como ferramentas equalizadoras para aproximar a realidade proposta de alcançar a eficiência jurídica do bem coletivo. Assim, compete advertir, a importância desse estudo e entender, que tal instituto do direito não pode permanecer estranho aos acontecimentos econômicos, mas sim, auferir cada vez mais, uma gama significativa de interesse com vista a sanar as diversas deficiências estatais. Desta forma, sustentando a ideia ora trazida, Yamashita *apud* Rosa (2014, p. 17), corroborando em atenção a:

(...) este discurso coloca o Direito na condição de instrumento de realização das políticas econômicas, sobressaindo à questão da segurança jurídica, da liberdade, do respeito à propriedade privada e aos contratos, limitando-se o discurso jurídico do Estado de bem Estar Social, o que entende ser antidemocrático

E, por vias de melhor entendimento dessa relação do Direito e Economia, assim como, enfatizar a intervenção do Estado e os fundamentos legais das atribuições garantidas pelo Estado Democrático de Direito, com força na Constituição Federal de 1988, é que se faz necessário o estudo da Análise Econômica do Direito focada na concretização das políticas tributárias, para até mesmo sustentar possíveis pesquisas abordando esses institutos e seus resultados em favor da justiça distributiva e avaliar as diretrizes da maximização da riqueza social.

## 5 Considerações finais

A proposta apresentada buscou desenvolver a ideologia e os fundamentos ligados ao movimento da Análise Econômica do Direito recomendada por Richard Allen Posner, elucidando esta teoria e seus parâmetros de aplicação racional, com destaque a interdisciplinaridade de abordagem econômica do direito com a observância da necessidade de aplicar tais prerrogativas à realidade dos fatos de maior influência social, pela primazia do bem-estar.



Dando maior valorização a teoria, a preocupação desse ensaio, partiu da observação empírica sobre as ações sociais, as quais, através da dogmática jurídica tradicional, não atendia o resultado racional esperado, bem como, observou também que os episódios complexos do ramo social e político seguiam a mesma premissa, assim refletindo diametralmente ao se falar em políticas públicas e sua eficiência jurídica. Assim, o foco da Análise Econômica do Direito, de forma simples inicialmente elucidada por Richard A. Posner e parafraseando de forma geral, os autores trazidos na pesquisa, é preencher as lacunas das dificuldades sociais, através de uma perspectiva na área jurídica de apresentar ao direito as interpretações racionais a cada caso, a partir da proporção da visão economicista, os quais, apontariam resultados demonstrados insuficientes para o direito de forma isolada, mesmo com diversos apoios doutrinários.

Tal atitude, proporcionou ao direito ampliar a sua visão sistêmica jurídica, na conotação aplicável a diversos casos fáticos, saindo do cenário interpretativo e partindo exatamente da interação entre as regras e princípios do direito, desenvolvidos sob a égide da ciência econômica. Assim sendo, em favor dessas noções Richard A. Posner formulou a teoria da decisão judicial, mais conhecida como pragmatismo jurídico, destacando o papel do juiz acerca de suas decisões, que objetivam satisfazer individualmente o direito discutido, de tal modo igualmente, vislumbrar os resultados racionais mais benéficos, observando claramente as consequências que estas podem vir a ter em outros casos.

Mesmo através das pesquisas realizadas, sabendo que esta teoria é utilizada nos países com o sistema jurídico regulado no *common law*, o recomendado nesse trabalho, ilustrando de forma análoga a postura do juízes e observando o Estado brasileiro com o perfil intervencionista na questão econômica, seguindo as disposições da Carta Magna, se pautou em observar este, como agente regulador e normativo das atividades econômicas e suas atribuições na seara fiscalizatória. Deste ponto, as ações resolutivas se materializam analisando as disposições das políticas públicas, em especial as políticas tributárias.

Logo, mesmo ao se destacar as questões tributárias e sua vasta gama de discursão, principalmente debatida acerca da gestão orçamentária e a operacionalidade do Estado, a pesquisa centrou nas questões políticas sociais e o papel dos agentes envolvidos, elucidando como exemplo prático os incentivos fiscais. Por conseguinte, é de extrema necessidade a implantação de uma consciência fiscal, observando as diretrizes sociais para atingir o resultado satisfatório, em conjunto com a postura do exercício legal dos cidadãos como partícipes dessas mudanças, indagando conforme as leis como melhor utilizar as ações tributárias, assim oficializando os incentivos fiscais, como instrumento primordial na mitigação da desigualdade e desenvolvimento econômico local.

Porém, tal consciência deve ter seu debate enraizado, com o objetivo de resguardar as concessões dos incentivos fiscais ao resultado comum do custo – benefício, no preenchimento do vazio deixado pelo Estado ao se falar em políticas públicas, e assim, resguardar o resultado eficiente do bem comum coletivo. Esse, até mesmo, seria um instrumento democrático para um papel estabilizador da estrutura social, em decorrência do desenvolvimento econômico.

Contudo, é plausível deixar claro e fazer referência a necessidade do bom emprego dos princípios econômicos aos processos jurídicos e legislativos que, por sua vez, estes destacados na Análise Econômica do Direito, são instrumentos capacitados, com a função de delinear os empecilhos e a forma mais clara a realidade social e local de cada região e de certa forma, proporcionar aos agentes econômicos, deliberarem racionalmente as suas preferências em cada decisão, minimizando os resultados indesejáveis e de certo, ampliando as ações para obter o benefício social coletivo.

## 6 Referências

ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <http://doczz.com.br/doc/431544/benef%C3%ADcios-fiscais-inv%C3%AAlidos-e-a-leg%C3%ADtima-expectativa>. Acesso em 18 de jul. 2018.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

CARDOSO, Germano Bezerra. Análise Econômica do Direito, Políticas Públicas e Consequências. In: **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília . v. 17 n. 112, Jun/Set. 2015.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y economia**. México: Fondo de Cultura, 1999.

DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Método, 2007.

FORTES, Fellipe Cianca; BASSOLI, Marlene Kempfer. **Análise econômica do direito tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal**. Scientia Iuris, Londrina, v. 14, nov. 2010

LEITE, Geraldo Neves. DIAS, Jean Dias. A Decisão Judicial nos Casos Difíceis: Uma Análise a Partir do Debate entre Dworkin e Posner. In: **Teoria do Direito e Realismo Jurídico**. e-ISSN: 2525-9601; Curitiba. v. 2, n. 2, p. 149 -169, Jul/Dez. 2016.

PARÁ. **Decreto nº. 2.492 de 06 de outubro de 2006**. Aprova o Regulamento da Lei nº 6.915, de 3 de outubro de 2006, que dispõe sobre o tratamento tributário aplicável aos empreendimentos da agroindústria. Disponível em <http://sedeme.com.br/portal/download/legislacao-estadual/decreto-2492-6-outubro-2006-agroindustria.pdf>. Acesso em 15 de jul. 2018

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 010, de 19 de junho de 2017**. Concede tratamento tributário às operações que especifica, realizadas pela empresa PETRUZ FRUITY INDÚSTRIA, COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA LTDA. Disponível em: [http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/resolucao\\_icms/rs2017\\_00010.pdf](http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/resolucao_icms/rs2017_00010.pdf). Acesso em 22 de ago. 2018

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 012, de 19 de junho de 2017**. Concede tratamento tributário às operações que especifica, realizadas pela empresa AMAZON POLPAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE POLPAS DA AMAZÔNIA LTDA .[http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/resolucao\\_icms/rs2017\\_00012.pdf](http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/resolucao_icms/rs2017_00012.pdf). Acesso em 22 de ago. 2018

PEREIRA, Leonardo Fadul. Análise Econômica do Direito e Pragmatismo Jurídico: algumas noções sobre a teoria do Richard A. Posner. In: DIAS, Jean Carlos (Coord.q'). **O pensamento jurídico contemporâneo**. São Paulo: Editora Método, 2015.

PIERSON, Lia Cristina Campos. Políticas públicas, opinião pública e agenda setting. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Rev. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. Richard A. **Problemas da filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

YAMASHITA, Isabel Cristina Rezende. **Reflexões Sobre a Concessão De Incentivos Fiscais: Legalidades e Illegalidades**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Direito da Universidade de Marília, São Paulo.

## **A objetificação de indivíduos para o lucro: todos serão consumidores com a intervenção penal**

*Verena Holanda de Mendonça Alves*<sup>1</sup>

### **Introdução**

Existe uma série de direcionamentos internacionais que apontam a necessidade dos países que almejam o desenvolvimento de criar planejamentos baseados em metas, objetivos e anseios desejados por determinada soberania.

Após a década de 80, o Brasil abandonou tacitamente (apesar da Constituição Federal de 1988 trazer expressamente a necessidade de realização no país) a criação e o cumprimento de um planejamento pautado nos objetivos buscados pelo texto constitucional. No lugar de tal propositura foram criadas uma série de políticas de curto prazo, normalmente extremamente populistas e desconectadas com a responsabilidade de prover a manutenção da maioria dos direitos e garantias trazidas na norma de 1988 (para as maiorias economicamente menos favorecidas).

A partir deste mesmo marco temporal, outra realidade nacional foi o crescimento exponencial da quantidade de presos no país. Em escala semelhante, aumentou também a quantidade de cárceres nacionais e a constante necessidade de reproduzi-los.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde foi bolsista por colocação, frente aprovação em primeiro lugar na seleção de 02/2016. Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Pará - CESUPA. Professora da Faculdade Metropolitana da Amazônia - FAMAZ e do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Membro do grupo de pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos.

Apesar de gerar uma série de consequências nevrálgicas, o cárcere é mantido em quase todas as estruturas de governança, por todo o mundo. Intenta-se, nestas linhas, questionar o que faria com que tal estrutura fosse algo interessante de ser mantido no país e em estruturas capitalistas de forma geral.

Justifica-se a escolha do título pelo fato de que mesmo o Brasil não cumprindo a exigência constitucional de formalizar um planejamento de longo prazo, determinando metas e objetivos, este não direciona suas escolhas estatais de forma totalmente aleatória e desprendida, mas se baseia em políticas de curtíssimo prazo voltadas a interesses privados de uma minoria que sabe exatamente o que pretende lucrar com tal realidade. Não se pode dizer que esta escolha não traz certa ponderação sobre as atuações que intentam ser realizadas, mas se pautam em interesses escusos às maiorias economicamente desfavorecidas.

Entre as inúmeras searas que tal realidade tange em suas consequências, este artigo visa analisar de que forma, nesse panorama de ausência de planejamento e as consequências já conhecidas que isso produz, o cárcere nacional é economicamente útil para a transformação da mão de obra excedente em demanda/justificativa para a geração de novos investimentos e novos postos de trabalho (não para todos), mediante a coisificação de uma parcela certa que tem suas garantias constitucionais substituídas pelas características inerentes a objetos, no processo de direcionamento ao cerceamento de liberdade mediante a prisão.

## **2 A ausência de planejamento e o mercado: a transformação do indivíduo em objeto e sua descaracterização como sujeito**

Com a Constituição Federal do Brasil de 1988, se buscou garantir a todos uma existência digna, destacando aspectos sociais e dando relevo aos cidadãos, além de atribuir ao Estado relevante atuação no campo econômico. A norma também trouxe uma série de princípios e objetivos dispostos por todo seu texto que, em conjunto, formam a Constituição

Econômica do Brasil, fundada nas concepções de um Estado Democrático de Direito.

Insurge-se uma patente necessidade de estruturação econômica, onde se demanda um Estado forte que não interferisse diretamente ou em demasia no domínio econômico, mas que concedesse as vias adequadas para a manutenção de tal estrutura. Dessa forma, seria possibilitada a existência de uma ordem social que apresentasse uma gama de atuação imperativa com fim a manutenção de acordos econômicos e a proliferação de interesses capitalistas.

Pensamentos liberais como a ideia de que o exercício da atividade econômica pelo indivíduo livre permitiria que a economia autorregulasse os mercados para o bem da sociedade, se mostraram verdadeiras falácias. Vislumbrou-se a concentração de renda nas mãos de empresas e capitais, assegurando um poder econômico enorme na mão da esfera privada, acentuando as desigualdades sociais entre as parcelas sociais.

Observou-se, então, a necessidade dos grandes centros de manter certa homogeneidade não apenas nos meios de produção, mas também na estruturação de pensamentos e ocupações sociais dos indivíduos. Nesse sentido, para aqueles considerados como economicamente interessantes, é precípua que se mantenham nesta posição. Àqueles que fossem considerados como indivíduos que não contribuem economicamente para o Estado, quedaria uma necessária exclusão.

Dessa forma, a crescente intervenção estatal e as formas de governança aplicadas (ou a ausência delas), trazem a necessidade de se debater os rumos da estruturação econômica nacional e as políticas que são aplicadas na busca pelo desenvolvimento do país.

Conforme leciona Bercovici, a proposição que fundamentou a política brasileira de desenvolvimento foi a teoria de subdesenvolvimento da CEPAL (*Comisión Económica para América Latina*), principalmente entre 1949 e 1964 (2005, p. 47).

Direcionado pela concepção do sistema centro-periférico o Estado deveria ser o responsável pela promoção do desenvolvimento, sendo

coordenado por meios de planejamento, que priorizariam o mercado interno e a internalização dos centros de decisão econômica. Baseado nesta visão, o Estado evoluiria de mero prestador de serviços para agente responsável pela transformação das estruturas econômicas, devendo promover a industrialização (BERCOVICI, 2005, p. 48).

Ainda, o autor assevera que, baseado na ideologia trazida pela CEPAL, deveria haver a ponderação sobre a realidade da nação em debate, não a mera cópia de modelos externos que não reproduziriam as peculiaridades e necessidades reais do país (2005, p. 48).

Para a CEPAL, a superação do subdesenvolvimento iria requerer uma política deliberada e de longo prazo, com decidida intervenção planificadora por parte do Estado. Buscava-se certo equilíbrio entre o Estado e o mercado, visando a complementariedade e coexistência destes, não sua aparente oposição (2005, p. 49-50).

Nesse sentido, leciona Bercovici (2005, p. 51):

O sistema econômico propugnado pela CEPAL era o de uma economia capitalista de mercado com a presença de um estado intervencionista forte. Afinal, o mercado não pode ser o condutor do desenvolvimento. É incorreto, contudo, atribuir-lhe a responsabilidade pelas falhas do sistema econômico, pois ele é a expressão destas falhas. Deste modo, não podemos imputar a regulação da economia ao mercado, que também carece de horizonte social.

A atuação do Estado na direção de relembrar suas promessas sociais em conjunto com os ditames econômicos mercadológicos, seria a soma necessária para a superação do subdesenvolvimento e o rumar ao nível de desenvolvimento almejado.

O autor defende, ainda, que o desenvolvimento seria condição necessária à estruturação de uma lógica de bem estar social no Estado em questão (BERCOVICI, 2005, p. 51).

Nesse sentido, o planejamento seria o principal promotor do desenvolvimento, uma vez que, por meio dele, o Estado deveria determinar objetivos e meios destes serem alcançados. A ponderação sobre suas circunstâncias peculiares, prioridades nacionais e as normas legais existentes



(considerando as garantias e deveres nela dispostos) também seriam etapas desse processo.

Para tanto, Bercovici leciona que o Estado deveria desempenhar certa autonomia frente os grupos sociais, ampliando suas funções e readequando seus órgãos e estruturas. Tal busca pelo bem estar social e a superação do subdesenvolvimento justificaria uma atuação política determinada, as escolhas dos objetivos nacionais e prioridades sociais indicadas pelo próprio Estado (2005, p. 51).

Nesse sentido, Chang alerta que os países em desenvolvimento sofreriam grandes pressões internacionais para adotar uma série de “boas maneiras” e “boas instituições” destinadas a promover o desenvolvimento econômico do país. Medidas estas padronizadas por estes organismos (sem ponderar as peculiaridades sociais e políticas dos países que as receberiam) e, quase nunca, aplicada pelos mesmos em seu processo de desenvolvimento (2002, p. 124).

Entre estas políticas, o autor cita as que fariam parte dessa conta, quais sejam: a liberalização do comércio internacional e dos investimentos, a privatização, a necessidade de deter instituições boas baseadas na determinação da democracia e um Judiciário independente e forte para proteger o direito a propriedade privada, bem como uma governança empresarial orientada para o mercado (2002, p. 124-125).

Frente às explicações narradas, conseguimos perceber quais seriam os elementos importantes para a estruturação de um Estado considerado como desenvolvido frente os organismos internacionais: proteger a propriedade, a livre troca e acumulação de capitais. Nesta conta, os indivíduos ocupantes do território nacional acabariam representando massa não detentora de individualidade, se tornando classe a ser explorada para a estruturação do comércio e da manutenção do mercado.

Importante ressaltar que o próprio autor atesta que os mesmos organismos internacionais que demandam tal atitude nacional, não teriam seguido a risca as boas políticas que propõem. Afirma que tais exigências

(na maioria dos países considerados como desenvolvidos) seriam apenas consequências e não causas do seu desenvolvimento (2002, p. 215).

Na busca por alcançar padrões de consumo e ideologias externas, o Brasil fundaria suas políticas de bem estar em uma verdadeira contradição, pois buscaria a exploração de uma massa social economicamente desfavorecida na tentativa de gerar e manter o bem estar de uma parcela quantitativamente menor e mais abastada financeiramente. Tal estruturação e busca anacrônica por um bem estar social se fundariam, principalmente, na desigualdade que subsiste uma lógica periférica.

Nesse sentido, Bercovici leciona (2005, p. 57):

O Estado brasileiro constituído após a Revolução de 1930 é, portanto, um Estado estruturalmente heterogêneo e contraditório. É um Estado Social sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar: moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em grande parte das questões sociais. Apesar de ser considerado um Estado forte e intervencionista é, paradoxalmente, impotente perante fortes interesses privados e corporativos dos setores mais privilegiados.

Dessa forma, enquadrado em padrões de bem estar impostos por uma realidade internacional distante da existente nesta soberania, se buscou a sua implantação para pequena parcela determinada, sobretudo, por interesses privados determinados.

Após a década de 80, a ideia de planejamento e de uma política nacional de desenvolvimento foram abandonados pelo Brasil. A atuação estatal passou a ser desprovida de uma diretriz global para o desenvolvimento nacional, mas passou a gerar uma série de políticas de curtíssimo prazo baseado em vários “planos” de estabilização econômica (BERCOVICI, 2005, p. 60).

No Brasil, antes da Constituição de 1988, existiram três planos, quais sejam: Plano de metas (1956-1961), Plano Trienal (1962-1963) e o II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975-1979). Apesar do insucesso destes, a norma constitucional de 1988 previu a obrigação de planejar em seu artigo 174, caput, que assim dispõe:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento sendo este determinante ao setor público e indicativo para o setor privado.

O texto da norma tentava trazer um planejamento democrático e transparente sobre os gastos públicos e seu direcionamento. Contudo, se percebeu que a política adotada no país não foi/é direcionada para uma lógica de desenvolvimento participativo ou igualitário, pelo contrário, se verifica um direcionamento para uma sistemática de modernização.

Nesse sentido, Bercovici cita três obstáculos estruturais para a existência de um planejamento na realidade nacional, quais sejam: a estrutura administrativa brasileira, a redução do planejamento ao orçamento e a reforma administrativa neoliberal (2005, p. 77).

Com um Estado sem uma estrutura administrativa forte e estruturada (relativizando até a autoridade governamental), tendo como objetivos leis orçamentárias que versam sobre gastos a curto prazo, em conjunto com uma sistemática de uma economia de mercado determinando as decisões políticas e jurídicas, vislumbramos que institutos da iniciativa privada são transplantados para a Administração Pública, em total descompasso com seus próprios ditames constitucionais e asseverando ainda mais as desigualdades e a intervenção dispare entre as parcelas sociais. O cidadão passa a ser legitimado na função de consumidor.

Nesta lógica, se agrava a concentração de renda direcionada a uma minoria privilegiada. Não se percebe a tentativa de superar as estruturas socioeconômicas e institucionais para satisfação dos brasileiros em geral, mas a descaracterização dos indivíduos economicamente desfavorecidos de sujeitos para objetos. Os direitos normativamente assegurados deixam de ser obrigatórios e o processo de flexibilização destes se torna integrante constante das agências estatais. Agendas estão direcionadas a políticas populistas e de curto prazo.

Nessa lógica desigual e capitalista, os ocupantes da sociedade devem ser economicamente viáveis para a manutenção da mesma, mediante a

geração de tributos ou a possibilidade de intervenção significativa no mercado. Se tais indivíduos não se sujeitarem ao consenso econômico de atuação imposto e tido como necessário, queda a necessidade de exclusão destes.

Contudo, a mera exclusão não se mostra economicamente útil, pois representaria a perda da mão de obra excedente (incluída ou não no exército industrial de reserva de Marx). Bem como, não poderia ser considerada como legítima, pois a morte pela justificativa econômica não apenas conceberia a caracterização da barbárie, como possibilitaria que uma massa quantitativamente maior se revoltasse e desestabilizasse (ainda que minimamente) o mercado, gerando possíveis perdas econômicas.

Faz-se necessária a utilização de uma justificativa legítima para transformar estes não consumidores em consumidores ou em demanda para geração de novos postos de trabalho.

Os muros da exclusão necessitam contribuir para a manutenção de uma lógica de bem estar das minorias, além de favorecer a transformações de parcelas economicamente inúteis em indiretamente consumidores.

A busca pelo bem estar de uma minoria em detrimento do cerceamento de liberdade legitimado de uma grande maioria economicamente desfavorecida se asseverou, principalmente, após a década de 80.

Dando utilidade para essa mão de obra excedente, esta parcela fraca economicamente se transformará, então, demanda para novos investimentos estatais na construção de cárceres e estruturas que permeiam o envio do indivíduo a estes estabelecimentos.

Para a manutenção de tal lógica, é necessário que os indivíduos remetidos às estruturas estatais montadas sobre a justificativa de prevenção e punição sejam remetidos aos montes. A condição de sujeitos de direitos necessita ser retirada sobre a justificativa de ter supostamente cometido um ilícito. Bem como, que tal lógica se concretize e seja pugnada por uma parcela social que legitime tal exclusão.

Importante salientar que a perda da individualização da pessoa não ocorre para todas as parcelas sociais, pelo contrário, os dados do Ministério da Justiça deixam bem claro quem é a população objetificada. Segundo dados oficiais, as pessoas que compõem o cárcere nacional detêm as seguintes características: homens, presos por crimes contra o patrimônio (46%) ou lei de drogas (28%), negros ou pardos (61,67), entre 18 e 29 anos (55,07%), com ensino fundamental incompleto (75,08%)<sup>2</sup>.

Seguindo a lógica capitalista que homogeniza os indivíduos que passam a ser apenas força de trabalho equiparado a mercadoria no mercado. Nesse sentido, leciona Cirino (2008, p. 97-98):

A categoria sujeito jurídico, base da forma jurídica, não é compreensível independente da forma mercadoria, que explica não só o sujeito jurídico como proprietário de mercadorias, mas a forma jurídica como medida de troca e a relação jurídica como cadeia de sujeitos com pretensões materiais, ou relação social objetiva. A forma mercadoria, valor de uso com "valor de troca" medido pelo tempo (a quantidade de trabalho social necessário para sua produção) realiza, no mercado social, a comunicação entre sujeitos proprietários iguais (mesma medida de troca) e livres (podem dispor de sua propriedade): a troca equivalente é o critério de "medida" provido pela norma jurídica, enquanto a forma sujeito jurídico é a categoria intermediária entre a forma mercadoria e a forma jurídica. Todavia, a base histórica explicativa da forma jurídica só aparece quando o sujeito jurídico se funde com a forma mercadoria - a categoria elementar da sociedade capitalista -, constituindo a força de trabalho da relação capital/ trabalho assalariado: consumida por seu valor de troca (salário) nos processos capitalistas de produção de mais-valia, a força de trabalho determina o valor de todas as mercadorias e funciona como medida social geral de valor.

Pelo exposto, se percebeu que por não existir um planejamento nacional, o país é direcionado por uma série de políticas de curto prazo populistas e desiguais. Tais decisões governamentais, ao invés de serem

---

<sup>2</sup>Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf)>. Acesso em: 15/05/2017, às 19:50.

fundamentadas em diretrizes constitucionais, acabam sendo criadas visando os interesses de uma parcela economicamente mais forte em detrimento de uma classe menos abastada. Entre as inúmeras searas que tal problemática tange, este artigo direciona para a superlotação dos cárceres nacionais mediante a descaracterização do indivíduo como sujeito de direito, mas que se torna demanda para a criação de novos cárceres e pela superestruturação das instituições relacionadas ao processo de envio deste indivíduo até tal meio.

Após tais percepções, em tópico seguinte, analisaremos em números e dados oficiais de que forma a superlotação dos cárceres nacionais pode ser considerada como economicamente vantajosa para a manutenção da lógica vigente e para o incentivo em políticas de curto prazo, tudo pautado em uma suposta legitimação denominada de clamor popular.

### **3 O cárcere como transformador**

Rusche e Kirchheimer lecionaram que todo sistema de produção descobre punições que correspondem às suas relações produtivas (1968, p. 5). O que se intenta analisar nessas linhas é o momento em que o cárcere foi além das justificativas punitivas e extravasou seu manto de atuação até se tornar economicamente viável ao Estado, como uma política econômica imediatista em um país sem planejamento. Tudo ocorreria como uma forma de dar uma destinação para uma parcela economicamente certa da sociedade, gerar demanda, criar novos postos de trabalho e manter uma lógica consensual capitalista de controle e coisificação de pessoas.

A hegemonia de uma lógica baseada no mercado depende, essencialmente, da definição capitalista que se dá ao conceito de crime e as condutas sociais que passam a ser consideradas como socialmente desviantes. Tais institutos não serão baseados nas necessidades sociais como um todo (ponderadas de forma igualitária), mas serão valorizadas aquelas que colocam em risco o acúmulo de capital (de propriedades) e a livre circulação de mercadorias.

Conforme citamos anteriormente, a mera exclusão do indivíduo, tomando como justificativa seu poderio econômico poderia gerar a reunião de classes e a desestabilização do mercado. Nesse sentido, se cria a norma penal como uma forma legítima de excluir a mão de obra excedente e aqueles que podem atentar contra a estabilidade econômica e a acumulação de capital. Tal norma é aplicada friamente pelos juristas que se satisfazem com a existência formal de uma lei incriminadora. Aqui intentamos questionar quem é prejudicado ou quem é beneficiado pela existência e aplicação desta incriminação.

Cirino leciona que um ditame de crime que ponderasse de forma igualitária as classes sociais teria como pressuposto a incorrência na violação de garantias não de pressupostos rígidos e objetivos. O autor narra quais direitos deveriam ser protegidos, são eles: segurança pessoal em relação à vida, à integridade, à saúde, à liberdade etc., e o direito à igualdade real, econômica, racial e sexual. Tal lógica evitaria situações de marginalização, exploração, miséria, fome e proliferação de doenças, bem como casos de controle da produção e circulação da riqueza em conjunto com qualquer garantia de impunidade. No caso de ocorrer a violação de qualquer um destes, teria se concretizado um crime caso não ocorressem tais violações, não necessitaria a intervenção penal. Nas palavras do autor (2008, p. 50-51):

A forma legal burguesa de crime exclui a criminalidade estrutural absoluta das classes dominantes - os chamados "crimes sistêmicos", em especial, a superexploração dos povos e das riquezas naturais das áreas subdesenvolvidas e dependentes -, enquanto define e pune a criminalidade individual, violenta e fraudulenta, das classes e camadas sociais subalternas.

A lógica penal nacional penaliza condutas que não foram realizadas com violência e que, possivelmente, sequer geraram qualquer prejuízo à vítima, enquanto deixa de punir condutas que produziram prejuízos às classes inteiras (como o imperialismo e a exploração).

Isso se dá desde o momento em que o legislador opta pelas condutas que serão criminalizadas legalmente daquelas que não serão e atribui a

cada uma um limite mínimo e máximo de pena (criminalização primária). Ao fazê-lo, este já elege sobre quem versará a criminalidade e qual parcela social ocupará os cárceres nacionais, sendo consideradas como desviantes que pugnam pela exclusão.

Nesse sentido, ao estudar o que faria com que determinada pessoa fosse considerada como desviante frente a norma estabelecida, Becker explica que (2008, p. 22-23):

Quero dizer isto sim, que grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio, e ao aplicar estas regras a pessoas particulares e rotula-las de *outsiders*. O desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.

Além de ocorrer tal seleção no momento legislativo, ao realizar a aplicação do texto normativo ao caso concreto (criminalização secundária), o magistrado, segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), acaba pesando mais a aplicação de penas mais gravosas e longas para aqueles crimes contra a propriedade, bem como em situações onde os réus façam parte do perfil narrado como padrão das penitenciárias nacionais. Nesse sentido (2005, p. 58):

A maioria dos indivíduos acusados por roubo obtém uma condenação no regime mais gravoso que o previsto em lei, ainda que primários e tendo obtido aplicação da reprimenda base no mínimo legal; e que, a fundamentar as decisões, encontram-se, em grande medida, motivações de caráter extrajurídico e de cunho ideológico, comuns às teses encontradas no senso comum sobre a criminalidade.

O rigor na aplicação da norma penal por parte dos magistrados fica evidenciado nos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) do Ministério da Justiça, de junho de 2014, aduz que 53% das pessoas cumprindo pena nas unidades prisionais brasileiras foram sentenciadas a penas de até 8 anos de reclusão, patamar que autoriza,



por lei, a concessão de regime semiaberto ou aberto de cumprimento de pena. Entretanto, apenas 18% desses sentenciados foram efetivamente condenados em regimes mais brandos<sup>3</sup>.

Tal lógica se dá como uma via de controle social e manutenção de uma realidade consensual imposta. Conforme leciona Cirino, a conduta ajustada aos parâmetros pré-determinados é considerada como "normal" ou "natural", enquanto que a conduta desviante das balizas formalizadas é tida como "anormal" ou "antinatural", desencadeando o sistema de recompensa/punição, como mecanismo de controle das tendências "egoístas e anárquicas" da "natureza humana". Tudo legitimado pelo consenso normativo (2008, p. 54).

Dessa forma, as estatísticas criminais servem como vias de legitimar e apresentar realidades já anteriormente definidas. Ocupam os dados criminais, aqueles que foram previamente escolhidos para ocupar tais posições.

Cirino defende que o mercado de trabalho seria determinante no sistema de justiça criminal e, portanto, a categoria principal para explicar o sistema penal (2008, p. 61-62).

As relações do mercado se dariam como as classes menos favorecidas economicamente que receberiam a generalização da prisão como método de controle, disciplina e coisificação, com o objetivo de formar um novo tipo humano: a demanda imediatista para a manutenção e ampliação do cárcere.

Na obra vigiar e punir, Foucault analisa o modelo panóptico e acrescenta a lógica trazida por Cirino mais um critério, qual seja: a política. Para este, o modelo disciplinar seria modalidade específica de controle social do capitalismo (1999, p. 27-31).

Até mesmo o critério de tempo (o quantum que irá corresponder a pena) guardaria conexão profunda com a lógica capitalista de mercado, pois representaria medida geral e extremamente abstrata do valor de mercadoria. Há a necessidade de se quantificar e determinar o valor exato do pagamento em retorno, baseado em quanto a conduta valia para a via governante.

Nesse sentido, Cirino explica que (2008, p. 80):

---

<sup>3</sup> Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acessado em: 19/05/2017, às 22:51.

A função explícita da prisão é o exercício do poder de punir, quantificando o valor de troca do tempo individual, a "forma salário" da privação de liberdade: o tempo, equivalente geral de troca do crime, é "mercadoria" de propriedade geral (bem jurídico comum) e, portanto, critério "ideal" de quantificação da pena. A prisão realiza, como aparelho jurídico, a "contabilidade econômico-moral" do condenado, deduzindo a dívida do crime na moeda do tempo, e como aparelho disciplinar, reproduz os mecanismos do corpo social para a transformação coativa do condenado.

Melossi, ao reviver obra de Jankovic, explica que existem variáveis independente em relação ao mercado e a prisão. Isso posto, desenvolve duas hipóteses: a) existiria certa relação inversa: se as condições do mercado deterioram, a prisão aumenta; se as condições do mercado melhoram, a prisão diminui; b) existiria relação de convergência: se a força de trabalho é insuficiente, a economia e a punição a preservam; se a força de trabalho é abundante, a economia e a punição a destroem (2003, p. 253-258).

Ao analisar tais resultados, Cirino conclui que a hipótese inversa supõe variação mútua entre desemprego e prisão. Nesta, o desemprego seria visto como uma variante autônoma, gerando o quantitativo de indivíduos enviados ao cárcere, logo a população ocupante da prisão, enquanto que esta seria considerada como variável dependente (índice de rigor punitivo). A expectativa seria de que em condições de crise econômica o desemprego sofreria acréscimo, aumentando a criminalidade e, por consequência, a frequência de aplicação da prisão. Dessa forma, a prisão poderia aumentar (com redução de crimes) ou diminuir (com aumento de crimes), dependendo, exclusivamente, da situação do mercado (2008, p. 70).

Em relação a segunda hipótese, o autor explana que esta supõe variação mútua inversa entre prisão (variável independente) e desemprego (variável dependente), para testar a utilidade da prisão no controle do mercado de trabalho. O objetivo seria estabelecer o efeito da política penal sobre a economia, independente da motivação pessoal dos juízes (2008, p. 71).

Há séculos o modelo de prisão é um fracasso e, por exato período, este é mantido pelas mais diversas formas de governança. Para além de uma justificativa de combate e punição da criminalidade, tal estrutura possui finalidades obscuras que, após a análise realizada, começam a se delinear.

A prisão, nos moldes de mercado, serviria como uma forma de dar uma utilidade a mão de obra excedente, fazendo com que essa parcela inicialmente não consumidora, se torne demanda para o investimento estatal na fábrica que se tornou o cárcere e nas suas estruturas interligadas.

Com tal atitude sobre a geração desta delinquência conveniente, além de dar uma finalidade aos indivíduos anteriormente não produtivos, exclui estes de forma legítima, mantendo a estabilidade do mercado e favorecendo uma classe mais abastada economicamente.

Para deixar mais claro, de que forma prender a mão de obra excedente é útil ao Estado, partimos para análise dos dados retirados das instituições oficiais como Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça.

Segundo o último levantamento nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, publicado pelo Ministério da Justiça, em junho de 2015. Até dezembro de 2014, o Brasil tinha 622.202 presos, dos quais 41% são provisórios (aqueles que tiveram sua liberdade cerceada mediante uma medida supostamente excepcional e cautelar, sem sequer uma sentença condenatória proferida em seu desfavor) para ocupar as 371.884 vagas existentes, gerando um déficit de 250.318 vagas<sup>4</sup>.

Importante destacar que, conforme asseverado pelo próprio Conselho Nacional de Justiça em Informativo n.º 08, de janeiro de 2016<sup>5</sup>, o fato de haver praticamente dois presos por vaga existente poderia levar a crer que houve certa negligência na construção de presídios e abertura de novas vagas. Contudo, adverte que tal locução não se mostra verdadeira, uma

---

<sup>4</sup> Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen\\_dez14.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf)>. Acessado em: 19/05/2017, às 22:07.

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cd810994f8.pdf>. Acessado em: 19/05/2017, às 22:11.

vez que o relatório do Departamento Penitenciário Nacional informa que, de 2000 a 2014, o número de vagas triplicou e, mesmo assim, o déficit do período mais do que dobrou.

Dentro dessa lógica encarceradora, indivíduos são trancafiados em cubículos lotados, sendo completamente anulado como sujeito de direitos em um Estado que se considera como democrático. O anacronismo não acaba aí, no momento em que estas pessoas ingressam nesta lógica, ficam submetidos a uma nova realidade e a uma série de sub-normas aplicadas baseadas em ditames internos e, quase sempre, extremamente violentos. Um exemplo disso é o fato de que o número de mortes nas unidades prisionais brasileiras assusta: apenas no primeiro semestre de 2014 foram registradas 565 mortes, sendo que aproximadamente metade delas foi classificada pelos agentes públicos como violentas intencionais, segundo dados do INFOPEN<sup>6</sup>.

A violência dos presídios nacionais é tão velada que, por exemplo, a instituição do Maranhão chegou a receber três medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Estas foram sumariamente ignoradas pelo país, que levou o caso para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que expediu medida provisória obrigando o Brasil a adotar imediatamente todas as ações necessárias “para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas”<sup>7</sup>.

Ainda, segundo relato do INFOPEN, a taxa de mortes que são consideradas como propositas no cárcere nacional é de 8,4 mortes para cada dez mil pessoas presas em um semestre, o que corresponderia a 167,5 mortes intencionais para cada cem mil pessoas privadas de liberdade em um ano. Esse valor é mais do que seis vezes maior do que a taxa de crimes letais intencionais verificada no Brasil em 2013. Isso significa que, no momento em que determinada pessoa tem sua liberdade cerceada à uma

---

<sup>6</sup> Importante destacar que São Paulo, mesmo sendo o detentor de um terço dos presos no Brasil, não enviou os dados de seu sistema carcerário, o que leva a crer que a quantidade de mortes narrada é significativamente mais elevada.

<sup>7</sup> Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas\\_se\\_01\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf)>. Acessado em: 19/05/2017, às 22:29.

penitenciária nacional, ela passa a ter seis vezes mais possibilidade de ter sua vida ceifada do que quando ela estava em liberdade.

Os dados informados até o momento poderiam questionar a defesa que fazemos neste artigo sobre o preso ser interessante economicamente ao Estado. Contudo, não podemos esquecer que vivenciamos uma estrutura constitucional que (em tese) obriga basicamente o Estado a fornecer escola, saúde e assistência social à todos.

Segundo dados do Senado Federal para acompanhamento da execução orçamentária de 2016, estes três gastos básicos geram um custo estatal de 289 bilhões de reais<sup>8</sup>.

Quando relembremos que os cárceres se encontram amontoados de uma parcela social muito bem determinada e economicamente desfavorecida, podemos inferir que este quantitativo populacional seria o contingente de clientes desses setores públicos (saúde, educação e assistência social).

Dessa forma, estas pessoas, representariam demanda de gastos estatais sem retorno em geração de empregos ou de produção de impostos sobre o consumo, uma vez que seus direitos básicos são financiados pelo próprio setor público.

Além de custar tal quantitativo certo (gastos com saúde, educação e assistência social), tal contingência também representa uma ameaça variável a estabilização do mercado e a proteção da propriedade privada. Uma vez que, uma sociedade direcionada pelo consumo em larga escala, considera como mais passíveis de delinquir, aqueles que não tem acesso a tais luxos.

Como o Estado, então, poderia reduzir a demanda de gastos em saúde, educação e assistência social, bem como estagnar o risco a propriedade e ao mercado que tal parcela representa e, ao mesmo tempo, lucrar com isso? A resposta que aqui damos é: mediante o cárcere.

Segundo dados de 2016, um preso custa cerca de dois mil e trezentos reais por mês aos cofres públicos (multiplicado pela quantidade de presos no país gera um custo de um bilhão, quatrocentos e trinta e um milhões e

---

<sup>8</sup> Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/orcamento/loa>>. Acessado em: 20/05/2017, às 00:36.

sessenta e quatro mil reais). Por este valor, as cifras flutuantes de possíveis riscos de ofensa a propriedade são anuladas, pois este indivíduo é retirado do meio social e impedido de ter acesso aos meios que gerariam qualquer possível prejuízo.

Faz-se uma lógica atuarial que evidencia a penetração de uma racionalidade gerencial no sistema de controle que se baseia em ideias como monetarização dos riscos e ponderações de custo-benefício. Nas palavras de Giorgi (2006, p. 97):

As novas estratégias penais se caracterizam cada vez mais como dispositivos de gestão do risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco. Não se trata de aprisionar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir ao nível de população inteira, uma carga de risco que não se pode (e, de resto, não se está interessado em) reduzir. A racionalidade que estamos descrevendo não é disciplinar, e sim atuarial.

Ao superlotar o cárcere, as demandas em saúde, educação e assistência social diminuem. Se o público que demanda tal estrutura reduz, os investimentos nessa seara seguem o mesmo fluxo.

A demanda gerada pela superlotação do cárcere gera a necessidade de criação de novas instituições desse porte e de estruturação das agências estatais conectadas ao devido processo legal. Tal gasto estatal é direcionado a produção e manutenção de (novos) postos de trabalho. Destaca-se que tais postos não se dão para todos, mas somente para aqueles que possuem condições estabelecidas nos editais dos certames licitatórios e concursais.

Por esta lógica, se neutraliza de forma seletiva aqueles que o sistema social não consegue (ou não quer) incluir. Tal lógica se dá em conjunto com uma estrutura penal que busca objetivos de eficiência massificados, aplicando a norma de forma rígida (baseado em uma racionalidade sistêmica e formal), baseado em padrões penais capitalistas e voltados a legitimar tal fim, implementando técnicas de controle sobre determinados

grupos sociais. A gestão administrativa da penalidade responde a uma lógica interna e completamente desconectada com a maioria dos preceitos e garantias individuais.

#### **4 Conclusão**

Por tudo que foi narrado no presente trabalho, se verificou que ao superlotar os presídios de pobres, o Estado destaca a mão de obra excedente, se utilizando dela para estabilizar os gastos estatais sobre esta parcela social (dois mil e trezentos reais mensais segundo o Conselho Nacional de Justiça), gradativamente reduzir a necessidade de investimentos em saúde, educação e assistência social e neutralizar os prejuízos flutuantes à propriedade que poderiam ser gerados por esses indivíduos. Controlam-se os gastos e se galgariza o financeiro.

A ausência de planejamento de longo prazo foi substituída por uma série de políticas de curto prazo que demonstram a ineficiência estatal, ao reproduzir políticas populistas com consequências nevrálgicas (do ponto de vista humanitário) já demonstradas inúmeras vezes ao longo da história. Percebe-se um Estado bloqueado pelos interesses privados e que se utiliza das parcelas mais pobres como objetos para manutenção de uma lógica desigual de mercado.

Para alterar esta realidade, deveria haver um fortalecimento e distanciamento do Estado perante os interesses privados, bem como seria necessária a existência e reestruturação de mecanismos de integração da população baseados em uma lógica igualitária.

A Constituição Federal de 1988 tentou estabelecer as bases de um projeto nacional de desenvolvimento. Faz-se necessária uma política de desenvolvimento econômico pautada também no social e no bem estar de todos. Conforme asseverado, o desenvolvimento do país só pode se efetivar se houver a modificação das estruturas econômicas e sociais, não há como acontecer uma sem a outra.

Por fim, é necessária uma atitude no sentido de parar de flexibilizar as leis e de adotar políticas de curto prazo. Necessita-se realizar um planejamento de longo prazo, que siga um norte constitucional valorizador dos direitos e garantias individuais, em busca de um desenvolvimento igualitário de longo prazo.

## 5 Referências

- BECKER, Howard. **Outsiders**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Pensamento econômico Brasileiro - O ciclo ideológico do desenvolvimento**. 4 ed. Rio de Janeiro: Ed. Contraponto, 2016.
- CHANG, Há-Joon. **Chutando a Escada**. São Paulo: Ed. UNESP, 2002.
- CIRINO, Juarez. **A Criminologia Radical**. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.
- GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006.
- MELOSSI, Dario. "Punishment and Social Structure" **Thirty-Five Years Later. Social Justice**, Vol. 30, No. 1 (91), Race, Security & Social Movements: 2003.
- RODRÍGUEZ, Octavio. **O estruturalismo Latino-Americano**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2009.
- RUSCHE, G. e KIRCHHEIMER, O. **Punishment and social structure**. New York: Russel and Russel, 1968.
- Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo. A Lei, o Direito e a Ideologia**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Instituto de Defesa do Direito de Defesa. São Paulo: 2005.



## **Quinta Parte:**

### **Reflexões contemporâneas sobre as relações privadas**



## O reconhecimento pelo afeto e os danos existenciais nas relações familiares

*Bruno Brasil de Carvalho*<sup>1</sup>

*Pastora do Socorro Leal*<sup>2</sup>

### Introdução

O presente artigo tem com o objeto analisar o seguinte paradoxo, em que medida a reponsabilidade civil pelos danos existenciais sofridos por uma pessoa em suas relações familiares são passíveis de resgatar valor a uma vida nua, despida de afeto, estruturada em relações predominantemente hostis, precarizada pela negativa de acesso a proteção subjetiva (cuidado) e ao básico material.

A ideia de afetividade será construída com base no livro de Ricardo Lucas Calderón, *Princípio da afetividade no direito de família*, em que o mesmo demonstra que por meio do afeto que se pode caracterizar as relações familiares, uma vez que a afetividade se caracteriza como a razão que define a própria existência da família.

O conceito de vida precária, por sua vez, será o utilizado por Judith Butler, em sua obra *Quadros de guerra: Quando a Vida é Passível de luto?*,

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela UFPA. Mestre e bacharel em Direito pelo PPGD-UFPA (2005). Advogado e professor de Direito Civil na graduação e pós-graduação do CESUPA.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Mestre (1998) e bacharela em Direito pela UFPA (1985). Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região(PA) e professora de graduação (Direito Civil) e de pós-graduação (Teoria do Direito) da UFPA e UNAMA.

em diálogo com as ideias de Giorgio Agamben expostas no livro *Homo Sarcer: O poder soberano e a vida nua I*.

O desenvolvimento do trabalho se dará, inicialmente, com a definição de danos existenciais, para estabelecer a necessária distinção com as ofensas aos direitos da personalidade, conhecidos como danos morais ou subjetivos.

Em seguida, com o posicionamento da ideia de danos existenciais no contexto das relações familiares, utilizando como medida o reconhecimento dos componentes do núcleo familiar por relações de *afeto*, caracterizadas pelas noções de proteção e cuidado, ou de *hostilidade*, baseadas na de violência – física e psíquica – e abandono.

E, por fim, a resposta ao questionável paradoxo apresentado, se há como o instituto da responsabilidade civil repor a dignidade de uma vida nua, se a lógica da sociedade de direito privado, baseada na compensação monetária pelas perdas e danos, oriunda do direito obrigacional é suficiente para tanto, ou se tal parametrização de compensação, com base em regras de valia/utilidade de mercado, enquanto local de verificação por excelência, apenas é inerente a própria estrutura do sistema capitalista.

## **2 O dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro**

A possibilidade de reparação do dano existencial por meio da responsabilização civil do ofensor é uma realidade – ainda que incipiente – já aceita na jurisprudência, como pela literatura jurídica.

É necessário, assim, estabelecer a diferenciação entre os reflexos que o dano moral e o dano existencial possam ter de prejudiciais, ou mesmo, decisivos, no projeto de vida – politicamente qualificada – da vítima, e se a reparação pecuniária que o instituto – clássico – da responsabilidade civil pode dar garante uma resposta adequada a questão, do ponto de vista da justiça, enquanto valor.

Num primeiro momento é preciso esclarecer que ao se fazer a distinção entre os danos subjetivos ou morais, dos danos existenciais, não se

está apequenando, ou subestimando o potencial lesivo dos primeiros quanto aos direitos da personalidade do indivíduo, mas sim tentando demonstrar que os danos existenciais devem ser entendidos como danos morais qualificados, na perspectiva de importarem em lesões mais profundas e duradouras às vítimas.

Minha primeira reflexão sobre a existência de danos existenciais foi a partir da leitura do livro póstumo de Albert Camus, *O primeiro homem*, em que o autor inicia a narrativa com a impactante declaração de que a Primeira Guerra Mundial lhe retirou a possibilidade de conviver com o primeiro homem da sua vida, seu próprio pai, o que representou para ele, como para a maior parte das pessoas que tenham tido prematuramente ceifada essa experiência, um dano extremamente agudo e que marcou de forma indelével a sua existência, ante a imposta ausência paterna.

A referência acima dá a necessária dimensão de que o dano existencial não importa tão somente na mácula à autoestima, à honra ou à imagem do indivíduo, ante a ofensa a seus direitos subjetivos. Na verdade, importa em danos ainda mais graves, que precisam de um tratamento diferenciado por parte da doutrina e da jurisprudência, porque que não se confundem e não podem ser tratados como os danos morais, porque representam máculas mais centrais numa vida humana.

O dano moral, como comumente é tratado afronta a intimidade do indivíduo, tendo consequências para o mesmo na ideia que faz de si, autoestima, e na forma como é percebido pela comunidade, isto é, sua imagem, “tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que tem sua fonte no princípio constitucional de respeito à dignidade humana”<sup>3</sup>.

Isto porque os direitos da personalidade, ainda que não de forma exaustiva, estão protegidos pela dogmática civilista, segundo TEPEDINO (2007, p. 46-47),

---

<sup>3</sup> TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 479.

O legislador assim dividiu os 11 artigos sobre a matéria: os artigos 11 e 12, tratam da natureza e da tutela destes direitos; todos os demais artigos referem-se a específicos direitos da personalidade: o direito à integridade psicofísica (arts. 13 a 15), o direito ao nome e ao pseudônimo (arts. 16 a 19), o direito à imagem (art. 20) e o direito à privacidade (art. 21).

A relevância da inclusão dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002 é inquestionável, e importa na tutela da subjetividade do indivíduo, que ante a repersonalização e constitucionalização do direito civil passou a ser reposicionado ao centro do sistema de proteção do direito privado.

Os direitos da personalidade estão inseridos no ordenamento infraconstitucional brasileiro como reflexos das garantias fundamentais do indivíduo em nível constitucional e, portanto, dos direitos humanos na perspectiva universal.

Como trata SARMENTO (2004, p. 116), com a despatrimonialização do direito privado, passou-se a reconhecer que os bens e direitos patrimoniais não constituem fins em si mesmos, mas sim meios para a realização das potencialidades da vida de um indivíduo. “A Constituição não garante a propriedade em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais da pessoa humana”<sup>4</sup>

Configurada a importância da subjetividade e de sua tutela, por meio da proteção dos direitos da personalidade, enquanto direitos humanos na esfera privada, é preciso seguir na delimitação terminológica e prática do alcance do dano existencial.

O dano existencial, assim, caracteriza-se por ultrapassar as ofensas dirigidas aos direitos da personalidade do indivíduo, porque importa na negativa de sua própria existência no plano de uma vida politicamente qualificada, não por um fato isolado, ainda que grave, mas que possa ser, mesmo que minimamente, compensado do ponto de vista pecuniário.

---

<sup>4</sup> JÚNIOR, Alberto do Amaral e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, p. 384.

Trata-se de um dano decorrente de um fato capital em sua vida, portanto, de um dano perpétuo, contínuo que delimita a existência do indivíduo.

Daí o porquê de se questionar se a noção clássica de não prejudicar outrem, que se descumprida importa em obrigação infligida, que gera o dever correspondente de indenizar, é suficiente para que a dogmática civilista dê à questão uma resposta adequada.

Na verdade, para uma resposta adequada é necessário se socorrer da análise semântica da responsabilidade civil de Ricouer (2008, p. 34-38).

Para o autor, não desapareceu a obrigação do indivíduo, responsável por seus atos, de arcar com a reparação ou sofrer a punição decorrente dos mesmos, mas é necessário pensar além da “estabilidade da definição jurídica desde o início do século XIX”, fundada no conceito clássico para a ciência jurídica da responsabilidade, que tem seu lugar na filosofia moral como conceito fundador.

O questionamento do autor reside na ideia de verbo *responder*, sobre quem e sobre o quê se deve responder, como também a do verbo *imputar*, que na teoria política importaria em fazer alguém prestar contas em um sentido moral.

A questão é se o pagamento de indenização em dinheiro, com a intenção de compensar monetariamente a vítima importa em uma prestação de contas moral, e mais, se ainda que se pudesse considerar que sim, se importaria no reestabelecimento da qualificação política da vida do indivíduo?

A busca de uma resposta adequada, assim, teria que perpassar pela imposição de que o ofensor respondesse pelos danos existenciais, pela precarização da vida da vítima, imputando naquele uma assunção moral de seus atos, muito maior, sobre todos os aspectos inclusive, simbólico, do que o pagamento pecuniário e a conseqüente quitação da dívida, porque está não se encerra nunca.

A prestação de contas moral apenas importa numa tentativa de uma nova realidade para o ofendido, sempre marcada pelo dano a sua existência, não sendo possível sequer se pensar em resiliência, porque não há adaptação possível, há apenas que se seguir.

Isso porque parece-nos que não se pode qualificar uma vida nua, precarizada desde o seu início, por meio do recebimento de indenização oriunda de uma condenação judicial, pois, dessa forma, o sentido de uma vida qualificada seria extremamente simplificado e desvalorizado, pois passível de ser resgatado mediante a imposição de um dever de pagar que, obviamente, não tem o condão de resgatar a valorização que toda vida deveria ter, mas que lhe foi negada por marcadores sociais advindos do seu nascimento, ligados a sua classe, raça e gênero.

### **3 Os danos existenciais nas relações familiares: afeto x hostilidade**

Como deve responder e o que deve ser imputado ao indivíduo pelos danos existenciais causados a outrem? Como o de ceifar a vida de seu pai, ou mesmo quando o próprio pai abandona o filho a própria sorte, negando-lhe a proteção e o cuidado necessários ao longo de sua existência, até sua vida adulta, realidade de grande parte das famílias brasileiras em que os pais sequer registram seus filhos, ou se o fazem, logo em seguida o abandonam material e afetivamente, porque no Brasil essa é uma realidade social determinante<sup>5</sup>.

A par das consequências mais visíveis como a não concretização de melhores oportunidades materiais de educação, alimentação ou de moradia, há a ausência sentida na alma pela falta do afeto, que seria materializado no cuidado diário, na proteção, no se importar, no exemplo, na companhia, jamais concretizados ante a ausência do primeiro homem na vida do filho.

Para definição do conceito de danos existenciais na perspectiva da ofensa ao princípio da afetividade, faz-se necessário, inicialmente, delimitá-lo, de acordo com a linha adotada como referencial teórico neste trabalho, para o estudo da afetividade na dogmática civilista de Ricardo

---

<sup>5</sup> Segundo o Censo Demográfico 2010 do IBGE, 87,4% das famílias monoparentais no Brasil são formadas apenas por mulheres e filhos. Disponível in [www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=-15,55,-17,-18,128&ind=4704](http://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=-15,55,-17,-18,128&ind=4704)



Lucas Calderón, para quem este princípio importa na razão e filtro de reconhecimento dos laços familiares.

O reconhecimento recíproco, o sentimento de pertencimento a um núcleo íntimo, o acolhimento, a proteção e o cuidado, materializam, ainda que minimamente, o princípio da afetividade e conferem ao agrupamento familiar um *status* existencial.

Para Calderón (2013, p. 347):

As questões da *responsabilidade* e da *afetividade*, em nível infraconstitucional, podem se constituir em paradigmas orientadores das famílias do presente e, especificamente na questão do abandono afetivo, podem se consubstanciar nas balizas para a construção das respostas que esses conflitos requisitam.

O autor defende que a jurisprudência brasileira, notadamente a partir do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, por meio do Acórdão proferido no Recurso Especial n.º 1.159.242/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, diferenciou juridicamente os conceitos de amor e de afeto, no tocante ao direito de família.

Ao amor restou à abstração, difícil de precisar e de cobrar. Ao afeto a objetividade, materializada por meio do cuidado e da proteção, passíveis de exigibilidade judicial e, portanto, da consequente responsabilização ante a recusa em cumprir tal dever jurídico.

O afeto passa, assim, a ter uma perspectiva mais tangível que é o dever de cuidado, que gera, inclusive, ante o desatendimento das obrigações decorrentes do poder familiar<sup>6</sup>, a possibilidade de responsabilização objetiva dos pais.

No tocante a responsabilidade, para o direito de família está precisa ser tratada sobre outro viés, por meio de uma dimensão ética ainda pouco explorada, que somente faz sentido se pensada ante o prisma da alteridade, do comprometimento radical com o outro.

Para Calderón (2013, p. 354):

---

<sup>6</sup> Cujos exemplos encontram-se dispostos no artigo 1.634 do Código Civil.

[...] as relações familiares possuem peculiaridades próprias que não podem ser ignoradas quando da aplicação de institutos de outros campos do direito civil nas relações *jusfamiliares*. Não se deve aplicar indistintamente aos conflitos familiares (situações existenciais) regras inicialmente desenhadas para as relações contratuais em geral ou mesmo para os casos de responsabilidade extranegociais (situações patrimoniais). As vicissitudes das relações familiares exigem que a responsabilização civil nas suas tratativas sejam apreciadas com *modus in rebus*, com o temperamento que a vida em família acaba por exigir dos institutos que pretendam tutelá-las.

Calderón (2013, p. 350) trabalha a ideia de que a reparação civil nos casos das relações familiares, notadamente quanto há abando afetivo, “não se restringe à mera responsabilidade civil, voltada ao passado, com finalidade reparadora, mas envolve também a dimensão ética da responsabilidade, voltada a uma conduta futura desejável”, o que pode ser trabalhado na perspectiva da imposição de um *dever ser*, de um comportamento socialmente esperado de exercício efetivo do poder familiar, da proteção à existência digna do filho, havendo, assim, o cumprimento do papel pedagógico da decisão judicial para a questão familiar.

A cobrança a uma dimensão ética para a apuração da reparação civil nas relações familiares decorre do fato desta reparação civil ser fruto de conflitos existências, pois a família deve ser o local do acolhimento, do sentimento de pertencimento, da compreensão e da proteção, realidade, portanto, indissolavelmente ligada à afetividade e à solidariedade. No entanto, a realidade mostra que essa família é, muitas vezes, o lugar da violência, do apagamento da subjetividade, do sadismo, que em nada lembram o dever de cuidado exigido pela doutrina e pelos tribunais pátrios, inclusive, os superiores.

Para Perilingieri (2002, p. 243), a família é constitucionalmente garantida “não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa”, e esse desenvolvimento se faz sentido sob a ótica de uma existência plena de realizações pessoais, de busca da felicidade.

Faz-se importante, para a melhor explanação do problema, definir o conceito de *indivíduo*, enquanto sujeito de direito de relações familiares, com base na solidariedade, e não na hostilidade, de outra forma não poderíamos sustentar o abalo à existência do filho ante o não cumprimento pelo pai de seu dever fundamental de cuidado, dever fundamental este que corresponde a um direito fundamental de proteção, cujo titular é o filho.

A construção da ideia de *indivíduo* se faz com base no outro e, portanto, na forma interpessoal de alteridade, com a ideia de *reconhecimento*, e na institucional com a de *associação* (Ricouer, 2008, p. 25), portanto, se a exposição da individualidade tem com base a narrativa pessoal com o reconhecimento no outro, é necessário analisar se essa associação social se dá de acordo com a ideia de *solidariedade*, ou de hostilidade, comum em um ambiente familiar não acolhedor, que não assegure o sentimento individual de pertencimento a uma rede de proteção.

Cumprido, para delimitar metodologicamente, os conceitos de *associação* e *reconhecimento*, tratar da forma como o indivíduo se vê e se posiciona socialmente, se reconhecendo como pertencente aquele corpo social - família, associado a sua cultura e valores, e qual a forma de construção narrativa da verificação desses valores sociais.

Honneth (2009, p. 155) comunga desse pensamento, de que a vida em comunidade se produz sob o imperativo do reconhecimento recíproco do indivíduo com o outro, porque a relação do sujeito com ele mesmo só faz sentido quando esta autoconcepção se dá pela normatização realizada pelo outro, esse é o processo da vida social, da coerção normativa recíproca como expressão social das subjetividades.

Essa coerção recíproca pode importar em autoconcepções positivas ou negativas, de acordo com o padrão social adequado para a subjetividade individual, gerando no indivíduo um apreço pela sua situação, ou uma ideia negativa de si, baseada em preconceitos e estereótipos normalizados, que rebaixam a autoestima do ser, como no caso do sentimento de rejeição e culpa decorrentes do abandono afetivo.

Segundo Honneth (2009, p.217-218):

[...] a degradação valorativa de determinado padrões de autorrealização tem para os seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo a que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de autoestima pessoal, ou seja, uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características.

A questão, dessa forma, se funda na defesa da família enquanto lugar de proteção, de realização de relações éticas fundadas por laços de afeto e reconhecimento, para evitar danos existenciais decorrentes de coerções recíprocas negativas que maculem a existência de um indivíduo de forma a deixá-lo inseguro, ressentido e incapaz de estabelecer relações baseadas em trocas saudáveis, por faltar-lhes uma experiência positiva nesse sentido.

#### **4 A precariedade da vida, segundo Judith Butler**

Butler (2015, p. 13) considera que uma vida que não é passível de luto, que não é enlutável, ou seja, que não é valorizada a ponto de sua perda ser sentida, de deixar um legado para os que ficam, não poder ser considerada como qualificada, do ponto de vista político

uma vida específica não pode ser considerada lesada ou perdida, se não for considerada viva. Se certas vidas não são qualificadas como vidas, desde o começo, não são concebidas como vidas de acordo com certos enquadramentos epistemológicos, então essas vidas nunca serão vividas nem perdidas no sentido pleno dessas palavras.

A autora discorrer sobre como pode ser apreendida a vida dos outros como perdida ou maculada, por meio de enquadramentos, ou molduras, estruturadas de acordo com operações de poder.

A discussão passa a ser em que condições uma vida, ou um conjunto delas, pode ser apreendida como precárias ou precarizadas. E como as operações de poder, maximizam a precariedade para alguns, enquanto que para outra tal vulnerabilidade é minimizada.

Há uma questão ética a ser tratada quando se pensa no reconhecimento da vida dos outros, pois Butler (2015, p. 19) considera quem um indivíduo é moldado para o reconhecimento, para ser “um sujeito reconhecível”, pois a “condição de ser reconhecido precede o reconhecimento”.

O ponto é exatamente esse, o enquadramento de um indivíduo, ou de uma classe de indivíduos em seres passíveis de reconhecimento, a ponto de suas existências não serem consideradas nuas, o que a autora chama de marcos de reconhecimento, e questiona porque as normas existentes atribuem reconhecimento de forma diferente aos indivíduos.

A pergunta que Butler (2015, p. 20) faz é “o que poderia ser feito para mudar os próprios termos da condição de ser reconhecido a fim de produzir resultados mais radicalmente democráticos?”, uma vez que tanto a vida, quanto a morte, enquadradas na lógica capitalista são estruturadas para confundir, ou firmar em premissas falsas o senso das pessoas da compreensão da realidade.

O enquadramento, na perspectiva de um dispositivo de poder que precisa de estratégias de dominação que permitam sua continuidade hegemônica, também passa por um rompimento perpétuo, que o permita se amoldar para continuar amoldando a realidade e o reconhecimento das vidas, a ponto que às vidas precarizadas possam ser negadas qualquer valorização e que suas perdas não sejam sentidas.

Nesse sentido, para Butler (2015, 32), a precariedade de uma vida implica no fato de que a mesma, invariavelmente, depende do outro, de alguma forma, e que é necessário algum tipo de cuidado, “uma rede social de ajuda”, para que a precariedade intrínseca da vida humana seja vencida e se permita a própria vida.

No entanto, não qualquer vida, isso não seria o suficiente, Butler (2015, p. 38) entende que a “questão não é saber se determinado ser é vivo

ou não, se ele tem o estatuto de “pessoa”; trata-se de saber, na verdade, se as condições sociais de sobrevivência e prosperidade são ou não possíveis” no contexto de sua existência.

Não há como negar que as condições sociais e políticas são indispensáveis para a viabilidade de uma vida, e que o papel do Estado, por meio da materialização de políticas públicas que importem em

compromissos positivos no sentido de oferecer os suportes básicos que busquem minimizar a precariedade de maneira igualitária: alimentação, abrigo, trabalho, cuidados médicos, educação, direito de ir e vir e liberdade de expressão, proteção contra maus tratos e opressão.<sup>7</sup>

O problema é que esse compromisso ético é contrário a lógica do sistema capitalista, que precisa para garantir a maximização das redes de proteção da precarização da vida de poucos, minimizar, ou mesmo, agravar os riscos da vulnerabilização da existência dos demais.

Butler (2015, p. 46 e 47) sustenta que “a condição precária também caracteriza a condição politicamente induzida de maximização da precariedade para populações expostas à violência arbitrária do Estado”, ainda que - tragicamente - somente a esse possam recorrer.

O moto contínuo do sistema capitalista impõe para Butler (2015, p. 53) a lógica de que “quando essas vidas são perdidas, não são objeto de lamentação, uma vez que, na lógica distorcida que racionaliza sua morte, a perda dessas populações é considerada necessária para proteger a vida dos “vivos”.”

Para Foucault (2005, p. 286 e 287) isso se dá porque o biológico foi estatizado, ou seja, o Estado, inicialmente por meio da vontade do soberano passa a ter direito sobre a vida do súdito, a fazer morrer e deixar viver, isso porque o súdito é neutro do ponto de vista de sua vida e de sua morte.

Mas como o poder se exerce do lado da morte, e o Estado trata de

---

<sup>7</sup> Butler (2015, p. 41)

completar esse velho direito de soberania – fazer morrer ou deixar viver – com outro novo direito, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, passá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de “fazer” viver e de “deixar” morrer.

Daí porque a nenhuma indenização financeira é capaz de compensar a perda da existência de pessoas cujas vidas necessitam ser perdidas, até porque jamais foram protegidas, pois não valem o luto, já que não serão sentidas ante sua origem, geralmente nas periferias, vidas estas, negras, pobres, invisibilizadas.

A discussão, por exemplo, sobre as indenizações pecuniárias arbitradas aos pais que foram indiferentes ao longo da existência dos filhos, negando aos mesmos o reconhecimento familiar afetivo; as arbitradas sobre os maridos que humilharam física e moralmente as esposas, é baseada numa tentativa de dar valor ao que nunca teve valor, de romancear uma família, infância e adolescência estruturada para poucos, para os eleitos que devem viver.

A vida matável em regra é a vida pobre e negra, das mulheres, crianças e adolescente, pois a lógica da biopolítica é racista, é a institucionalização da tanatopolítica.

Para Foucault (2005, p. 305) a “morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria a minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia e mais pura”.

Aqui a morte ganha um contexto menos literal, mas decorrente da falta de qualificação da vida.

Para Mbembe (2018, p. 20), a necropolítica é baseada na ideia do outro como atentado a minha vida, como marginal, inimigo, terrorista, vagabundo, bastante afeita a governamentalidade neoliberal; no que a sua eliminação biofísica reforçaria o meu potencial de vida e segurança. A definição da política então, de um ponto de vista antropológico, seria de uma relação bélica por excelência, pois a racionalidade da vida passa pela morte

do outro, sendo a soberania a vontade e a capacidade de matar a fim de viver.

O que se busca é o controle da narrativa sobre a verdade e a morte, por meio de uma verificação de utilidade, do mercado

Nesses termos, a responsabilização civil dos homens, em casos pontuais, faria justiça, no sentido comum do termo, ou simplesmente, reforçaria a própria lógica do sistema? A precarização aguda e desigual de tais existências seria sanada por meio dos recebimentos de eventuais indenizações?

Parece-nos que não, primeiro porque por meio do deferimento de indenizações pecuniárias só há como se compensar, e minimamente, a mácula existencial imposta; segundo, porque tal solução somente reforça a própria razão de ser do sistema capitalista, ao equiparar o valor da essência de uma vida – enquanto uma existência qualificada – como um valor parametrizado pelo mercado, com o pagamento da indenização como uma solução adequada.

Ademais o sistema capitalista se funda na exclusão de vidas que não interessam, notadamente num movimento de distribuição das forças de trabalho subalternas às periferias, geográficas e existenciais, que podem sofrer um processo intenso de desvalorização, como no caso dos negros, das mulheres, das crianças e de adolescentes pobres.

Segundo Abramowicz e Rodrigues (2014, p. 465) “a infância é uma construção social, uma invenção, produzida de muitas maneiras, especialmente pelas normatizações jurídicas”, ou seja, a narrativa da imagem da infância e adolescência protegidas de forma integral e absoluta se materializa para apenas uma pequena parcela da sociedade, é uma ideia romanceada.

## 5 Conclusão

Para a fixação do valor da indenização, o juiz deve avaliar as condições socioeconômicas da vítima e do agente causador do ato ilícito, como também a extensão dos danos na vida da vítima, tais parâmetros são de



entendimento pacífico na jurisprudência, e são fundamentados no princípio da razoabilidade e pelo artigo 944 do Código Civil<sup>8</sup>.

Nietzsche (1998, p. 19), por sua vez, ao tratar do *pathos da distância* entre quem tem valor e quem não o tem na sociedade, enfatiza que tais parâmetros foram estabelecidos por quem tinha e continua a ter, ao longo de todo esse tempo, por meio de consolidação de dispositivos de poder, tal hegemonia.

Foram os “bons” mesmo, isto é, os nobres, os poderosos, superiores em posição e pensamento, que sentiram e estabeleceram a si e a seus atos como bom, ou seja, de primeira ordem, em oposição a tudo que era baixo, e vulgar e plebeu. Desse *pathos da distância* é que eles tomaram para si o direito de criar valores, cunhar nomes para os valores: que lhes importava a utilidade!

O que se vê, dessa forma é que a precariedade intrínseca da vida humana é agravada se a mesma não é politicamente qualificada, e, portanto, pode ser considerada, nua, desprezível, ignorável, matável.

E que tal agravamento é fruto da própria sistemática do capitalismo e, assim, não há como ser neutralizado, ou ainda minorado, pela responsabilização civil dos danos existenciais suportados pelos viventes, que sempre tiveram suas próprias existências negadas.

Seria como buscar legitimar o próprio sistema, buscar sanar suas aparentes contradições utilizando suas próprias regras de dominação, no caso, as do ordenamento jurídico.

Isso, sem levar em consideração que há, ainda, outros processos de abandonos afetivos tão cruéis quanto à ausência na vida do filho, quando os pais, geralmente os homens, desprezam os filhos que assumem sua sexualidade desviante do padrão majoritário da sociedade. Também nesse momento agudo de ruptura há a desqualificação da vida do filho, ante a negativa do pai em apoiá-lo.

---

<sup>8</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Se as regras da responsabilidade se mostram insuficientes para resgatar uma vida desqualificada politicamente, uma vida que não vale o choro, a vela, o luto, não será, então, por meio das regras do direito obrigacional que a justiça poderá ser materializada.

O que é preciso é a vontade de romper com os paradigmas postos, com a tranquilidade decorrente da quitação da dívida, porque essa tranquilidade só pode satisfazer o ofensor, a vítima que teve sua existência interrompida, somente por meio de uma prestação de contas moral poder seguir, sem esquecer, talvez sem perdoar, aí a perspectiva é pessoal, mas capaz de seguir com a sua dor, ante, pelo menor, o reconhecimento de que a mesma é legítima, assim, ela pode entender que importa, que pela primeira vez, pelo menos vale o luto.

## 6 Referências

- ABRAMOWICZ, Anete; RODRIGUES, Tatiane Consentino. *Descolonizando as pesquisas com crianças e três obstáculos*. Educação & Sociedade. Campinas, v. 35, n. 127, p. 461-474, Jun. 2014. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010173302014000200007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010173302014000200007&lng=en&nrm=iso).
- BUTLER, Judith. *Quadros de Guerra: Quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Principio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- CAMUS, Albert. *O primeiro homem*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.
- FOCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- JÚNIOR, Alberto do Amaral e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica: Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. N-1 Edições, 2018.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral, 1887*. São Paulo: Companhia das Letras: 1988.

RICOER, Paul. *O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direito fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro:

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). – 3ª ed. – *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

## **Pornografia de vingança como violência de gênero: o RESP 1679465/SP e a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**

*Catiucia de Lurdes Silveira*<sup>1</sup>

*Lara Santos Zangerolame Taroco*<sup>2</sup>

### **Introdução**

As novas tecnologias trouxeram facilidades para o cotidiano da sociedade, mas também ocasionaram novas modalidades de crimes, dentre eles o tema proposto neste estudo, a “pornografia de vingança” ou “*revenge porn*”, uma situação que se desencadeia a partir da violência de gênero. A violência de gênero pode ser compreendida como consequência da história na nossa sociedade, marcada pela dominação e influência do patriarcado (SAFFIOTI, 2011, p.54). Isso passa a ser não só um problema de ordem pessoal e doméstica, mas do próprio Estado, na medida em que cabe à este assegurar à vida, à integridade física, psíquica e moral de todos (RAMOS, 2016, p.538), conforme estabelece a Constituição, o que também se estende às mulheres, vítimas dos atos violentos.

Há grande importância em se debater no meio acadêmico sobre a nova modalidade de crime, que ocorre nas redes sociais, causada na maioria dos casos por ex-companheiros contra suas ex-parceiras, como se

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior Dom Alberto - RS.

<sup>2</sup> Professora da Faculdade de Direito do Centro de Ensino Superior Dom Alberto - RS. Secretária executiva da Rede Brasileira de Direito e Literatura - RDL. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Integrante do Grupo de Pesquisa Teoria Crítica do Constitucionalismo - CNPq.

verá a partir dos dados apresentados por este estudo. Esse debate pode contribuir para que se reduza a hostilidade frente às mulheres, pois dessa forma capacita a formação de técnicos-jurídicos conscientes da desigualdade vivenciada entre homens e mulheres (DESTEFANI; FRANCISCHETTO; TAROCO, 2017, p.62).

O presente artigo parte da análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para investigar como este Tribunal decide os casos de pornografia de vingança, diante da incidência recorrente e como isso se identifica como violência de gênero. Para isso, utilizou-se o Resp. 1679465 / SP, como comparativo de análise de decisões e também para abordar questões relacionadas a violência de gênero e pornografia de vingança. O método adotado por este estudo foi o método dedutivo, sendo apresentadas nos capítulos um e dois as premissas que nortearam a análise do último capítulo deste estudo, o que se fez em uma perspectiva qualitativa e quantitativa, para que após a busca no Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, pudesse ser analisado de forma individual os casos pertinentes ao tema proposto.

Assim, no primeiro capítulo são abordados os direitos da mulher perante a Constituição de 1988, a violência de gênero e seus desdobramentos. No capítulo dois, a Lei 12737/12 e o Resp. 1679465/SP são analisados, bem como a pornografia de vingança e os desafios que do Poder Judiciário em face dos novos espaços de violação. Por fim, no capítulo três fez-se a análise jurisprudencial dos dados coletados com as expressões “pornografia de vingança” e “fotos íntimas”, para se compreender como o TJRS vem se posicionado diante do tema, e se há coerência com o entendimento do STJ.

## **2 Direitos a igualdade e a vedação da discriminação contra a mulher a partir da constituição de 1988: violência de gênero, conceito e desdobramentos.**

A Carta Magna de 1988 enfatiza, no art. 5º, *caput*, a questão do direito à igualdade, visando assegurar uma vida digna a todos, garantido assim

que todos devem ser tratados de forma igualitária perante a lei, não devendo ocorrer discriminação de qualquer tipo. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2004, p.55), a Constituição de 1988 acabou produzindo uma profunda modificação no tratamento jurídico conferido a mulher, o que trouxe diversos reflexos para todo o ordenamento jurídico. O marco principal da efetivação dos direitos fundamentais das mulheres, elencando a igualdade entre homens e mulheres, está previsto também no art. 5º, mas no inciso I, como se vê: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Como ressalta André de Carvalho Ramos (2016, p.542), a Constituição de 1988 (CRFB) dispõe que a igualdade é também um direito fundamental. Sendo assim, na forma do inciso XLI, do art. 5º, da CRFB, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). A interpretação conjunta desses dispositivos é o que permite traçar a proteção conferida pelo texto constitucional aos direitos das mulheres, sobretudo, a igualdade, sendo então, vedada toda e qualquer forma de discriminação.

Destaca-se que nesta Carta Magna se elenca outros direitos das mulheres, dentre os quais o previsto no art. 226, § 5º, que trata do âmbito familiar, onde homens e mulheres exercem de forma igualitária as funções e cuidados pela sua família. Por sua vez, o art. 7º, XXX, proíbe a discriminação no mercado de trabalho também por questões de sexo (lê-se gênero). Nesse mesmo artigo, no parágrafo XX, é feita a previsão a respeito da proteção especial da mulher do mercado de trabalho.

Não se pode deixar de mencionar que o texto constitucional de 1988 inova ao englobar os direitos enunciados nos tratados internacionais. Isso porque, o artigo 5º, § 2º, da CRFB, estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados e dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Neste sentido, a abertura (MOREIRA, 2012, p.34) promovida pelo texto constitucional é um verdadeiro reforço ao processo de internacionalização dos direitos das mulheres (PIOVESAN, 2010). Essa temática é importante

quando se trata de direito à igualdade e vedação da discriminação, na medida em que o Brasil incorpora diversos documentos internacionais (MOREIRA, 2012, p.38), que ampliam a proteção das mulheres, ao impulsionarem a ação do Estado, principalmente a partir da formatação de políticas públicas.

Merece especial destaque a “Convenção sobre todas as formas de discriminação contra a mulher”, ratificada em 1984. Isso porque, além de serem importantes marcos para a proteção dos direitos das mulheres em âmbito internacional, também influenciam o direito pátrio. A Convenção sobre todas as formas de discriminação contra a mulher privilegiou em seu artigo 5º, a necessidade dos Estados tomarem “medidas voltadas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres” (TAROCCO, 2018, p.215).

Em uma breve interpretação dos textos das convenções citadas acima, podemos elucidar que as diferenças entre gêneros se dão através das habilidades e necessidades decorrem de diferenças biológicas, sendo assim precisam ser admitidas e ajustadas, porém sem suprir o direito das mulheres à igualdade de direitos e oportunidades. Assim, para a “Convenção sobre todas as formas de discriminação contra a mulher”, tem-se que discriminação contra as mulheres significa “qualquer distinção, exclusão ou restrição com base no sexo que tenha o objetivo ou propósito de prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher (...) dos direitos humanos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 2002).

Além de trazer conceitos basilares, inseridos no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 4377 de 2002, o referido tratado também destacou, no art. 10, a relevância da “formação de políticas públicas apropriadas para garantir a igualdade entre homens e mulheres também na esfera da educação e outras esferas” (TAROCCO, 2018, p.217), em consonância e complementação ao que estabelece a Constituição de 1988.

Conforme explicado, o cenário internacional adota uma série de subsídios para assegurar os direitos das mulheres, contribuindo assim para o combate e a prevenção da violência de gênero. Mas, o que é violência de gênero?

Em uma abordagem preliminar, o conceito mais amplo, abrange vítimas como mulheres, crianças e adolescentes de ambos os sexos, que sofrem da prática de violência física ou psicológica, baseada no sexo ou gênero. Segundo Saffioti (2011, p.66), a violência de gênero está ligada diretamente a função patriarcal:

No exercício da função patriarcal, os homens detêm o poder de determinar a conduta das categorias sociais nomeadas, recebendo autorização ou, pelo menos, tolerância da sociedade para punir o que se lhes apresenta como desvio. Ainda que não haja nenhuma tentativa, por parte das vítimas potenciais, de trilhar caminhos diversos do prescrito pelas normas sociais, a execução do projeto de dominação-exploração da categoria social homens exige que sua capacidade de mando seja auxiliada pela violência. Com efeito, a ideologia de gênero é insuficiente para garantir a obediência das vítimas potenciais aos ditames do patriarca, tendo esta necessidade de fazer uso da violência.

Como se pode depreender a partir do texto Saffioti (2011, p.56), a distinção entre homens e mulheres está na origem do que depois poderá ser compreendido com violência de gênero. Nesta mesma origem há também domínio, então exercido pela figura do homem sobre a mulher. Este ponto merece destaque, na medida em que é a partir desta relação, que se estabelece de modo desigual, que um dos polos, no caso a mulher, também sofrerá desigualmente. Trata-se relação e constatação amplamente trabalhada por Saffioti (2001, p.36) ao longo de seus estudos, porém que não se coaduna com o que estabelece o texto constitucional e nos tratados internacionais.

Assim sendo, o que desde já se nota é o verdadeiro choque entre a cultura estruturada a partir de bases patriarcais e a proposta igualitária da Constituição de 1988. A partir das contribuições de Saffioti (2001, p.16), o que se vê neste formato de relação é a efetiva dominação, o que em muito



impulsiva a desigualdade, mas também a violência, inclusive a própria pornografia de vingança, tema central deste estudo, como será analisado mais adiante. Não se pode deixar de mencionar os inúmeros casos de violência contra a mulher. A violência de gênero vem sendo retratada pelo jornalismo nacional e internacional, bem como é destacável o esforço de entidades e organizações civis que trabalham no combate a esse tipo de violência. Mas, além de toda esta movimentação, diariamente são os casos de mulheres agredidas e humilhadas por seus companheiros (BANDEIRA, 2014, p.455).

A decorrência disso, é que do ponto de vista cultural, a “violência de gênero é fruto de hábitos e costumes que estão presentes na consciência coletiva” (OLIVEIRA, 2010, p.21), o que por si só evidencia os desafios para combater esse tipo de violação, fundada na “permanência de uma estrutura de poder patriarcal que ainda predomina no tempo hodierno” (OLIVEIRA, 2010, p.32). Como dito, trata-se de uma lógica que fere o próprio princípio constitucional da igualdade, na medida em que, do ponto de vista social, o que se vê é a ideia de hierarquia entre gêneros, afirmada tanto nas relações privadas familiares, quanto nas relações públicas, ou ainda a partir da própria religião (OLIVEIRA, 2010, p.33). Portanto, a cultura patriarcal reforça e mantém esse vínculo de dominação, que resiste, inclusive, às pretensões igualitárias fixadas pelo texto constitucional.

Frente a essa complexidade, cabe compreender as formas de manifestação dessa violência. Segundo Saffioti (2011, p.17), a violência pode ser compreendida como: violação da integridade da vítima, sendo esta física, sexual, moral e psíquica. Consta-se que a violência física e a moral são as mais perceptíveis no dia a dia. Assim podemos conceituar de forma simples e breve, segundo Saffioti (2011, p.17), que violência física causada pelo emprego da força física, agressor dominador deixa lesões e ferimentos, este tipo de violência pode causar a morte pela gravidade imputada (SAFFIOTI, 2011, p.17). Já a violência simbólica, “produz a sensação para a dominada que somente pode realizar algo com a permissão do dominante,

como se o fato de ser submissa fosse algo natural, não se tem escolhas próprias, apenas acata as ‘ordens’ (SAFFIOTI, 2011, p.18).

Por fim, a violência psíquica atua desequilibrando a vítima, na medida em que lhe causa “transtornos graves de relacionamento interpessoal, esta por sua vez não machuca o corpo, mas traz danos psicológicos e emocionais. Destruindo a autoestima por meio de ameaças, insultos, ironias, chantagens, perseguição” (SAFFIOTI, 2011, p.18). É considerando todo esse histórico de violência em diferentes níveis e dominação que adentramos na era digital, as relações sociais sofreram grandes mudanças através do uso da internet, esse mecanismo de comunicação nos quais a facilidade em divulgação e compartilhamento de conteúdo e acontecimentos, estimulam a interação entre os usuários.

Conforme mencionado, a violência de gênero decorrente das relações de afeto, estas relações estão ligadas nos dias atuais de forma evidente nas redes sociais (CASIQUE; FUREGATO, 2006, p.45). Esse avanço também contribuiu de forma assustadora para um novo cenário, a modalidade de crime chamada Cyber Vingança, também conhecida como pornografia de vingança (CASIQUE; FUREGATO, 2006, p.45). Portanto, é necessário compreender essa modalidade, objeto principal dessa pesquisa, também como violência de gênero. São as repercussões desses novos espaços de violação que trataremos de forma mais detalhada no próximo capítulo, porque com eles vêm também novos desafios e formas de violência de gênero, como a pornografia de vingança.

### **3 A Lei 12737/12, pornografia de vingança e os desafios dos novos espaços de violação**

A edição da Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012, apelidada de Lei Carolina Dieckmann, originou-se da divulgação de imagens íntimas nas redes sociais, após a atriz ter seu e-mail hackeado. Carolina Dieckmann foi apenas mais uma das inúmeras vítimas, porém por se tratar de

uma figura pública, ganhou grande repercussão social. Essa situação contribuiu para que o legislador tipificasse estas “novas” condutas que estão sendo praticadas no ambiente virtual, suprindo assim a lacuna na legislação penal (KUNRATH, 2017, p.65).

Ressalta-se que a referida Lei foi o passo inicial para o legislador estabelecer uma segurança jurídica no meio virtual, considerando que as práticas virtuais também precisam ser regulamentadas. A referida lei alterou o Código Penal Brasileiro, inseriu na seção que diz respeito aos crimes contra a inviolabilidade dos segredos profissionais, que estão dentre os crimes contra a liberdade individual, os artigos 154-A a 154-B. Assim como os artigos 266 e 298 do Código Penal (BRASIL, 2012):

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Em 2014 foi sancionada a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, denominada como Marco Civil da Internet. Essa legislação veio para regular as relações sociais entre os usuários de internet, pois com todas essas inovações tecnológicas, viu-se a necessidade de revisão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede (GONÇALVES, 2017, p.6). No dia-a-dia as mídias sociais expõem situações nas quais fotos íntimas de mulheres são divulgadas em grupos e páginas.

Além dos inúmeros abusos físicos e psicológicos, nos deparamos agora uma nova violência de gênero denominada de pornografia de vingança ou “*reverg porn*”. Essa nova violência, ocorre geralmente por ex-namorados ou ex-maridos, pessoas estas que adquirem a confiança da vítima, como se verá no capítulo a seguir, quando será analisada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no caso paradigma, Resp. 1679465 / SP, e os julgados do TJRS, a partir da metodologia e coleta de dados promovida por essa pesquisa.

Mas, antes de adentrar ao escopo principal deste estudo, qual seja, a análise da jurisprudência coletada, cabe melhor definir O que é pornografia de vingança e suas consequências implicações enquanto violência de gênero, já que essa modalidade de violação dos direitos da mulher ocorre, no que denominamos neste capítulo, nos novos espaços de violação, isto é, nas redes sociais e na internet de modo geral. Pornografia de vingança pode ser definido como a publicação de imagens e vídeos íntimos com teor sexual nas mídias digitais, com o intuito de expor uma terceira pessoa, essa divulgação é feita sem o consentimento da vítima (BUZZI, 2015, p.44).

As fotos e vídeos são gravadas, em geral, por aparelhos celulares, com o consentimento da vítima, pois ao criar a relação de confiança, esta acredita que seu parceiro irá manter esse conteúdo para uso exclusivo dos envolvidos, porém quando ocorre o término da relação e muitas vezes o parceiro não aceita o fim do relacionamento de forma amigável - questão de dominação já mencionada quando abordamos, no capítulo segundo, o conceito trabalhado por Safiotti (2001, p.22).

O dominador não aceita perder o controle - utiliza-se deste material para “punir a ex-parceira, divulgando conteúdo com o intuito de se vingar a modo de constranger a vítima, causando-lhe graves problemas sociais, pessoais (SAFFIOTI, 2001, p.22). Neste momento utilizamos o conceito trazido por Mary Anne Franks (2015, p.2), da University of Miami, cabe destacar que:

Pornografia não consensual se refere a imagens sexualmente explícitas divulgadas sem o consentimento e sem propósito legítimo. O termo encobre material obtido por câmeras escondidas, consensualmente trocadas dentro de uma relação confidencial, fotos roubadas e gravações de abusos sexuais. A pornografia de Vingança frequentemente ocorre em casos de violência doméstica, com os agressores usando a ameaça de divulgação para evitar que suas parceiras os abandonem ou denunciem práticas abusivas. Traficantes de mulheres e cafetões também usam a pornografia não consensual para encontrar indivíduos dispostos a sexo comercial. Estupradores têm gravado os seus ataques não apenas para humilhar suas vítimas como também para desencorajar as denúncias de estupro.

Quando ocorre este movimento em que a mulher quebra esse preceito de dominação, recusando-se a reatar ou a acatar as ordens, saindo da esfera de subordinação, este homem sente que perdeu a autoridade sobre ela, sobre seu corpo, ele a punir com a exposição da sua sexualidade (BUZZI, 2015, p.29). Elucida Victória Buzzi (2015, p.11), de forma clara destaca:

O “termo pornografia de vingança”, tradução da expressão em inglês “revenge porn”, nomeia o ato de disseminar, sobre tudo na internet, fotos e/ou vídeos privados de uma pessoa, sem a sua autorização, contendo cenas de nudez ou sexo com objetivo de expô-la através da rápida viralização do conteúdo, e assim causar estragos sociais e emocionais na vida da vítima.

Nos casos, o que se nota é o consentimento da vítima em gravar as imagens, porém não houve autorização para divulgação, o que viola não só a dignidade humana das vítimas envolvidas, mas também o direito fundamental à privacidade e a consequente proteção da imagem, assegurados no art. 5º, inciso X. A disseminação de imagens e vídeos causam danos às vítimas, suicídio, agressões, abandono do trabalho, depressão, isolamento social são consequências do crime cometido, enquadrando-se na titularidade de pornografia de vingança (BULGARELLI, 2016, p.2).

O preconceito diante desta situação é múltiplo, a cultura da sociedade em culpar a vítima por ter suas imagens exposta é recorrente. Neste meio tecnológico onde tudo é mais fácil e rápido, onde a informação se dissemina em questão de segundos, a privacidade se torna cada vez mais escassa (BLASCHKE; LUCHESE, 2018, p.76). Como mencionado, a Carta Magna de 1988, elenca no seu artigo 5º os direitos e garantias fundamentais, no seu inciso X, se assegura a inviolabilidade a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Neste sentido, a pornografia de vingança viola amplamente o disposto na Constituição:

Em breve síntese, pode-se dizer que, com a prática da pornografia da vingança, no que tange a esfera de violação aos direitos da personalidade, fica comprovado o dano à honra objetiva quando a mulher passa a ser julgada pelo corpo

social por expressar sua liberdade sexual. E, ainda, no tocante a honra subjetiva, quando culpabilizada por ter enviado ou deixado produzir o material, onde acaba por enxergar-se como indigna de respeito. (BLASCHKE; LUCHESE, 2018, p.76)

Mulheres são alvos mais constantes da violência virtual, analisando tudo que já foi citado sobre pornografa de vingança. Esta é enquadrada como uma violência de gênero, pois as mulheres são as mais atacadas nos crimes de divulgação pornográfica não consentida, tendo em vista que sua exposição, pelos padrões de uma sociedade patriarcal, causa dano, uma vez que, a partir desses padrões consuetudinários internalizados e reproduzidos pela sociedade, a mulher honrada e respeitada é aquela que se preserva e mantém seu recato e feminilidade resguardados (PERROT, 2009, p.67).

Na visão de Juliana Andrade, psicanalista e coordenadora do canal de apoio da ONG SaferNet Brasil (2015), “as meninas sofrem mais por uma questão cultural. A resposta de acesso a esse conteúdo é julgar a vítima, culpar a menina porque ela produziu esse tipo de imagem ou vídeo. As pessoas ofendem, difamam; vira uma verdadeira caça às bruxas. Elas são apedrejadas online e passam a ser intimidadas, xingadas” (MENDONÇA; OLIVEIRA, 2018, p.34).

Nesse cenário, o que se nota são os desafios a serem enfrentados pelo Direito para assegurar a proteção aos direitos da personalidade no ambiente virtual, o que se soma com as concepções de dominação em relação a mulher, sendo terreno fértil para violações, principalmente em relação a pornografia de vingança. É justamente este o ponto de relevância desta pesquisa, que tem por objetivo analisar como o TJRS vem tratando a matéria, e como decidiu o STJ, em um caso sobre o tempo. Isso para verificar se a compreensão desses tribunais é pautada pelo enfrentamento da questão da violência de gênero, essencial para melhor proteger os direitos das mulheres.

#### **4 A pornografia de vingança e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)**

A proposta do presente estudo é analisar a temática da pornografia de vingança, a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgado Resp. 1679465/SP. Isso para verificar: como tem sido o posicionamento destes tribunais sobre a matéria, sobretudo, como a pornografia de vingança tem sido tratada, e se há coerência entre as decisões no âmbito desses dois tribunais.

Conforme trabalhado nos capítulos anteriores, este estudo se pauta no método dedutivo, sendo o método aqui compreendido como “um conjunto de processos mediante os quais se torna possível chegar ao conhecimento de algo” (BARROS; LEHFELD, 2000, p.60). A partir desse método de abordagem, nos capítulos anteriores foram fixadas premissas, a serem verificadas neste capítulo, na medida em que “o exercício metódico da dedução parte de enunciados gerais, que constituem as premissas do pensamento racional e deduzidas chegam a conclusões” (GONÇALVES, 2014, p.35).

As premissas foram definidas nos capítulos iniciais deste texto, quais sejam: a igualdade entre homens e mulheres e a vedação da discriminação, a partir da proteção conferida pelo texto constitucional; e a identificação da pornografia de vingança como violência de gênero, cuja destinatária principal é a mulher, dadas as condições de dominação e influência da cultura patriarcal, que terminam por vulnerar a mulher, ao ponto de a exposição do seu corpo gerar escândalo, aversão e vergonha, o que causam abalos psicológicos e violam a dignidade da vítima.

A partir disso, seguindo o método de abordagem mencionado, cabe destacar que “o exercício do pensamento pela razão cria uma operação na qual são formuladas premissas e as regras de conclusão que se denominam demonstração” (GONÇALVES, 2014, p.35). É justamente este o

enfoque do presente capítulo, que a partir dos dados levantados, busca deduzir as premissas mencionadas, para então verificá-las e chegar à conclusão deste estudo, cabendo expor os critérios definidos para selecionar as decisões a serem analisadas neste tópico.

Antes, porém, é importante destacar que esta pesquisa adota tanto a forma de abordagem quantitativa, a partir da exposição numérica dos resultados encontrados, e também a forma de abordagem qualitativa, pautada na análise do teor das decisões a partir das premissas mencionadas. Adotar essa dupla forma de abordagem reforça a constatação de Minayo (1995, p.22), que destaca que: “o conjunto de dados quantitativos e qualitativos, porém, não se opõem, ao contrário, se complementam, pois, a realidade abrangida por eles interage dinamicamente, excluindo qualquer dicotomia”. Por isso, a presente pesquisa parte dessa dupla análise, com o intuito de melhor analisar a complexidade da temática em questão.

Feitas tais considerações acerca da metodologia empregada e seus desdobramentos, passa-se a análise do Recurso Especial 1679465/SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, selecionada por tratar diretamente do tema da pornografia de vingança, sendo também a mais recente, com data de 19 de março de 2018. Com base nos conceitos e argumentos apresentados pelo STJ, serão analisadas as decisões do TJRS, a partir de uma abordagem comparativa, para verificar se há proximidade entre os julgados e coerência entre os argumentos apresentados.

#### **4.1 O recurso especial 16794665/sp e a pornografia de vingança como violência de gênero**

No Resp. 1679465/SP, a ministra relatora Nancy Andriighi sustenta que a divulgação de imagens e vídeos divulgados de forma não consentida pela vítima, que na maioria das vezes são mulheres, configura a pornografia de vingança:



A divulgação não autorizada desse tipo de material íntimo ou sexual recebeu a alcunha de “exposição pornográfica não consentida” ou “pornografia de vingança”, em razão de ser particularmente comum nas situações de fins de relacionamento, quando uma das partes divulga o material produzido durante a relação como forma de punição à outra pelo encerramento do laço afetivo (BRASIL, 2018).

Esse julgado diz respeito ao caso no qual uma adolescente, após ter o cartão de memória de seu celular furtado por um colega da escola, teve divulgado em sites (através de uma URL) um vídeo caseiro no qual ela mantém relações sexuais de caráter íntimo. Ação de obrigação de fazer foi ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo, em defesa da adolescente, pleiteando que o referido conteúdo fosse removido, tendo sido deferida a antecipação de tutela requerida na inicial.

Já neste ponto cabe ressaltar as dificuldades impostas pelos novos espaços de violação, mencionados no terceiro capítulo deste estudo:

Ressalte-se, ainda, que o site onde o conteúdo está armazenado é mantido por empresa (Motherless, Inc.), cuja sede está na cidade de Deerfield Beach, Estado da Flórida, nos Estados Unidos da América, sendo que houve expedição de carta rogatória (e-STJ fl. 51). Portanto, presume-se a longa demora no recebimento da ordem judicial e em seu cumprimento (BRASIL, 2018).

Como se depreende do trecho destacado do relatório, foram identificados obstáculos para o cumprimento da decisão de primeiro grau, que concedeu a antecipação de tutela, em razão da necessidade de ser expedida carta rogatória para os Estados Unidos. Além disso, como destaca a relatora, outras dificuldades decorrem quando se trata da remoção de conteúdo, na medida em que os resultados de busca na internet, mesmo com a utilização de expressões iguais, “são customizados para cada usuário, por meio dos complexos algoritmos que se valem das mais variadas fontes de informação, incluindo o histórico de pesquisa dos usuários e até sua localização” (BRASIL, 2018).

Assim, é possível que a pesquisa de uma mesma expressão nos mecanismos de busca identifique resultados diferentes. É o que Eli Pariser

(2011, p.34) denomina de “bolhas de informação” ou “bolhas de filtro”, responsáveis por fazer com que os usuários obtenham resultados de acordo com suas pesquisas anteriores, localização, informações sincronizadas disponíveis na internet. Esse fator decorrente da tecnologia, que a ministra relatora identifica como “grave”, torna complexa a remoção integral de um conteúdo já lançado na rede, tendo em vista que ele poderá ser encontrado a partir de novas buscas, tendo se espalhado por outros sites, ou ainda ter sido salvo e posteriormente ser inserido na rede.

Múltiplos são os temas que podem ser tratados a partir do referido julgado, que também tratou de questões relacionadas a responsabilidade civil de provedores de internet pela divulgação de conteúdo impróprio, a partir do Marco Civil da Internet. Porém, como o objeto de pesquisa deste estudo é a pornografia de vingança, cabe tão somente ressaltar a dificuldade que as novas tecnologias impõem para o cumprimento de decisões judiciais, e que em outras oportunidades, o STJ fixou o entendimento de que os provedores de pesquisa:

(i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão (REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012).

Essas são algumas das dificuldades encontradas para remover um conteúdo já lançado na rede, o que agrava ainda mais a conduta do agente, frente a dificuldade de reverter os danos causados nos casos de pornografia de vingança. Importante destacar que a ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Nancy Andrighi traça importantes parâmetros para configuração da pornografia de vingança:

Assim, na exposição pornográfica não autorizada, a ausência de consentimento possui duas subdivisões: (a) a ausência de consentimento na captação ou (b) a ausência de consentimento na divulgação. É possível, assim, que a

captura de imagens ou sons tenha ocorrido com o consentimento da outra parte, mas sua divulgação ocorra a sua revelia.

Pauta-se que esse fato tem grande contribuição do fator confiança. Como esta se estabelece na relação, a vítima acaba por aceitar registrar os momentos íntimos, pois na maioria das vezes é algo que se decide em comum acordo, havendo o consentimento. Porém, ao término da relação, o que ocorre na maioria dos casos é que o parceiro, por não aceitar o término, acaba por divulgar esse conteúdo nas mídias sociais, como forma de punição a vítima. Ressalta-se que o fato dela participar com consentimento no ato de registrar, não significa que deseja ter exposto sua intimidade. Conforme Nancy relata no julgado:

Assim, na exposição pornográfica não autorizada, a ausência de consentimento possui duas subdivisões: (a) a ausência de consentimento na captação ou (b) a ausência de consentimento na divulgação. É possível, assim, que a captura de imagens ou sons tenha ocorrido com o consentimento da outra parte, mas sua divulgação ocorra a sua revelia.

Enfatiza-se no julgado, que as ocorrências de suicídio e depressão que abarcam as mulheres no Brasil e no mundo, ao enfrentarem esta prática de violência se elevam a cada dia, a velocidade de disseminação da informação e a dificuldade para se excluir o conteúdo da internet, dificultam a resolução dos casos. Neste ponto, a relatora destaca que a pornografia de vingança se constitui como nova forma de violência, que “não é suportada exclusivamente pelas mulheres, mas especialmente praticada contra elas, refletindo uma questão de gênero, culturalmente construída na sociedade” (BRASIL, 2018). É, porém, na conclusão do julgado que se fixa a premissa de que:

A exposição pornográfica não consentida”, da qual a pornografia de vingança é uma espécie, constitui uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis (BRASIL, 2018).

O referido trecho consta na ementa do julgado, o que reforça ainda mais a tese então fixada. Diante do contexto entende-se que em seu voto, a relatora além de determinar a retirada de conteúdo, entende que a pornografia de vingança é considerada violência de gênero, devendo assim ser compreendido pelo Poder Judiciário. Não se pode deixar de mencionar a contextualização feita pela relatora, que indica as desigualdades, a dominação e as lutas históricas das mulheres para fundamentar a necessidade de enfrentar a pornografia de vingança como violência de gênero. Trata-se de importante afirmação, pois há casos, como veremos a seguir, no mesmo contexto do mencionado recurso especial, em que não há o mesmo entendimento. Não há, sequer, a identificação da conduta como sendo pornografia de vingança, apesar de estarem presentes todos os pressupostos, como analisaremos no tópico seguinte.

#### **4.2 A pornografia de vingança na jurisprudência do TJ/RS: aproximações e distanciamentos em relação ao recurso especial 16794665/SP, do STJ**

Neste tópico passa-se a exposição da coleta de dados, componente fundamental que embasa este capítulo. Em razão da delimitação do objeto de pesquisa, optou-se por buscar, em um primeiro momento, no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a expressão: “pornografia de vingança”. Então, uma vez no site “<http://www.tjrs.jus.br/site/>”, no menu do referido site (canto esquerdo da tela), foi selecionada “*jurisprudência*” e, na sequência, com a abertura de nova tela, foi selecionado “*pesquisa de jurisprudência*”.

Na busca geral foi digitada a expressão “pornografia de vingança”, sendo que os outros campos existentes no formulário do site não foram preenchidos, sendo os resultados aqui mencionados obtidos tão somente a partir da busca geral. Isso para permitir que fossem identificadas o maior número possível de decisões a respeito do tema pesquisado. A partir deste

filtro foram localizados dois resultados no TJ/RS, sendo estes os processos número: nº 70078417276 e nº 70073274854.

Dada a baixa quantidade de resultados, optou-se por inserir na barra de busca do Tribunal uma expressão mais ampla, para que mais julgados pudessem ser selecionados. Então, em um segundo momento, a coleta de dados partiu da expressão: “*fotos íntimas*”. Essa expressão é relacionada à pornografia de vingança, que é caracterizada justamente pela exposição de fotos íntimas. O procedimento narrado acima foi repetido, e com esse termo foram encontradas 11 decisões no TJRS, as quais serão analisadas neste tópico, com base nos seguintes critérios: I) quem é vítima; II) qual o tipo de relação estabelecida entre autor e vítima; III) se houve no julgado a menção à pornografia de vingança, esse esta é identificada como violência de gênero.

Importante mencionar que dentre as 11 decisões encontradas na segunda pesquisa, estava incluída uma das duas primeiras decisões encontradas com o termo mais restrito, razão pela qual o total de processos identificados permaneceu sendo o mesmo. Outros sete acórdãos foram excluídos por não apresentarem pertinência temática com o recorte proposto neste estudo, especificamente as apelações cíveis números: 70077734457, 70079191086, 70072678790, 71007651581, 70076211341, 70075919639, 70076762608. Salienta-se que após análise realizada, observou-se que apesar de conter a expressão “*fotos íntimas*”, os casos não se qualificavam para análise proposta neste artigo, pois tratavam de extorsão mediante a acesso de fotos após invadir dispositivos tecnológicos; danos morais por desavenças entre amigas; outra sendo que após conserto de celular fotos íntimas foram divulgadas. Sendo assim estas sem vínculo afetivo, sem relação de intimidade, portanto não sendo pertinentes a análise do caso concreto.

Dos 12 (doze) acórdãos localizados, apenas em 2 (dois) há fundamentação pautada em pornografia de vingança como tipo de violência de gênero. Nos demais, o julgamento da exposição de fotos íntimas se dá tão

somente caracterizando a ocorrência de dano material e moral. Os acórdãos escolhidos dizem respeito a recursos de apelação que tratam de questões processuais, pagamento indenizatórios as vítimas e pornografia de vingança, sendo estas nº70078417276, nº70077981165, nº70076615053, nº70075390138, nº70073274854. Os acordos escolhidos têm suas particularidades, sendo importante ressaltar a existência de posicionamentos diferentes no TJ/RS, apesar de se tratar no mesmo assunto.

Para tal análise no TJRS, conforme já mencionado, foram utilizados três critérios. O primeiro diz respeito a identificar quem é a vítima. Apesar das distinções e peculiaridades de cada narrativa constante nos processos levantados, observa-se como denominador comum em todos os casos selecionados, a mulher como vítima, havendo uma relação íntima entre as partes, sendo a confiança outro fator comum identificado nos casos. Neste ponto, importante destacar trecho da decisão proferida no processo nº 70073274854, pois neste encontra-se vários elementos que enfatizam o tema proposto neste artigo e as constatações mencionadas acima, principalmente no que diz respeito a questão da relação de confiança que se estabelece e contribui para que as imagens ou vídeos sejam registrados. Vejamos:

O conteúdo probatório trazido aos autos permite a conclusão de que o demandado divulgou ou permitiu que fossem divulgadas imagens da autora, sua ex-namorada, despida e em momento sexual. Como toda veiculação dessa natureza por meio eletrônico a prova da pessoa responsável pela origem do envio do conteúdo é sempre muito difícil, mas na hipótese dos autos tudo indica que a divulgação partiu do autor. É incontroverso que [partes] as namoraram, passaram a residir sob o mesmo teto, mantendo relação de proximidade, confiança e intimidade, pela qual deveria o réu saber que a autora não tinha a intenção de publicizar o conteúdo em nenhum momento (BRASIL, 2018).

No caso em tela, a vítima relata que teve fotos íntimas, em que aparece mantendo relações sexuais, divulgadas nas mídias sociais e no grupo de Whatsapp da sua empresa. Estas imagens foram feitas com seu ex-namorado, que na época do fato eram colegas de trabalho. Aqui, é possível

identificar a questão do abalo psicológico sofrido diante do caso, a vingança pelo fim do relacionamento, ausência de consentimento e relação e confiança. São características chave, que identificam a pornografia de vingança, conforme as premissas apresentadas a partir da revisão bibliográfica apresentada nos capítulos iniciais desse estudo, e também a partir da análise do RECURSO ESPECIAL 16794665/SP, do STJ. Esse foi um dos casos em que o termo “pornografia de vingança” foi mencionado, o que constou, inclusive, na ementa do acórdão, bem como as demais características supracitadas:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TÉRMINO DE RELACIONAMENTO AMOROSO. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA OU REVENGE PORN. PUBLICIZAÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS DA DEMANDANTE NA INTERNET PELO EX-NAMORADO. PROVA SUFICIENTE PARA LIGAR A DIVULGAÇÃO AO DEMANDADO. DANOS MORAIS EVIDENTES. FATO GRAVÍSSIMO. PRECEDENTES DA 10ª C MARA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADA. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO PARA EVITAR REFORMATIO IN PEJUS. 1. No caso concreto, a prova produzida em contraditório demonstra, com clareza, a tomada de fotografias íntimas na constância do namoro havido entre a demandante e o demandado, a permanência delas em poder deste último após o término e o respectivo compartilhamento entre pessoas próximas do ex-casal - tanto no aspecto afetivo quanto no aspecto profissional. Caracterizado o ilícito e a culpa, consideradas as circunstâncias, a prova e as presunções aplicáveis, os danos morais também são presumíveis diante da gravidade do fato, que revela importante violação à imagem e à honra - tanto subjetiva quanto objetiva - da demandante. Referida divulgação de fotografias íntimas da demandante pelo ex-namorado no pós-relacionamento, classificada como pornografia de vingança ou revenge porn, é fato gravíssimo que atinge as mulheres em sua imensa maioria. Trata-se de tema extremamente sensível à discriminação de gênero e à subjugação que a mulher historicamente sofre da sociedade em geral, por conta dos padrões de comportamento que esta lhe impõe. 2. O valor fixado em sentença, R\$ 20.000,00, deve ser mantido justamente para evitar reformatio in pejus, haja vista os precedentes desta 10ª Câmara e a ausência de recurso da demandante. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70073274854, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 30/11/2017)

No caso nº 70078417276, relata-se que a mulher tem sua dignidade abalada, após a divulgação de vídeo contendo fotos íntimas em site de conteúdo pornográfico. Neste site ela foi identificada pelo nome e sua cidade, e isso lhe causou grande abalo psicológico, conforme relatado. Após o término do relacionamento seu ex-parceiro não aceitando o final, cometeu o crime de pornografia de vingança. Além da divulgação o réu ainda solicitou dinheiro a vítima. Esta, por sua vez, solicitou medida protetiva contra ele, pois estava sendo ameaçada, os fatos abarcam evidentemente a violência de gênero, que é ressaltada a partir do trecho que identifica conduta como sendo “pornografia de vingança ou *revenge porn* – que atinge homens e mulheres, estas em sua imensa maioria”, e justifica que trata-se de “tema extremamente sensível à discriminação de gênero e à subjugação que a mulher historicamente sofre da sociedade em geral, por conta dos padrões de comportamento que esta lhe impõe”.

Estas duas jurisprudências são as únicas que abarcam por completo os nossos três critérios, pois além de ser considerada como pornografia de vingança o ato de divulgar fotos íntimas na rede de computadores por ex-parceiros, também se entende que é uma questão de violência de gênero. Interessante que estes são proferidos pela mesma relatora, a desembargadora Catarina Rita Krieger Martins, o trecho a seguir está nos dois casos:

Saliento que referida divulgação de fotografias íntimas da demandante pelo ex-namorado no pós-relacionamento, classificada como *pornografia de vingança* ou *revenge porn*, é fato gravíssimo que atinge homens e mulheres, estas em sua imensa maioria. Trata-se de tema extremamente sensível à discriminação de gênero e à subjugação que a mulher historicamente sofre da sociedade em geral, por conta dos padrões de comportamento que esta lhe impõe.

Sendo assim, a partir dos três critérios definidos, cabe destacar que nestes casos a mulher foi a vítima, como já esperado visto que o fato ocorre geralmente com o sexo feminino; há um relacionamento íntimo entre as partes envolvidas (homem e mulher); há relação de confiança estabelecida em todos os casos, pois é sabido que ninguém se deixa fotografar ou irá



enviar fotos íntimas sem confiar na pessoa, pois acredita que esse conteúdo ficará restrito.

Porém, em nenhum dos 3 (três) julgados remanescentes há menção de pornografia de vingança ou violência de gênero, apesar de todos os pressupostos necessários para sua configuração estarem presentes. Isto é, os casos envolverem a divulgação de fotos íntimas de uma mulher, após término de relacionamento, mediante relação de confiança e sem que houvesse o consentimento. No caso nº 70076615053, o mérito da decisão girou em torno do valor de indenização a ser pago à vítima, pelo abalo que ela sofreu em ter imagem nua veiculada em redes sociais. Além de divulgar as imagens, o réu a ameaçou, exigindo que lhe enviasse outras imagens. Tudo isso após o término do relacionamento. Importante registrar que na época do fato a vítima era menor de idade, sendo importante destacar:

DEBORA DUTRA ajuizou ação indenizatória em desfavor de LEONARDO ROMERO SCHNEIDER. Relatou que, quando tinha apenas 16 anos, iniciou um relacionamento com o réu, o qual durou de 09/2011 a 02/2012, e, nesse período, a pedido dele, tirou fotografias nua e semi-nua, remetendo-as ao réu, acreditando que ele as guardaria somente para si próprio. Porém, ele passou a exigir outras fotografias, quando a autora terminou o namoro e ele passou a ameaçar que divulgaria as fotografias. Observou que, embora as suas súplicas, o demandado divulgou as fotografias pela internet e enviou-as a terceiros, as quais tornaram-se conhecidas na cidade toda, o que lhe causou forte abalo moral, a ponto de não frequentar o colégio e não mais sair de casa (BRASIL, 2018).

Ao analisar o caso nº 70076762608, verificou-se que a vítima ajuíza ação contra o ex-companheiro, com quem manteve relações sexuais, mas também em desfavor de sua atual parceira, pois acredita que suas fotos foram divulgadas com a participação desta última. O interessante deste caso é que além da mulher estar nos dois polos – enquanto vítima e enquanto acusada –, o desembargador não entra no mérito do relacionamento, apesar desta relação prévia ser característica relevante, principalmente pelo elemento da confiança, destoando dos demais casos analisados. Na manifestação, o desembargador ressalta que:

Destaco que, no presente caso, não importa ao juízo as circunstâncias do envolvimento amoroso mantido entre a autora e o réu, envolvimento este que restou incontroverso. Tampouco de quem fora a iniciativa e, muito menos, a qualidade das fotos da autora, nos termos suscitados pelos réus em contestação, até mesmo de forma impertinente, utilizando-se de expressões como “nojentas” e “bagaceira”.

Seguindo esta premissa, outro trecho do mesmo acórdão, nº 70076762608 destaca: “portanto, o cerne da questão reside exclusivamente na comprovação de que houve a divulgação por parte dos réus das imagens íntimas da autora, sem o seu consentimento”. Relevante frisar também, que não houve qualquer menção a respeito da violência de gênero, em dissonância com os pressupostos do fixados pelo Resp. 1679465/SP, analisado no tópico anterior. Tanto por isso não foi possível localizar o referido julgado quando a primeira etapa da coleta de dados. Ora, se houve divulgação de fotos íntimas, estabelecimento de relação de confiança, em razão relacionamento prévio, tendo as imagens sido obtidas por meio dessa relação, sendo estas posteriormente divulgadas sem consentimento, pelos conceitos aqui apresentados e com base no Resp. 1679465/SP, pode-se identificar a existência da pornografia de vingança. Outro trecho do acórdão ratifica esse entendimento, fornecendo ainda mais elementos, como se vê:

A ré R.B.T., em juízo, informa ter recebido as fotos íntimas da autora em um grupo do aplicativo whatsapp de ex-colegas da escola, mas nega que tenha repassado tais imagens para outros contatos. Afirma que o réu D. não fazia parte do grupo em questão. Relata que a autora e o réu D. tiveram um relacionamento quando os réus estavam separados. A informante Sabrina da Silva Migliavaca, em juízo, relatou que teve ciência de que a autora enviou as fotos para o réu D., bem como que ambos tiveram um relacionamento, não sabendo informar se o réu encontrava-se casado com a ré R.I quando do envolvimento.

Vejamos mais uma situação, a partir do trecho retirado do julgado nº 70077981165, no qual não foi recepcionado como pornografia de vingança:

Trata-se de ação indenizatória aforada por A.J.B em face de T.F.S, ambos qualificados, alegando que mantinha um relacionamento amoroso com o réu e que na data de 12/04/2014 foram a uma festa na casa noturna Sarok e após se dirigiram até a residência do requerido. Disse que em 14/05/2014 ficou sabendo, através de sua prima e diversos amigos, que o requerido havia tirado fotos íntimas e divulgado através do whatsapp. Alegou que após a divulgação das imagens entrou em contato com o réu para averiguar a situação e obteve a confissão deste. Asseverou que a atitude do demandado está denegando e ofendendo sua imagem e que vem sofrendo grande abalo psicológico, uma vez que ao frequentar lugares públicos tem ouvido ofensas e piadas em razão do ocorrido. Disse que evita sair de casa para não sofrer constrangimento, tendo em vista que as divulgações das fotos no meio público tiraram-lhe o sossego e a possibilidade do convívio social que antes mantinha (BRASIL, 2018).

Porém no entendimento do STJ, sobre uma situação similar a essa relatada, é de que a “exposição pornográfica não consentida”, da qual a “pornografia de vingança” é uma espécie, constituiu uma grave lesão aos direitos de personalidade. No entanto, como se pode constar após análise dos julgados coletados no TJ/RS, o tema da caracterização da pornografia de vingança como violência de gênero não é unânime, sendo tratado a partir de perspectivas diversas e controversas, embora a concessão da indenização seja ponto comum entre os julgados.

## **5 Considerações finais**

Diante do exposto foi possível depreender que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apenas em dois julgados realizados pela mesma relatora trataram o fato como pornografia de vingança como violência de gênero, sendo uma questão que precisa ser melhor trabalhada pelo Tribunal, na medida em que o reconhecimento da existência de violência baseada e questão de gênero, é o primeiro passo para que essa forma de violação seja devidamente reprimida pelo Poder Judiciário.

Nos demais casos analisados os requisitos para configuração de tal crime são preenchidos, mas não há menção e nem é analisado a questão da violência contra a mulher. São situações em que predomina a discussão

acerca do quantum indenizatório, a ser recebido pelo dano moral à vítima, isto é, uma discussão de valores atribuídos ao dano causado, pouco se adentra a questão mais relevante no ponto de vista desta pesquisa, qual seja, a violência de gênero sofrida.

Em contrapartida o Supremo Tribunal de Justiça elenca que o caso julgado não se trata apenas de dano moral, mas sim de um crime ainda pouco debatido pelos tribunais, compreendendo-o como “violência de gênero”, trazendo assim à tona a importância do entendimento desta “nova” modalidade. Citando trecho da decisão do STJ e trecho da decisão de um julgado do TJRS que não é recepcionado como pornografia de vingança, nota-se que as características são muito semelhantes, mas que o entendimento não.

Entretanto, a partir das premissas fixadas nos capítulos iniciais e também com base nos casos analisados, salienta-se que a pornografia de vingança não foi tratada como violência de gênero, a não ser nos dois casos destacados, o que representa o não enfrentamento desta questão, tão relevante para que essas violações sejam tratadas da forma devida. Há, portanto, a manutenção de uma compreensão estritamente jurídica e tradicional, formadas a partir de valores culturais dominantes impostos pela sociedade.

Nota-se, portanto, que “a naturalização da desigualdade às quais a mulher está inserida é tão forte que falta percepção coletiva da realidade” (DESTEFANI; FRANCISCHETTO; TAROCO, 2017, p.79), tornando-se relevante não só a inserção das discussões de gênero nos currículos jurídicos já durante a formação dos bacharéis em Direito, mas também no cenário dos juristas já atuantes. Isso, para viabilizar uma formação humanística, e que dê conta da complexidade da violência de gênero sofrida pelas mulheres.

Ao analisar os casos selecionados, a partir dos objetivos definidos não restam dúvidas que a pornografia de vingança é uma violência de gênero, pois abarca na sua maioria mulheres como vítima, sendo presente também a relação de dominação. É justamente nesse sentido que os tratados

internacionais frisam importância do Estado desenvolver medidas voltadas a “alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres” (TAROCO, 2018, p.215).

As práticas sociais, por vezes, reproduzem o que Saffioti denomina de “função patriarcal”, responsável por perpetuar violações de direito das mulheres e impedirem a plena efetividade do texto constitucional. À título de exemplo da relação de dominação trabalhada por Saffioti, que se desdobra em violência de gênero, como mencionar que no núcleo familiar e as tradicionalmente impostas pela sociedade, como analisado nos julgados. Neste sentido as relações de hierarquia estabelecem e mantêm o controle sobre as mulheres, e tratam de reproduzir os parâmetros de desigualdade decorrentes das relações de dominação.

Vários são os aspectos que envolvem a violência de gênero, pois esta, uma vez inserida na cultura social, se reproduz por meio de comportamentos, desenvolvidos no decorrer da história, pela cultura adquirida nas instituições como escola, igreja, família e Estado. É importante compreender o aspecto ideológico da questão diante da consolidação de um pensamento patriarcal. A violência de gênero deve ser entendida a partir desse contexto, considerando o histórico de dominação e violência sofridos pela mulher.

Isso para que seja possível definir com precisão os contornos desse problema, porque só a partir da correta identificação da causa da violência de gênero é que será possível enfrentar suas consequências (BANDEIRA, 2014, p.457). É esta a razão pela qual o presente estudo compreende a violência contra a mulher a partir de um recorte de gênero, a fim de situar essa temática a partir desse cenário de dominação, que impede a concretização plena do que dispõe o art. 5º, inciso I da Constituição de 1988 e demais dispositivos.

## 6 Referências

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1679465 SP**. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 13/03/2018. Terceira turma. Data de Publicação: DJe 19/03/2018. Acesso em 02 mar. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70078417276**. Décima Câmara Cível. Rel. Catarina Martins, julgado em 27/09/2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70073274854**. Décima Câmara Cível. Rel. Catarina Martins, julgado em 30/11/2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70077734457**. Oitava Câmara Criminal. Rel. Naele Piazzeta, julgado em 19/12/2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70079191086**. Oitava Câmara Cível. Rel. Rui Portanova, julgado em 13/12/2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70076762608**. Décima Câmara Cível. Rel. Paulo Franz, julgado em 30/08/2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70077981165**. Quinta Câmara Cível. Rel. Lusmary da Silva, julgado em 29/08/2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70072678790**. Paulo Franz, julgado em 28/06/2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 71007651581**. Segunda Turma Recursal. Rel. Ana Raabe, julgado em 20/06/2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70076615053**. Quinta Câmara Cível. Rel. Lusmary da Silva, julgado em 30/05/2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70076211341**. Quinta Câmara Cível. Rel. Jorge do Canto, julgado em 28/03/2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70075919639**. Sexta Câmara Cível. Rel. Niwton da Silva, julgado em 22/02/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70075390138**. Sexta Câmara Cível. Rel. Luís Augusto Braga, julgado em 22/02/2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BANDEIRA, Lurdes. (2016). Violência de gênero: **Sociedade E Estado**, 29(2), 449-469. Disponível em: < <http://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/5897>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

BARROS, Aidil Jesus da Silveira. LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Fundamentos de Metodologia: Um Guia para a Iniciação Científica**. 2 Ed. São Paulo: Makron Books, 2000.

BLASCHKE, Rafaela; LUCHESE, Rafaela Fragoso. Pornografia de vingança e o ferimento aos direitos personalíssimos: bandeira a responsabilidade na esfera cível e penal. **Revista Fadisma**, v.13, n.1, 2018. Acesso em: 18 abr. 2019

BUZZI, Vitória de Macedo. **Pornografia da Vingança**: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. Florianópolis. Empório do Direito, 2015.

CASIQUE, Leticia; FUREGATO, Antonia. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. **Revista Latino Americana Enfermagem**, nov/dez. n. 6, 2016. Disponível em: [http://www.scielo.br/pdf/rlae/v14n6/pt\\_v14n6a18.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rlae/v14n6/pt_v14n6a18.pdf). Acesso em 20 abr. 2019.

DESTEFANI, Bruna; FRANCISCHETTO, Gilsilene; TAROCO, Lara. A importância do estudo de gênero para formação humanística dos bacharéis em Direito. FRANCISCHETTO, Gilsilene (Org.). **Os desafios para uma formação humanística nos cursos de Direito**. Habitus: Florianópolis, 2017.

FRANKS, Mary Anne. **Drafting na effective “revenge porn” law**. A guide for legislations, 2015. Disponível em: <<http://www.endrevengeporn.org/guide-tolegislations/>>. Acesso em: 1 maio 2019.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco civil da internet comentado**. São Paulo: ATLAS, 2017.

KUNRATH, Josefa Cristina Tomaz Martins. **A expansão da criminalidade no cyberspaço**, 2017. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana.

MENDONÇA, Analméria; OLIVEIRA, Felipe. Fronteiras entre o sexting e o revenge porn. **Revista Científica Semana Acadêmica**, n.3, 16 out. 2018, [https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo\\_sexting.pdf](https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_sexting.pdf). Acesso em 23 mai. 2019.

MINAYO, M. C. S. **Ciência Técnica e Arte**: o desafio da pesquisa social. Suely Ferreira Deslandes, Otávio Cruz Neto, Romeu Gomes e Maria de Souza Minayo(org.). Petrópolis, Vozes, Rio de Janeiro, 1995.

MOREIRA, Nelson. **Direitos e garantias fundamentais e os tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PARISER, Eli. **The Filter Bubble**: What the Internet Is Hiding from You. New York: Penguin Press, 2011.

PERROT, Michele. **Mulheres ou os silêncios da História**. São Paulo: EDUSC, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9.ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAFFIOTI, Heleieth. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna. Coleção Polêmica, 2001.

SAFFIOTI, H. I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.

TAROCCO, Lara Santos Zangerolame. Os direitos da mulher à luz do sistema universal de proteção e o potencial integrador dos tratados internacionais de direitos humanos: diálogos entre o global e o local. **Revista de Direito Constitucional Internacional**. São Paulo, n.109, set/out.2018.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. **O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil**. InternetLab: São Paulo, 2016.



## O incidente de descon sideração da personalidade jurídica e a efetividade no processo civil brasileiro

Debora da Silva Vieira <sup>1</sup>

Manuel Albino Ribeiro de Azevedo Júnior <sup>2</sup>

### Noções introdutórias

Em linhas gerais, a teoria da descon sideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) advém especialmente do *common law*, desenvolvendo-se, em primeiro lugar, na jurisprudência norte-americana (KOURY, 1993, p. 63).

Marlon Tomazette (2001, p. 4) ensina que o termo *disregard of legal entity* também é utilizado pela jurisprudência anglo-saxônica, acompanhado, por vezes, por expressões como “levantar o véu da pessoa jurídica” (*piercing the corporate veil*). O autor leciona, ainda, que no direito alemão se diz *Durchgriff der juristischen Person*, no direito italiano *superamento dela personalitá giuridica* e, por fim, no direito argentino *desetimación de la personalidad* (TOMAZETTE, 2001, p. 4).

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA), na área temática “Normas Fundamentais Processuais e Processo Coletivo/Técnicas de Coletivização”. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Membro da Liga Acadêmica Jurídica do Pará (LAJUPA). Advogada. E-mail: vieirasdebora@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela UFPA. Pós-graduando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (conclusão prevista para 2019). Pós Graduado em Direito Processual Civil Individual e Coletivo pelo Centro Universitário do Estado do Pará (2018). Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (2015). Membro da Liga Acadêmica Jurídica do Pará (LAJUPA). Monitor de Direito Processual Civil em 2015. Advogado do Escritório Siqueira, Lima e Erichsen Advogados Associados. E-mail: albino@seleadv.com.br.

O objetivo dos institutos em geral é, nas palavras de Suzy Elizabeth Cavalcante Koury (1993, p. 65): “apreender, distribuir e tutelar interesses”. Dentre tais institutos, destaca-se aqui o da pessoa jurídica. É cediço, contudo, que a finalidade dos institutos pode ser desviada para atingir fins ilícitos, de modo que é possível que os sócios, utilizando-se do escudo da limitação de responsabilidade e autonomia patrimonial, utilizem da pessoa jurídica para fins imorais ou antijurídicos, realizando atos abusivos e fraudulentos<sup>3</sup>. A finalidade desta conduta ilícita é, possivelmente, a ocultação de patrimônio que de direito é da empresa, mas, de fato, é do sócio.

Por essa razão, a desconsideração da personalidade jurídica é a reação contra os agentes subversivos que visam desviar a função da personalidade jurídica. Didier Jr. *et al* (2017, p. 364) aduzem que a *disregard doctrine* se opera quando a personalidade jurídica é utilizada de forma abusiva pelos sócios, a fim de satisfazer seus interesses ou obter vantagens particulares.

Necessário assentar que a “desconsideração da personalidade jurídica” não se confunde com a “despersonalização da pessoa jurídica”. A primeira é episódica, incide tão somente no caso concreto, a fim de atingir o patrimônio dos sócios, permanecendo a existência da pessoa jurídica; a segunda, por sua vez, significa a perda da personalidade da empresa<sup>4</sup>.

Assim, o debate sobre a desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro é tema relativamente recente, apenas sendo legislado, fruto da construção doutrinária, a partir da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em seu art. 28 e, posteriormente, na Lei nº 10.406/02 (Código Civil Brasileiro), em seu art. 50.

O Código Civil positivou a chamada teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, a qual estabelece a possibilidade de afastamento

---

<sup>3</sup> Handel Dias e José Tadeu Xavier (2015, p. 356) sustentam, ainda, que a utilização abusiva da personalidade jurídica é comum a todo e qualquer sistema jurídico em que vigore o princípio da separação entre pessoa jurídica e seus membros, pois os sócios, utilizando-se do escudo da pessoa jurídica, não raro realizam atos abusivos ou fraudulentos.

<sup>4</sup> Sobre o tema, arguiu Michel Ferro e Silva *et al* (2016, p. 94): “Portanto, a desconsideração não pode ser confundida com a despersonalização, que possui caráter definitivo, já que provoca a extinção compulsória da personalidade jurídica”.

da personalidade jurídica, para se alcançar o patrimônio dos sócios e administradores, quando verificada a ocorrência de abuso da personalidade, desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Exige-se a constatação da ocorrência de atos atribuíveis aos responsáveis pela pessoa jurídica que efetivamente frustrem os credores de maneira irregular, mediante práticas ilegais, fraudulentas ou de ocultação de patrimônio, com fim de impedir o cumprimento da responsabilidade.

Sobre a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, é válido ressaltar que, recentemente, a Medida Provisória nº 881/2019 modificou a redação do art. 50 do Código Civil. Mais que isso, a Medida Provisória nº 881/2019 foi aprovada e convertida em lei, de modo que a redação do art. 50 foi efetivamente modificada pela Lei nº 13.874/2019, em 20/09/2019. Além disso, a referida Lei incluiu o art. 49-A no Código Civil. Não é possível prever, neste momento, quais serão exatamente as implicações pragmáticas dessas mudanças nos referidos artigos e, conseqüentemente, na desconsideração da personalidade jurídica, mas é indispensável destacar que certamente isto afetará diretamente a forma de encarar o instituto e, por conseguinte, o incidente de desconsideração<sup>5</sup>.

No que diz respeito à legislação consumerista, primeira a ser instituída<sup>6</sup>, restou consagrada a denominada pela doutrina como teoria menor da desconsideração. Dias e Xavier (2017, p. 357) discorrem que a teoria

---

<sup>5</sup> A redação do art. 50 do Código Civil era a seguinte: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”. Após a Lei nº 13.874/2019, a redação do art. 50 do Código Civil passou a ser: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”. Além disso, os parágrafos do art. 50 classificam itens que antes não eram especificados na legislação. No mais, a redação do art. 49-A, incluído no Código Civil pela Lei nº 13.874/2019, é a seguinte: “Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.”. Após a mudança legislativa, prevê-se, portanto, mudanças quanto à interpretação da desconsideração da personalidade jurídica.

<sup>6</sup> Uma vez que o Código Civil é de 2002, enquanto o Código de Defesa de Consumidor já trazia a posituação da desconsideração da personalidade jurídica desde 1990.

menor autoriza a desconsideração em caso de simples insolvência e a consequente constatação de prejuízo dos credores, sem perquirir se houve conduta abusiva ou fraudulenta. Nota-se, portanto, que a teoria menor requer muito menos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica do que a teoria maior, dada a clarividente postura de proteção à vulnerabilidade do consumidor diante dos fornecedores no âmbito do Código de Defesa do Consumidor.

Porém, apenas com o advento da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) a legislação nacional instituiu um procedimento, incluindo a desconsideração da personalidade jurídica no título que trata da intervenção de terceiros. O art. 134 do referido Código aduz que o incidente é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. Denota-se que a legislação não estabeleceu limitações para a utilização do incidente, que é cabível em qualquer fase do processo, inclusive, independentemente da natureza do título executivo.

Porém, o questionamento que se almeja apresentar e discutir no presente estudo é se a criação de um incidente para a desconsideração da personalidade jurídica atende ao princípio da efetividade no processo. Esta análise se faz relevante e atual em razão da grande discussão que se apresenta acerca da instauração do incidente e se este representa um obstáculo à responsabilização do devedor e satisfação do credor, inclusive, sendo discutido na doutrina a relativização ou até mesmo o afastamento da sua aplicação.

Preliminarmente, portanto, faz-se necessário tratar do procedimento estabelecido para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Após, far-se-á a reflexão se este procedimento, ainda que involuntariamente, acaba dificultando a satisfação do direito perquirido pelo credor e, conseqüentemente, a efetividade do processo.

## 2 Procedimento do código de processo civil para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Embora a desconsideração da personalidade jurídica já fosse estabelecida pelo direito material, o procedimento para instauração do incidente foi regulado pelo direito processual nos art. 133 a 137 da Lei nº 13.105/2015. A doutrina entende que a inclusão do incidente no título que trata das intervenções de terceiros foi um acerto do legislador, em razão da inserção de pessoa totalmente estranha à relação processual, convocada compulsoriamente para que ingresse na lide. Neste contexto, Talamini (2016, p. 2) assinala que o incidente nada mais é do que “uma nova demanda em face do terceiro”.

Inicialmente, o art. 133 do CPC preceitua que o incidente aqui trabalhado apenas poderá ser requerido pela parte interessada ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, sendo inviável a sua instauração de ofício pelo magistrado. Entretanto, a postura do Código de não permitir que o magistrado instaure o incidente de ofício é criticada pela doutrina (SILVA *et al*, 2016, p. 91), com base no argumento de que tal possibilidade poderia assegurar a efetividade da decisão judicial.

Parte da doutrina entende, por exemplo, que seria mais adequado que o Código permitisse a instauração do incidente pelo juiz, como gestor do processo, para assegurar a efetividade de sua decisão nos casos que envolvem direitos consumeristas<sup>7</sup> (SILVA *et al*, 2016, p. 91). Em posicionamento contrário, Gustavo Tepedino (2011, p. 4) atribui à desconsideração da personalidade jurídica o título de “drástico remédio”, defendendo que a restrição ao requerimento da parte é uma limitação expressa ao exercício do poder de desconsideração, que se dá exatamente por conta da excepcionalidade e pela garantia da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, expressão da tutela constitucional da livre iniciativa (TEPEDINO, 2011, p. 3).

---

<sup>7</sup> Nas palavras de Michel Ferro e Silva (2016, p. 91): “melhor seria que o legislador também tivesse permitido a instauração por iniciativa do magistrado, na qualidade de reitor do processo, e a fim de assegurar a efetividade de sua decisão judicial, notadamente naquelas hipóteses que envolvem relações de consumo.”

O art. 134 sustenta que o incidente poderá ser instaurado a qualquer momento, conforme já destacado anteriormente. Assim que feito o requerimento pela parte interessada, deverá ser cumprido o que determina o art. 134, §1º do CPC, o qual estabelece que deverá ser feita a “anotação do nome completo do suscitado no registro, prevenindo a alegação de desconhecimento da pendência para os fins do art. 137” (ASSIS, 2016, p. 309), este dispositivo se refere nitidamente à fraude de execução. A importância de tal medida foi esclarecida por Araken de Assis (2016, p. 309), o qual sustenta que são bastante factíveis as dificuldades práticas decorrentes da omissão de tal providência, de tal forma que ela é necessária para a eficácia perante terceiros.

O pedido de desconsideração da personalidade jurídica, nos ditames do art. 134, §3º do CPC, suspenderá temporariamente o processo, exceto quando requerida na petição inicial, caso em que desde logo será citado o sócio ou a pessoa jurídica, de acordo com o art. 134, §2º do CPC, formando um litisconsórcio passivo eventual, sendo obrigação do sócio se defender sobre o incidente e, conjuntamente, sobre o pedido principal da lide (por força do princípio da eventualidade).

Após instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, é inafastável o estabelecimento da oportunidade de defesa do executado, a fim de que se cumpra, em primeiro lugar, o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, previsto pelo art. 5º, LV da Constituição Federal, corroborado pelo art. 135 do CPC. Assim, o sócio ou administrador é citado do incidente, oportunizando seu direito de apresentar contestação, inclusive com produção probatória.

Acerca da possibilidade de instrução probatória ampla, Eduardo Talamini (2016, p. 3) aponta que o incidente desenvolve atividade jurisdicional de cognição exauriente, de tal forma que o juiz deve investigar amplamente a configuração dos pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica e, se necessário, com ampla instrução probatória.

Por sua vez, o art. 136 do CPC elucida claramente que a decisão que desconsidera ou não a personalidade jurídica é classificada como decisão

interlocutória<sup>8</sup>. A decisão judicial de cognição exauriente, reconhecendo a presença dos requisitos legais para a desconsideração, julgará procedente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, determinando a inclusão do sócio na lide principal como corresponsável pela dívida.

A decisão de acolhimento da desconsideração transfere ao sócio não apenas a responsabilidade pelo adimplemento, como também o torna obrigado solidariamente, decorrente do reconhecimento da prática de atos irregulares. Dessa forma, Michel Ferro e Silva (2016, p. 95) sustenta que é a decisão que acolheu a desconsideração da personalidade jurídica que constitui o título executivo, o qual é judicial e possui duplo efeito: constitutivo, em relação aos atos irregularmente praticados, e condenatório, já que impõe obrigação e responsabilidade ao sócio<sup>9</sup>.

Efeito relevante da decisão judicial que reconhece a presença dos pressupostos da desconsideração, ampliando a obrigação ao sócio, é que qualquer ato de alienação ou oneração de bens pelos sócios foi praticado em fraude à execução, logo, tornando ineficaz ao requerente, tudo conforme ditames do art. 137 do CPC.

É oportuno trazer a possibilidade, já aventada pela doutrina há tempos e praticada na jurisprudência, mas que foi incluída no §2º do art. 133, da desconsideração inversa da personalidade jurídica, embasada nos princípios da equidade, boa-fé, e moralidade obrigacional, preceituando que todo o procedimento acima exposto, para invasão do patrimônio do sócio quando a empresa é a devedora, também pode ser utilizado no cenário oposto, desde que presentes os requisitos da desconsideração, quando o sócio é o devedor obrigado e se objetiva atingir o patrimônio da empresa<sup>10</sup>.

Isto é, a hipótese da desconsideração inversa da personalidade jurídica é aquela em que o sócio esvazia o seu patrimônio pessoal e transfere

---

<sup>8</sup> Podendo ser impugnada pela via do agravo de instrumento, no esteio do art. 1.015, IV do CPC, inclusive na fase de cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial, conforme parágrafo único do mesmo artigo.

<sup>9</sup> Ou, no caso da desconsideração inversa da personalidade jurídica, impõe obrigação à pessoa jurídica.

<sup>10</sup> Rogéria Dotti (2016, p. 166) aduz sobre a desconsideração inversa: “permite-se, assim, sua aplicação de forma inversa sempre que a pessoa física, por exemplo, procura tornar-se insolvente de forma ficta. Uma das hipóteses é justamente o caso do sócio que transfere para a empresa todo o seu patrimônio pessoal, procurando com isso evitar a penhora de seus bens em execução de obrigações por ele mesmo constituídas”.

os seus bens pessoais para a pessoa jurídica da sociedade da qual faz parte. Dada a igual possibilidade de fraude, entende-se pela existência da possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Fredie Didier Jr. (2017, p. 5) ensina que a desconsideração inversa da personalidade jurídica tem a mesma finalidade e o mesmo pressuposto da desconsideração tradicional, isto é, serve de remédio para o desvio da função da pessoa jurídica, pressupondo a fraude ou abusividade da conduta do sócio. Inclusive, o autor (DIDIER JR., 2017, p. 5) menciona que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já proferiu decisões no sentido de aplicar a desconsideração inversa da personalidade jurídica, a exemplo do julgamento do Recurso Especial nº 1.236.916/RS, julgado pela Terceira Turma, sob relatoria da Ministra Nancy Andri ghi, publicado em 28/10/2013 (DIDIER JR., 2017, p. 5).

Após delineado o procedimento do incidente, passa-se à análise deste à luz dos princípios da efetividade e eficiência, a fim de avaliar a compatibilidade do incidente sob o prisma da efetividade do processo.

### **3 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: um avanço ou retrocesso à efetividade do processo?**

A análise principal que este ensaio se debruça é debater se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na forma como foi instituído pelo Código de Processo Civil, apresenta-se como um avanço ou um “obstáculo” ao alcance da efetividade do processo.

Faz-se necessário estabelecer que “efetividade” considerada neste ensaio é conceituada, segundo os ensinamentos de Leonardo Carneiro da Cunha (2014, p. 2), na verificação se uma norma jurídica cumpre os efeitos a que se propõe, de tal forma que não se confunde com “eficiência, que está atrelada à relação entre os meios empregados e os resultados alcançados, ou seja, quanto maior o rendimento de produção, mais eficiente será a atividade desenvolvida”. Ademais, efetividade não se confunde com eficácia, pois “enquanto eficácia é a aptidão para produzir seus efeitos, a



efetividade constitui uma medida de concretização dos efeitos previstos na norma" (CUNHA, 2014, p. 2).

A eficiência<sup>11</sup> geralmente vem associada à demora do processo, vinculando que a demora para a satisfação do direito do autor torna o processo ineficiente. É nesta perspectiva que se constrói a imagem que o processo que estabelece “obstáculos” ao direito do autor (meios de defesa, recursos, incidentes) seria ineficiente, e por consequência, não seria efetivo.

Porém, uma não é consequência da outra: celeridade não se associa à eficiência de forma automática, pois ainda que não se adote o meio mais rápido, o processo pode ser efetivo, alcançando o bem jurídico almejado. A efetividade do processo, portanto, está atrelada à rapidez vislumbrada no lapso temporal entre seu início, meio e fim, ou ao alcance do direito pretendido na propositura da ação? O ponto de vista adotado neste trabalho é que certamente a resposta reside na segunda opção.

Trazendo este contexto ao âmbito do processo executivo, quando não encontrados bens da pessoa jurídica para satisfação, a desconsideração da personalidade jurídica é vista como a solução mais efetiva, por ser capaz de alcançar a satisfação ao crédito através do patrimônio do sócio, e também eficiente, por realizá-la de modo mais rápido e com menor onerosidade.

Atingir o patrimônio do sócio da pessoa jurídica devedora, através de decisão judicial que reconheça os pressupostos da desconsideração, mostra-se como um caminho mais célere para o alcance do bem jurídico

---

<sup>11</sup> Ao falar de eficiência, é não só necessária, como imperiosa, a citação dos estudos desenvolvidos na Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), ramo jurídico em que o termo “eficiência” ganhou destaque. Em suma, a Análise Econômica do Direito é a aplicação instrumental analítico e empírica da economia, para buscar compreender, explicar e prever as implicações do ordenamento jurídico no plano fático (GICO JR., p. 14). A Análise Econômica do Direito se apresenta, portanto, como uma gama de estudos interdisciplinares que visa aplicar ferramentas teóricas da economia ao pensamento jurídico (DIAS, 2018, p. 158). Assim, nas palavras de Jean Carlos Dias (2018, p. 159): “a Análise Econômica do Direito, pelo menos na versão dominante, não está preocupada em conceber os parâmetros morais que uma norma jurídica deve adotar, mas, em primeiro plano, demonstrar como esse valor pode se tornar eficiente ao alcançar o nível da positividade.” A eficiência, aqui, concerne à reflexão ligada à possibilidade de concretização da conduta consagrada pela norma (DIAS, 2018, p. 159). Isto é, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, tal como previsto no CPC, é eficiente? O modo como foi positivado o procedimento, de fato, garante ao credor a possibilidade de satisfação de seu crédito?

almejado. Qualquer obstáculo que se inclua neste caminho, naturalmente, é visto de forma negativa pelos defensores da máxima efetividade do processo.

Assim, o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, nos moldes instituídos pelo CPC/2015 para regulamentar a forma da parte credora atingir o patrimônio do sócio da pessoa jurídica devedora, vem encontrando resistência, especialmente da jurisprudência, quando analisado sob a égide de procedimentos que, alegadamente, não se compatibilizariam com a normatividade dos art. 133 a 137 do CPC.

O maior exemplo é a jurisprudência recente do STJ no âmbito das execuções fiscais. O REsp 1.786.311, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, da 2ª Turma do STJ, entendeu pela inaplicabilidade do incidente ao processo de Execução Fiscal, sob a justificativa de que as regras do CPC são aplicadas de forma subsidiária à legislação específica, como é a Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais). Já no REsp 1775269, a 1ª turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Gurgel de Faria, entendeu também que independe de instauração do incidente nos casos em que a pessoa a ser atingida tenha seu nome na CDA (Certidão de Dívida Ativa) ou seja terceiro responsável nos termos do art. 134 e 135 do Código Tributário Nacional.

Estes casos exemplificam o entendimento recorrente quanto ao incidente de descon sideração como um obstáculo à efetividade do processo, dificultando a busca pelo bem jurídico almejado pela parte credora. O problema não estaria na descon sideração, portanto, mas na necessidade de instauração de um incidente para que tal descon sideração fosse aplicada.

A questão ainda adentra na ineficiência do procedimento instituído nos art. 133 e seguintes do CPC, na medida em que estabelece que o sócio é citado de um incidente específico, instaurado com ônus ao credor – enquanto o processo principal permanece suspenso – oportunizando ao sócio que se defenda especificamente do pedido de incidente, com ampla possibilidade de dilação probatória, e apenas após ser proferida decisão de mérito julgando procedente o incidente, torna-se possível iniciar atos executivos em desfavor do sócio.

O incidente, então, não estaria criando uma vantagem excessiva ao devedor? Estabelecendo um procedimento específico que dificulta o acesso do credor à satisfação do seu crédito? Entende-se que a resposta é negativa.

Em primeiro lugar, deve haver uma dissociação entre a pessoa jurídica devedora e o sócio desta, de tal forma que o segundo, salvo hipóteses específicas de lei, não é responsável pelo débito da primeira. Muitas vezes, é árduo realizar esta diferenciação, sendo natural associar o sócio com absolutamente todos os atos da empresa, como um corresponsável pelos seus atos, seja por ação ou omissão.

Mas é exatamente pela absoluta desvinculação da dívida da empresa com seu sócio (a depender do tipo societário, obviamente<sup>12</sup>) que não se faz possível a responsabilização direta do sócio pelos atos praticados pela pessoa jurídica devedora. A desconsideração da personalidade jurídica, como já discutido, visa exatamente averiguar se foram praticados atos indevidos capazes de transferir a responsabilidade da pessoa jurídica para seu sócio.

Porém, esta atividade investigativa – constatar a existência dos pressupostos legais para a ocorrência da desconsideração da personalidade

---

<sup>12</sup> A responsabilidade patrimonial está prevista no art. 789 do CPC, cujo artigo determina que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”. A responsabilidade patrimonial é um princípio da teoria da execução, presente muito mais nas demandas que envolvem obrigações de pagar quantia certa, tendo em vista que as obrigações específicas pressupõem que a vontade do exequente é a tutela jurisdicional específica. Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 76) sustenta que a responsabilidade patrimonial está prevista em lei e somente poderá ser excluída ou ignorada mediante lei que determine. A responsabilidade patrimonial poderá, portanto, ser primária ou secundária, de tal forma que a primária incide diretamente sobre os bens do devedor obrigado, enquanto a secundária incide sobre os bens de terceiro não obrigado, embora a responsabilidade secundária não exclua a primária. É de salutar importância ressaltar que a responsabilidade será primária ou secundária a depender da legislação civil ou ato constitutivo da sociedade empresária. Isto é, avesso à desconsideração da personalidade jurídica, existem casos em que a responsabilidade é direta do sócio e se dará por determinação em lei. A título de exemplo, a sociedade simples, cuja responsabilidade do sócio dependerá de previsão em ato constitutivo, atentando aos arts. 1.023 e 997, VIII, ambos do Código Civil. De modo diverso, nas sociedades em comum os sócios responderão pessoal e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído o benefício de ordem, de acordo com o art. 990 do Código Civil. Outro exemplo que independe de desconsideração da personalidade jurídica é o das sociedades em nome coletivo, reguladas pelo art. 1.039 do Código Civil, nas quais os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (isto é, a responsabilidade patrimonial é primária). No ensejo, nas sociedades em comandita simples os comanditários respondem solidária e ilimitadamente, contudo, obrigam-se apenas pelo valor de sua quota, nos ditames do art. 1.045 do Código Civil. Ou seja, a análise dos tipos societários é importante para que se entenda quando há e quando não há o benefício de ordem, a fim de que se chegue à responsabilidade patrimonial: se primária ou secundária. Em outras palavras, o tipo de responsabilidade patrimonial dependerá, em primeira instância, do tipo societário, portanto, de determinação específica prevista em lei. Da lei decorre o tipo de responsabilidade e, como consequência, o benefício de ordem (se existente ou não). Consequentemente, a necessidade (ou não) da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para que se alcance os bens do sócio.

jurídica – em nada se diferencia de uma ação judicial autônoma, possuindo partes específicas (credor e sócio da empresa devedora), causa de pedir (ausência de cumprimento da obrigação pela devedora principal) e pedido (atingir o patrimônio do sócio originalmente não responsável).

É indispensável, portanto, que no incidente exista uma verdadeira atividade cognitiva, de modo que é imperiosa a observância de todos os requisitos regulares de um processo autônomo (petição inicial, citação, contraditório e ampla defesa e decisão final devidamente motivada).

É exatamente este o ponto fulcral: a observância do procedimento instituído no art. 133 a 137 do CPC objetiva resguardar preceitos e direitos inarredáveis, tais como o direito à ampla defesa e ao contraditório. Deve-se desvencilhar a associação automática que existe do sócio como responsável solidário com a empresa e, assim, obrigado a adimplir o débito inadimplido pela sociedade.

Reconhecer que é direito primordial do sócio ter seu patrimônio afetado em um processo que originalmente não fez parte apenas após o exercício do seu direito de defesa e de uma decisão judicial devidamente fundamentada diz respeito não apenas à celeridade processual, mas à proteção dos direitos fundamentais processuais do sócio. A sentença judicial que reconhece a obrigação do sócio é uma sanção e, como tal, não pode ser imputada sem amplo exercício do direito de defesa e estando devidamente fundamentada.

Ao abordar o princípio da eficiência no direito processual civil brasileiro, Eduardo Luiz Cavalcanti Campos (2018, p. 39) sustentou que a eficiência deve ser analisada no exercício da atividade jurisdicional, de tal forma que passa a integrar o devido processo legal: “para ser devido, o processo deve ser eficiente” (CAMPOS, 2018, p. 39). Mais que isso, o autor defende que o princípio da eficiência processual é dirigido não somente ao juiz, mas também ao próprio legislador, o qual deverá criar mecanismos processuais para que o juiz tenha a possibilidade de conduzir o processo com qualidade, tempo e custos reduzidos, a fim de atingir da melhor maneira possível a sua finalidade (CAMPOS, 2018, p. 39).

Em posicionamento contrário ao adotado neste ensaio, Mozart Vilela (2017, p. 6) entende que, nos casos de aplicação da teoria maior, a medida da desconsideração é realmente excepcional. Entretanto, o autor sustenta que, em se tratando de aplicação da teoria menor da desconsideração, nas execuções fundadas em créditos trabalhistas e de consumo, é ilegítima a manutenção do mesmo entendimento, de tal forma que nestes casos entra em cena a proteção dos credores vulneráveis (trabalhadores e consumidores). O autor assume, ainda, que o binômio regra-exceção se inverte: a desconsideração é regra e seu indeferimento é a exceção nos casos de credores vulneráveis, de modo que na ponderação entre segurança e efetividade, o autor adota o entendimento de que a efetividade deve se sobrepor para realizar a opção do legislador de direito material.

Nesse sentido, ainda seria possível persistir a impressão de que o Código de Processo Civil adotou um meio inefetivo ao processo, o qual supostamente poderia obstar a satisfação do crédito, em detrimento da preservação do contraditório pleno do sócio. Porém, é válido rememorar os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira (1995, p. 7), que traça um paralelo entre a busca incessante pela efetividade e a aplicação da técnica processual:

Neste ensejo, todavia, o que acima de tudo importa é denunciar a falsa ideia da oposição entre o empenho de efetividade e a convivência com a boa técnica. Os exemplos figurados, que se poderiam multiplicar *ad infinitum*, demonstram que efetividade e técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis, que deem origem a preocupações reciprocamente excludentes, senão, ao contrário, valores complementares, ambos os quais reclamam a nossa mais cuidadosa atenção. Demonstram também que a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade.

A análise acima exposta é essencial para compactuar entendimentos que aparentam ser antagônicos, como a busca pela efetividade da desconsideração da personalidade jurídica e a necessária instauração do incidente que regulamenta tal procedimento. A opção legislativa adotada, na verdade, busca justamente a garantia do crédito do credor, sem sacrificar o

contraditório do devedor, em uma nítida sincronia de direitos fundamentais processuais.

É aqui que se busca desconstruir a compreensão de efetividade como o alcance do fim judicial almejado pela parte autora: a tutela do seu direito. O processo é uma garantia democrática de todas as partes, tanto autor – que objetiva alcançar um determinado direito –, quanto o réu – que visa ser protegido da autotutela da parte contrária e de atos discricionários do Estado. O processo democrático compatibiliza os interesses de todos, a defesa das garantias constitucionais e estabelece os procedimentos pertinentes para a proteção do bem jurídico de ambas as partes.

Na órbita do processo transitam os direitos e garantias fundamentais processuais, não sendo possível, tampouco adequado, sustentar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica ignorando o contraditório substancial do sócio, o qual será exercido no incidente trazido pelo Código de Processo Civil. O sacrifício do contraditório substancial do sócio é inconcebível, mesmo que pautado no argumento da efetividade do processo.

Destaca-se, novamente, as palavras de José Carlos Barbosa Moreira (2002, p. 1-2):

Seja como for, vale a advertência de que, nesta oportunidade, é mais o caminho em si do que a meta que me atrai a mirada. Estarei de olhos postos antes na estrada que no ponto final do itinerário, sem que isso signifique, é claro, minimizar-lhe a importância. Não se há de entender, pois, a expressão “processo socialmente efetivo” como se designasse processo apto a conduzir por força, mediante uma sentença ou o respectivo cumprimento, a resultado socialmente desejável, senão – com maior modéstia – processo apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar pela via judicial.

Analisar a efetividade do processo é olhar para o caminho em direção à meta, e não apenas para a meta (neste contexto, a satisfação do crédito). O itinerário é tão importante quanto o destino, de tal forma que as garantias processuais devem ser respeitadas ao longo de todo o percurso, daí a

necessidade da instauração do incidente para que seja desconsiderada a personalidade jurídica e os bens do sócio sejam atingidos. Assim, analisar a efetividade do processo nada mais é do que conceber se meios adequados e suficientes foram observados em sua completude, resguardando os direitos de ambas as partes.

Inversamente à imagem inicialmente exposta, a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica – como meio adequado e eficaz para que o autor busque alcançar o crédito perquirido – não se mostra oposta à efetividade do processo, ao contrário, tal aplicação compatibiliza os interesses jurídicos do autor com os do réu<sup>13</sup>. Ao mesmo tempo que estabelece a possibilidade de o credor ainda não satisfeito atingir o patrimônio de terceiro (sócio) absolutamente diferente do polo passivo original, resguarda as garantias fundamentais ao requerido para ver seu patrimônio atingido para adimplemento de dívida de outrem (sociedade).

O posicionamento aqui exposto é respaldado na compreensão de Barbosa Moreira (1995, p. 7), o qual entende que quando a técnica processual é compreendida como um entrave à efetividade do processo, em realidade, significa que a técnica não está sendo corretamente compreendida ou utilizada. Neste cenário, torna-se necessário reconhecer que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, como técnica processual para satisfação do crédito, é o procedimento mais efetivo para a conciliação dos direitos que se embatem: tanto o direito ao adimplemento do autor, quanto as garantias constitucionais e processuais do réu.

De igual forma, não há violação ao princípio da eficiência<sup>14</sup>, haja vista que este se concebe no processo civil de forma plena em sua esfera qualitativa, como assevera Leonardo Carneiro da Cunha (2014, p. 7), o qual sustenta que a eficiência estaria relacionada com a qualidade das decisões e de sua fundamentação, conduzindo à necessidade de alocação de técnicas adequadas, corretas, justas e equânimes.

---

<sup>13</sup> Aqui, faz-se referência ao sócio.

<sup>14</sup> Leonardo Carneiro da Cunha (2014, p. 11) defende a eficiência como um princípio.

#### 4 Considerações finais

Após delineados os pontos do presente trabalho, é possível perceber, primeiramente, que há muito a *disregard doctrine* era discutida doutrinariamente. Contudo, no que tange ao procedimento no ordenamento jurídico brasileiro, a regulamentação desta modalidade de intervenção de terceiros só ocorreu em 2015, quando entrou em vigência o CPC atual. Nesse sentido, destaca-se a extrema importância da posituação do procedimento, a fim de possibilitar a melhor aplicação da teoria que há muito era prevista no direito material.

Entretanto, o ponto de questionamento delineado na seção anterior não é sobre a plausibilidade ou não da desconsideração da personalidade jurídica em si – isto já é ponto pacífico –, mas sim sobre a necessidade de instauração de um incidente para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica e se tal necessidade atende à efetividade do processo.

Embora existam posicionamentos em sentido contrário à necessidade de instauração do incidente, especialmente no que diz respeito à teoria menor da desconsideração, quando envolvidos direitos trabalhistas e consumeristas, é necessário sempre ter em mente e utilizar como norte o devido processo legal e a garantia dos direitos fundamentais processuais, tanto no que diz respeito ao credor, quanto no que concerne ao devedor. Isto é, não é plausível sacrificar o direito fundamental ao contraditório e ampla defesa do sócio para a satisfação do crédito, principalmente quando se leva em consideração a necessidade de dilação probatória para a confirmação de que houve, sim, fraude ou abuso da personalidade jurídica.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica representa a técnica processual, a qual busca compatibilizar os interesses do credor em ter seu crédito satisfeito e do sócio em se defender e comprovar que não houve fraude ou abuso de direito. Portanto, é inexequível que se opte pela suposta garantia de efetividade do processo em detrimento da violação do contraditório substancial do sócio.



Conclui-se este breve ensaio, portanto, citando novamente o saudoso Mestre Barbosa Moreira (1995, p. 7), para suscitar as reflexões acerca da necessidade do incidente para a desconsideração da personalidade jurídica, mas, sobretudo, para que possamos refletir sobre a técnica processual: “quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria incapacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades”.

## 5 Referências

- ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 76.
- ANDRADE JR., Mozart Vilela. A obrigatoriedade (?) do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil*, vol. 2/2018, p. 855-875, Revista dos Tribunais, vol. 977/2017, p. 393-415, mar/2017.
- ASSIS, Araken de. **Manual de Execução**. 18ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.
- CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial Direito de Empresa**. São Paulo: Saraiva. 16ª Edição. 2012.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. *In Revista de Processo*, vol. 233/2014, p. 65-84, Jul/2014.
- DIAS, Handel Martins; XAVIER, Jose Tadeu. Dialogues about the Disregard Doctrine in the Code of Civil Procedure of 2015. 73 Rev. **Faculdade Direito Universidade Federal de Minas Gerais** 355 (2018).

DIAS, Jean Carlos; MOUTA, José Henrique; SILVA, Michel Ferro e; HOMCI, Arthur Laércio; OLIVÉRIO, Adelman. **Curso de Processo Civil Processo de Conhecimento de acordo com o Novo CPC**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2016.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias Contemporâneas do Direito e da Justiça**. 1ª Ed. Salvador: Juspodivm. 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 5. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Desconsideração inversa da personalidade jurídica – princípio da boa-fé – proibição do tu quoque – aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. *In Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 13/2017, p. 445-466, Out-Dez/2017.

DOTTI, Rogeria. Mascaras societárias e a desconsideração inversa da personalidade jurídica. *In A proteção à mulher no ordenamento jurídico brasileiro*. Coord.: ERNLUND, Daniela Ballao; MARINS, Graciela I. Curitiba: OAB/PR, 2014. (Coleção Comissões, v. 11).

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. *In Revista de Processo*, vol. 77/1995, p. 168-176, Jan-Mar/1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *In Revista de Processo*, vol. 105/2002, p. 181-190, Jan-Mar/2002.

SILVA, Michel Ferro e. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil e o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica**. *In*: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BASTOS, Antonio Adonias. *Execução e Cautelar*. Salvador: Jus Podivum, 2012.

TALAMINI, Eduardo. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Obtido em: [https://www.academia.edu/22984548/Incidente\\_de\\_desconsidera%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_personalidade\\_jur%C3%ADdica\\_2016](https://www.academia.edu/22984548/Incidente_de_desconsidera%C3%A7%C3%A3o_de_personalidade_jur%C3%ADdica_2016). Acesso em 10/06/2019, às 14:47.

TEPEDINO, Gustavo. A excepcionalidade da desconsideração da personalidade jurídica. *In Soluções Práticas - Tepedino*. Vol. 3, p. 63-78, Nov/2011.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. São Paulo: Editora Atlas. Vol. 1. 2013.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil. *In Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*. Vol. 5, p. 1331-1356, Abr/2011.

## Sobre os autores

### **Aianny Naiara Gomes Monteiro**

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA (PPGD/UFPA). Mestra em Agriculturas Familiares e Desenvolvimento Sustentável, pelo Programa de Pós-Graduação em Agriculturas Amazônicas (PPGAA), Núcleo de Ciências Agrárias e Desenvolvimento Rural (NCADR) da Universidade Federal do Pará (2015). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Pará (2013). Foi assessora jurídica na organização não-governamental rede Justiça nos Trilhos, onde atuou no acompanhamento jurídico de ações e com educação popular em direitos humanos, entre os anos de 2014 e 2016. Atualmente é Advogada do Projeto de Residência Jurídica da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (CIDHA), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA (PPGD/UFPA) e Assessora Jurídica da organização Terra de Direitos. Tem experiência com direito agroambiental e direitos humanos.

### **Ana Luisa Santos Rocha**

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará em regime de cotutela com a Université Paris I – Panthéon Sorbonne. Mestra em Direito pelo PPGD/UFPA. Membro voluntária na Clínica de Direitos Humanos da Amazônia (CIDHA/UFPA). E-mail: analuisasrocha@gmail.com.

### **Anna Laura Maneschy Fadel**

Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Pará (2011-2015). Mestre em Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos pelo Centro Universitário do Pará (2017). Membro do grupo de pesquisa (CNPQ): Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos. Professora do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará, no qual ministra as disciplinas: Introdução ao Estudo do Direito I e II, Direitos Humanos e História do Direito e do Pensamento Jurídico e Filosofia do Direito. Tem experiência na área de Direito, Filosofia e Ciência Política, com ênfase em Teoria do Direito, Teoria Política, Direitos Humanos e Filosofia do Direito.

### **Bernardo Augusto da Costa Pereira**

Doutorando pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil dos cursos de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA e da Faculdade Ideal – FACI-WYDEN. Advogado.

### **Bruno Brasil de Carvalho**

Possui graduação em Direito pela UFPA (2000), mestrado em Direito pelo PPGD-UFPA (2005), atualmente cursa doutorado em Direito no PPGD-UFPA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: responsabilidade civil, direito de famílias, direito civil-constitucional. É advogado e professor de Direito Civil na graduação e pós-graduação do CESUPA.

### **Camilly Gouvea Proença**

Mestranda em Direito das ONGS, Direito Humanitário e Direitos Humanos pela Universidade de Estrasburgo, França. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Advogada.

### **Cássius Guimarães Chai**

Mestre e Doutor em Direito Constitucional UFMG/Cardozo School of Law/Capes. Estudos pós-doutorado the Hague Academy of International Law (Holanda), Universidad de Salamanca (Espanha), European University Institute (Itália), Central European University (Hungria), Visiting Law Professor the Normal University of Political Science and Law Shanghai, China, Visiting Law Research and Professor Normal University of Political Science and Law Beijing (Research Center on International Cooperation G20). Pós-doutorando Universidade do Porto (Portugal). Membro da International Association of Prosecutors, International Association of Constitutional Law e da European Society of International Law. Membro do Conselho Científico da ABDI. Professor Associado UFMA. Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão, Diplomado Escola Superior de Guerra, Ministério da Defesa, Brasil, Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia 2019.

### **Catiucia de Lurdes Silveira**

Acadêmica do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior Dom Alberto – RS.

### **Debora da Silva Vieira**

Mestranda em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA), na área temática “Normas Fundamentais Processuais e Processo Coletivo/Técnicas de Coletivização”. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Membro da Liga Acadêmica Jurídica do Pará (LAJUPA). Advogada. E-mail: vieirasdebora@gmail.com

### **Dorival Fagundes Cotrim Júnior**

Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia Política e Jurídica, bem como em Ciência Política. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC Rio. Atualmente estuda a articulação entre Direitos Humanos e Saúde. Graduação em Direito na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na qual atuou como monitor de Direito Administrativo e Teoria do Direito.

### **Eduardo Neves Lima Filho**

Doutorando em Direito na linha de pesquisa Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará (ESM/PA) em parceria com o Centro Universitário do Pará (CESUPA). Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Professor Convidado da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará (ESM/PA). Advogado. Sócio do Escritório Faro & Lima Advogados Associados.

### **Eldio Thiago Teixeira Neves**

Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas de Castanhal (2014) e graduação em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário do Estado do Pará (2009). Especialista em direito e planejamento tributária e Mestrando em Direito Políticas Públicas e Desenvolvimento regional no PPGD do CESUPA (Centro Universitário do Pará), advogado sócio - Sena Advocacia e contador - Consultável - Consultoria Contábil e Administrativa. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário e Direito do Trabalho.

### **Gisele Santos Fernandes Góes**

Doutora (PUC-São Paulo) e Mestre (UFPA) em Direito. Procuradora Regional do Ministério Público do Trabalho. Professora da Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro do Instituto Ibero Americano de Derecho Procesal. Membro IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro da ABDPRO (Academia Brasileira de Direito Processual). Membro da ANNEP (Associação dos Professores de Processo das Regiões Norte e Nordeste do Brasil). Co-fundadora do Projeto Mulheres de Processo Civil. Autora de livros e artigos jurídicos. Professora de cursos de pós-graduação no Brasil. E-mail: gisagoes@hotmail.com.

### **Jean Carlos Dias**

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Unesa, Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará. Advogado. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), onde também coordena o Programa de Pós-graduação em Direito. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do estado do Pará, do Centro de Formação do Ministério Público do Estado do Pará, da Escola Superior da Advocacia, da Escola Judiciária do Tribunal de Justiça do Amapá, da Escola Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Membro do Instituto dos Advogados do Pará, da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo, do Instituto Brasileiro da Política e Direito da Informática, da Fundação Brasileira de Direito Econômico. E-mail: jean@bastosedias.com.

### **João Daniel Daibes Resque**

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/Rio. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Visiting Scholar na Columbia University e na University of Wisconsin. Professor e Advogado. E-mail: joaod.resque@hotmail.com

### **José Helder Benatti**

Formado em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Pará (1986), mestre em Direito e instituições jurídica e social da Amazônia pela Universidade Federal do Pará (1996) e doutor em ciência e desenvolvimento socioambiental pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da Universidade Federal do Pará (2003). Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Consultor ad hoc do CNPq e da CAPES. Atualmente é pesquisador do CNPq, Professor Associado IV da Universidade Federal do Pará e Diretor Geral do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito de Propriedade e Meio Ambiente, atuando principalmente com os seguintes temas: Amazônia, ordenamento territorial, populações tradicionais, unidade de conservação, regularização fundiária e posse agroecológica.

### **Laércio Dias Franco Neto**

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (2010) e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará (2014). Atualmente é advogado, membro da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia da UFPA e professor do curso de Direito da Faculdade Metropolitana da Amazônia, responsável pelas disciplinas Direitos Humanos e Direito Internacional. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional Público e Direitos Humanos.

### **Lara Santos Zangerolame Taroco**

Professora da Faculdade de Direito do Centro de Ensino Superior Dom Alberto - RS. Secretária executiva da Rede Brasileira de Direito e Literatura - RDL. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Integrante do Grupo de Pesquisa Teoria Crítica do Constitucionalismo - CNPq.

### **Manuel Albino Ribeiro de Azevedo Júnior**

Mestrando em Direito pela UFPA. Pós-Graduado em Direito Processual Civil Individual e Coletivo e bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (2018). Pós-Graduando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (conclusão prevista para 2019). Atualmente é advogado - Siqueira, Lima e Erichsen Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito Processual Civil, Direito Empresarial, Direito Civil e Direito do Consumidor.

### **Matheus de Carvalho Hernandez**

Professor de Relações Internacionais e do Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados. Visiting Scholar (estágio pós-doutoral), entre 2017 e 2018, no Institute for the Study of Human Rights, da Columbia University (EUA) conduzindo a pesquisa "The United Nations Office of the High Commissioner for the Human Rights and the Sustainable Development Goals". Doutor em Ciência Política pela UNICAMP. Melhor tese em Ciência Política de 2015 segundo a ANPOCS e Menção Honrosa no Concurso de Teses em Ciências Sociais 2015 também da ANPOCS. Mestre em Ciências Sociais e Bacharel em Relações Internacionais pela UNESP. Editor da Monções - Revista de Relações Internacionais da UFGD. Coordenador da coluna "Direito e Direitos Humanos" do Blog da Lua Nova (CEDEC). Coordenador da Terceira Edição (2012-2013) da Pós-Graduação lato sensu (especialização) em Direitos Humanos e Cidadania da UFGD. Vice-coordenador da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da UFGD. Representante suplente da UFGD no Comitê Estadual para Refugiados, Migrantes e Apátridas do Mato Grosso do Sul. Pesquisador do Instituto Nacional de Estudos sobre os Estados Unidos e da Rede Interinstitucional de Pesquisa em Política Externa e Regime Político. Sócio da Associação Brasileira de Relações Internacionais, da Associação Brasileira de Ciência Política e do Academic Council on the United Nations System. Tem como eixo de pesquisa o tema dos direitos humanos na política internacional.

### **Mariana Lucena Sousa Santos**

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2012), com especialização em Consultoria Jurídica Empresarial pelo Centro Universitário do Instituto de Ensino Superior COC. Mestranda em Direito na Universidade Federal do Pará, área de concentração em Direitos Humanos, linha de pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos. Professora das disciplinas Constitucional I e II, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Assessora Jurídica da Prefeitura Municipal de Imperatriz/MA de 2012 a 2016, exercendo suas funções junto à Secretaria de Saúde, acompanhando e atuando em demandas judiciais e extrajudiciais no que concerne à Saúde Pública. Advogada atuante nas áreas cível, criminal, empresarial, trabalhista e administrativa. Professora substituta aprovada em primeiro lugar na área de Direito Privado na Universidade Federal do Maranhão - UFMA, onde já ministrou as disciplinas de Teoria Geral do Processo, Direito do Trabalho I, Direito Previdenciário, Direito Municipal e Ética.

### **Natália Mascarenhas Simões Bentes**

Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora do Centro Universitário do Estado do Pará e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Coordenadora



da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Advogada.

### **Pastora do Socorro Teixeira Leal**

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (1985), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará (1998) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, Direito Civil e Direito de Danos, atuando principalmente nos seguintes temas: responsabilidade civil, argumentação jurídica, súmula vinculante, direito civil-constitucional, limites constitucionais à autonomia privada coletiva. É Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região(PA) e professora de graduação (Direito Civil) e de pós-graduação (Teoria do Direito) da UFPA e UNAMA.

### **Rafaela Teixeira Sena Neves**

Doutoranda em Direito pela UFPA. Visiting scholar at Human Rights Institute of Columbia University in the City of New York (2019); Global Legal Studies of Wisconsin University (2018-2019); Forsythe Family Program on Human Rights and Humanitarian Affairs of University of Nebraska/Lincoln (2019); Universidad Iberoamericana Ciudad de México (2018); PUC RIO (2017) e na FGV SP (2017). Mestre em Direito pela UFPA (2016). Successfully attended in the Academy on Human Rights and Humanitarian Laws Program of Advanced Studies on Human Rights and Humanitarian Law of the American University Washington College of Law (2015). Pesquisadora Visitante da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2015). Bacharela em Direito pelo CESUPA (2014). Advogada.

### **Thiago Augusto Azevedo Galeão**

Doutorando em Direito (Direito, Estado e Constituição) pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Especialista em Direito Civil - PUC MG. Professor da Universidade Federal de Mato Grosso. Advogado (OAB/MT).

### **Verena Holanda de Mendonça Alves**

Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde foi bolsista por colocação, frente aprovação em primeiro lugar na seleção de 02/2016. Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Pará - CESUPA. Professora da Faculdade Metropolitana da Amazônia - FAMAZ, onde leciona Direito Penal, Processo Penal, Prática Penal e Ética Profissional. Professora do Centro Universitário do Pará - CESUPA, onde leciona Direito Penal. Pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia. Membro do grupo de pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos. Inscrita na OAB/PA sob o nº 19043.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



**[www.editorafi.org](http://www.editorafi.org)**  
[contato@editorafi.org](mailto:contato@editorafi.org)