

DEMOCRATIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA

2022



CNJ | CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Presidente

Ministro Luiz Fux

Corregedora Nacional de Justiça

Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Conselheiros

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Mauro Martins

Salise Sanchotene

Tânia Regina Silva Reckziegel

Richard Pae Kim

Marcio Luiz Freitas

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Sidney Pessoa Madruga

Mário Henrique Aguiar Goulart Ribeiro Nunes Maia

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Secretário-Geral

Valter Shuenquener de Araujo

Secretário Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica

Marcus Livio Gomes

Diretor-Geral

Johanness Eck

DEMOCRATIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA

———— 2022 ————

© 2022. CNJ | CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

TODOS OS DIREITOS AUTORAIS RESERVADOS.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

EXPEDIENTE

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Secretária de Comunicação Social

Juliana Neiva

Chefe da Seção de Comunicação Institucional

Rejane Neves

Diagramação

Eduardo Trindade

Revisão

Carmem Menezes

FICHA CATALOGRÁFICA

C755d

Conselho Nacional de Justiça.

Democratizando o acesso à Justiça: 2022 / Conselho Nacional de Justiça; Flávia Moreira Guimarães Pessoa, organizadora. – Brasília: CNJ, 2022.

175 p. : il.

ISBN: 978-65-5972-037-8

1. Acesso à Justiça, Brasil 2. Poder Judiciário, Brasil I. Título II. Pessoa, Flávia Moreira Guimarães.

CDD: 340

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

SAF SUL Quadra 2 Lotes 5/6

CEP: 70070-600 – Brasília-DF

CNPJ: 07.421.906/0001-29

www.cnj.jus.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 7

**PARTE I | 2º DEMOCRATIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA:
JUSTIÇA SOCIAL E O PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI 9**

1 DEMOCRATIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: JUSTIÇA SOCIAL E O PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI 11
ÉLBIA ROSANE SOUSA DE ARAÚJO

2 DEMOCRATIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA: JUSTIÇA SOCIAL E O PODER JUDICIÁRIO DO SÉCULO XXI 19
EVERALDO PATRIOTA

3 DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: IGUALDADE MATERIAL COMO DEVER DE NÃO DISCRIMINAÇÃO 23
LUCIANA PAULA CONFORTI

4 MINORIAS PRIVADAS DE LIBERDADE E O TRABALHO DO DMF/CNJ 31
CARLOS GUSTAVO VIANNA DIREITO / RENATA LAURINO

5 ELITISMO JURÍDICO E DEMOCRATIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA 37
YURI COSTA / JEAN NUNES

**PARTE II | ACESSO À JUSTIÇA:
DIÁLOGO, DIVERSIDADE E DESENVOLVIMENTO 45**

6 PALAVRAS DO PRESIDENTE MINISTRO HUMBERTO MARTINS NO COLÓQUIO ACESSO À JUSTIÇA – DIÁLOGO, DIVERSIDADE E DESENVOLVIMENTO – DA COMISSÃO PERMANENTE DE DEMOCRATIZAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DOS SERVIÇOS JUDICIÁRIOS DO CNJ 47
MINISTRO HUMBERTO MARTINS

7 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA PROJEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 49
MINISTRA MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA

8	VISÃO PANORÂMICA DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL	73
	MINISTRO EMMANOEL PEREIRA	
9	DIREITOS HUMANOS E DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA	77
	RENATA GIL	
10	DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO: REFORMA TRABALHISTA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	87
	LUCIANA PAULA CONFORTI / LUIZ ANTONIO COLUSSI	
11	CASO XIMENES – CIDH	95
	THEREZA CHRISTINA NAHAS	
12	A INTEGRAÇÃO DA AGENDA 2030 NO PODER JUDICIÁRIO	105
	RAECLER BALDRESCA	
13	POVO XUCURU NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O ETERNO PROBLEMA DA GARANTIA DA PRORIEDADE DAS TERRAS TRADICIONAIS	111
	LIZIANE PAIXÃO SILVA OLIVEIRA	
14	ACESSO À JUSTIÇA, INTERSECCIONALIDADE E A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS	119
	LUCIANA PAULA CONFORTI	
15	A CRIAÇÃO DA UNIDADE DE FISCALIZAÇÃO E MONITORAMENTO DAS DELIBERAÇÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	127
	LUÍS GERALDO SANT'ANA LANFREDI / ISABEL PENIDO DE CAMPOS MACHADO	
16	AFERIÇÃO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	135
	VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI / MARCELLE RODRIGUES DA COSTA FARIA / KLEDSON DIONYSIO DE OLIVEIRA	
17	CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL	161
	PROF. ANDERSON MARCOS DOS SANTOS	
18	A IMPORTANCIA DO DIÁLOGO INTERSINSTITUCIOANAL INTERNACIONAL ENTRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	169
	FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA	

APRESENTAÇÃO

Com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o Brasil passou a contar com uma instituição responsável por liderar o processo de aperfeiçoamento do Poder Judiciário brasileiro, capacitando-o para as exigências de eficiência, transparência e responsabilidade que os novos tempos impõem.

Nesse contexto, foi criada a Comissão Permanente de Democratização e Aperfeiçoamento dos Serviços Judiciários, por meio da Resolução CNJ n. 296/2019, com competência para, entre outras, propor estudos que visem à democratização do acesso à Justiça e propor ações e projetos destinados ao combate da discriminação, do preconceito e de outras expressões da desigualdade de raça, gênero, condição física, orientação sexual, religiosa e de outros valores ou direitos protegidos ou que comprometam os ideais defendidos pela Constituição Federal de 1988.

Como uma das realizações daquela Comissão Permanente, presidida pela Conselheira Flávia Moreira Guimarães Pessoa e integrada pelos então Conselheiros Luiz Fernando Keppen e Henrique Ávila, foi promovido o evento **II Democratizando o Acesso à Justiça: Justiça Social e o Poder Judiciário no Século XXI**, realizado no dia 22 de fevereiro de 2021, por videoconferência, virtualmente, por meio da plataforma Cisco Webex, e transmitido ao vivo pelo canal do CNJ no YouTube, com registro total de 1.765 inscritos, alcançando cerca de 360 visualizações no YouTube.

O evento foi estruturado em painéis, iniciando-se pelo painel intitulado “Pandemia e Justiça Social”, seguido pelo painel “Justiça Social, Democratização do Acesso à Justiça e o Poder Judiciário no Século XXI”. Na ocasião foi lançada a publicação que reúne os diversos posicionamentos apresentados pelas autoridades e especialistas durante a 1ª edição do evento realizado no dia 30 de julho de 2020.

A destacada Comissão Permanente também promoveu o evento intitulado “**Acesso à Justiça: Diálogo, Diversidade e Desenvolvimento**”, em 21 de maio de 2021. Colóquio realizado virtualmente por meio da plataforma Cisco Webex, com registro de 1.050 inscrições atingiu cerca de 1,5 mil visualizações no período da manhã e 1,2 mil visualizações no período da tarde, pela página do CNJ no YouTube.

O evento contou com a participação da Conselheira Flávia Moreira Guimarães Pessoa como presidente de mesa do Painel I “Diálogo, Diversidade e Desenvolvimento” e do Conselheiro Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho como presidente do Painel II “Agenda 2030 no Poder Judiciário”.

Esse importante e proveitoso foi encerrado com as belíssimas e judiciosas palavras do Ministro Alexandre Souza de Agra Belmonte, tendo como foco a desigualdade social. Afirmou, então, que:

A judicialização no Brasil persiste em níveis estratosféricos comparado a outros países. Uma das razões reside na desigualdade social e no preconceito por motivos de gênero, raça, cor, orientação sexual, nacionalidade e naturalidade, que tornam as relações conflitivas.

Como um dos resultados das honrosas e profícuas palestras proferidas nos destacados painéis de ambos os eventos, tem-se a presente edição, a qual traz a compilação dos textos e das propostas apresentados naquelas oportunidades.

Nesses termos, a edição 2022 é apresentada em Parte I, contemplando os artigos produzidos no evento realizado em fevereiro de 2021 e Parte II com aqueles elaborados no colóquio de 21 de maio de 2021. São eles:

PARTE I

- “Democratizando o acesso à justiça das pessoas com deficiência: justiça social e o poder judiciário no século XXI”, de *Élbia Rosane Sousa de Araújo*.
- “Democratizando o acesso à justiça: justiça social e o Poder Judiciário do século XXI”, de *Everaldo Patriota*.
- “Democratização do acesso à justiça do trabalho segundo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: igualdade material como dever de não discriminação”, de *Luciana Paula Conforti*.
- “Minorias privadas de liberdade e o trabalho do DMF/CNJ”, de *Carlos Gustavo Vianna Direito e Renata Laurino*.
- “Elitismo jurídico e democratizando do acesso à justiça”, de *Yuri Costa e Jean Nunes*.

PARTE II

- “Colóquio acesso à justiça – diálogo, diversidade e desenvolvimento”, de *Ministro Humberto Martins*.
- “Caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil”, de *Anderson Marcos dos Santos*.
- “Direito fundamental de acesso à justiça do trabalho: reforma trabalhista e a interpretação constitucional”, de *Luciana Paula Conforti e Luiz Antonio Colussi*.
- “Visão panorâmica do acesso à justiça no Brasil”, de *Ministro Emmanoel Pereira*.
- “A criação da unidade de fiscalização e monitoramento das deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça”, de *Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi e Isabel Penido de Campos Machado*.
- “Povo xucuru na Corte Interamericana de Direitos Humanos: o eterno problema da garantia da propriedade das terras tradicionais”, de *Liziane Paixão Silva Oliveira*.
- “Acesso à justiça, interseccionalidade e a jurisprudência trabalhista da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus”, *Luciana Paula Conforti*.
- “O controle de convencionalidade e sua projeção no ordenamento jurídico brasileiro”, de *Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha*.
- “A integração da agenda 2030 no poder judiciário”, de *Raecler Baldresca*.
- “Direitos humanos e democratização do acesso à justiça”, de *Renata Gil*.
- “Caso Ximenes – CIDH”, de *Thereza Christina Nahas*.
- “Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público”, de *Valerio de Oliveira Mazzuoli, Marcelle Rodrigues da Costa Faria e Kledson Dionysio de Oliveira*.
- “A importância do diálogo intersinstitucional internacional entre o sistema interamericano de direitos humanos e o poder judiciário brasileiro”, de *Flávia Moreira Guimarães Pessoa*.

PARTE I

2º DEMOCRATIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA: JUSTIÇA SOCIAL E O PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI





1 DEMOCRATIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: JUSTIÇA SOCIAL E O PODER JUDICIÁRIO NO SÉCULO XXI

ÉLBBIA ROSANE SOUSA DE ARAÚJO

Em seguida compara o efeito da educação e da sua falta na nossa natureza a uma experiência como a seguinte: imagina seres humanos habitando uma espécie da caverna subterrânea, com uma longa entrada acima aberta para a luz e tão larga como a própria caverna. Estão ali desde a infância, fixados no mesmo lugar, com pescoços e pernas sob grilhões, unicamente capazes de ver à frente, visto que os grilhões os impedem de virar suas cabeças... (Platão, **O mito da caverna**, Edipro, 1ª Edição, 2019).

1.1 INTRODUÇÃO

Para adentrarmos em um tema tão sensível, humano e muitas vezes invisível, como o voltado para as pessoas com deficiência, é preciso que saíamos da “caverna” em direção à luz. Devemos nos soltar dos “grilhões” que impedem que viremos nossas cabeças e deixarmos de olhar só para frente, ou para nós mesmos, a fim de que, olhando ao nosso redor, possamos ir para a luz e enxergar nossos irmãos com deficiência. Irmãos, sim, pois somos todos parte da mesma família humana universal.

Com uma metodologia de pesquisa oriunda das fontes do ordenamento jurídico que tratam das matérias referentes às pessoas com deficiência, o objetivo central deste trabalho será fornecer a devida visibilidade que tema tão importante para a constituição de um Estado Democrático de Direito precisa, sugerindo a necessidade de se concretizar de fato o acesso a serviços fundamentais, a igualdade e dignidade humana que as pessoas com deficiência necessitam para viver em sociedade.

1.2 DEFINIÇÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A fim de contextualizar o tema em questão, pessoa com deficiência, inclusão e democratização do acesso à justiça, é necessário que haja a conceituação do que é deficiência e pessoa com deficiência, na sua acepção legal. Para a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência,¹ que tem *status* constitucional, deficiência, “é um conceito em evolução e resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Por sua vez, o art. 2º da Lei n. 13.146/2015, a Lei Brasileira de Inclusão (conceito também disciplinado no art. 1º da Convenção Internacional das PCD²) diz que:

¹ Promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

² Sigla utilizada para abreviar “Pessoas com Deficiência”.

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Percebe-se, assim, que a deficiência tem características amplas, sendo de longo prazo. Pode afetar uma pessoa causando-lhe limitações de ordem física, mental, sensorial ou intelectual a exemplo de cadeirantes, pessoas com membros amputados, deficientes visuais e auditivos, paralisia cerebral, autistas, síndromes raras, entre outras tantas formas de manifestação.

Esses impedimentos, em interação com barreiras, por certo causam obstrução na plena participação dessas pessoas, em igualdade de condições, na vida social, e no exercício de sua plena cidadania. Estas barreiras previamente mencionadas podem ser caracterizadas sob variados aspectos, como no que diz respeito a questões arquitetônicas, estruturais, urbanísticas, mas, sobretudo, atitudinais.

1.3 DADOS NACIONAIS DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A IMPORTÂNCIA DA CONSCIENTIZAÇÃO, CONHECIMENTO E ABERTURA DO OLHAR SOCIAL, DOS OPERADORES DO DIREITO, LEGISLADORES, E DEMAIS OPERADORES DA JUSTIÇA SOBRE O TEMA

Em pesquisa realizada pela presente autora, foram obtidos dados que constataram que, no Brasil, há mais de 45 milhões de pessoas com deficiência, o que representa cerca de 24% da população, conforme o último censo do IBGE, de 31 de janeiro de 2018. Quando confrontado o presente número de pessoas com deficiência com o tratamento social que geralmente lhes é submetido, podemos constatar que se trata da maior minoria do planeta.

A temática PCD, no que corresponde ao direito à inclusão, acessibilidade e igualdade é fartamente positivada no ordenamento jurídico, seja na Constituição Federal, na Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, na Agenda 2030 da ONU, na LBI, em leis esparsas, em Resoluções do CNJ e muitas outras. Nesse sentido, não há que se falar em primeiro momento de carência legislativa, mas sim de falta de aplicabilidade das diretrizes legais.

Por certo, os regramentos normativos se fazem necessários a fim de que, por imposição deles, condutas e comportamentos sejam observados pela sociedade, até que esta atinja um nível de evolução, onde a inclusão, empatia, alteridade e respeito às pessoas com deficiência, seja algo natural, decorrente de um estado de consciência tal, que, quiçá, não enseje mais a necessidade de normas para um verdadeiro equilíbrio e inclusão, dentro de todo sistema social e cultural.

A conscientização social só decorrerá de um mínimo conhecimento do que é se ter uma deficiência e quais as consequências disso na vida das PCD e seus familiares. Com base na evidente carência de empatia para com as pessoas com deficiência, percebe-se que há uma distância abissal entre o que está positivado no campo normativo e a realidade concreta.

Para que haja qualquer implementação efetiva de políticas voltadas para PCD, é necessário que, antes de tudo, se entenda o sentido maior, as delicadezas, as dificuldades diárias, os preconceitos sofridos, sob pena de se continuar uma exclusão por omissão, ou pela confecção de leis ou regulamentos que, por falta de um conhecimento mais aprofundado de quem os redige e aprova, não atingem a finalidade de efetivação, na prática, do exercício da plena cidadania dessas pessoas, por meio de uma verdadeira inclusão e acesso a todo o sistema de justiça.

1.4 BARREIRAS ATITUDINAIS, PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO

As barreiras atitudinais podem ser conceituadas como atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas. De todas as barreiras que existem e que criam dificuldades às PCD, no reconhecimento de seus direitos e na efetivação da sua plena cidadania, observa-se que as mais graves e ocorrentes são as barreiras atitudinais.

É necessário que se reconheça o preconceito e a discriminação, bem como outras barreiras de atitude, como uma realidade, de natureza externa e interna, que provém até de nós mesmos. Nunca haverá justiça social enquanto o preconceito e a discriminação não forem banidos de nossas mentes, corações e ações, pois é evidente que, uma vez sendo o Estado gerido por seres humanos, inevitavelmente as características das suas subjetividades, irão, muitas vezes, influenciar em suas atividades funcionais.

A igualdade jurídica não pode se resumir a uma ficção legal, devendo se traduzir em uma Justiça para todos, pois igualdade formal sem igualdade real, na prática, não passa de desigualdade, o que não pode mais ser admitido sob a égide dos Direitos Humanos previstos na Constituição Federal. A Conscientização está positivada no artigo 8º da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência, que prevê uma série de medidas, a saber:

Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para:

- a) Conscientizar toda a sociedade, inclusive as famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência e fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência;
 - b) Combater estereótipos, preconceitos e práticas nocivas em relação a pessoas com deficiência, inclusive aqueles relacionados a sexo e idade, em todas as áreas da vida;
 - c) Promover a conscientização sobre as capacidades e contribuições das pessoas com deficiência.
2. As medidas para esse fim incluem:
- a) Lançar e dar continuidade a efetivas campanhas de conscientização públicas, destinadas a:
 - i) Favorecer atitude receptiva em relação aos direitos das pessoas com deficiência;
 - ii) Promover percepção positiva e maior consciência social em relação às pessoas com deficiência;
 - iii) Promover o reconhecimento das habilidades, dos méritos e das capacidades das pessoas com deficiência e de sua contribuição ao local de trabalho e ao mercado laboral;
 - b) Fomentar em todos os níveis do sistema educacional, incluindo neles todas as crianças desde tenra idade, uma atitude de respeito para com os direitos das pessoas com deficiência;
 - c) Incentivar todos os órgãos da mídia a retratar as pessoas com deficiência de maneira compatível com o propósito da presente Convenção;
 - d) Promover programas de formação sobre sensibilização a respeito das pessoas com deficiência e sobre os direitos das pessoas com deficiência.

1.5 CONHECIMENTO, SENSIBILIDADE, COMPREENSÃO E ABSOLUTA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS, PELOS PODERES CONSTITUÍDOS, OPERADORES DO DIREITO E SERVIÇOS AUXILIARES, QUANDO NOS PROCESSOS HOUVER PCD ENVOLVIDA, DE FORMA DIRETA OU INDIRETA, A FIM DE SE EFETIVAR, VERDADEIRAMENTE A INCLUSÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

Aqui gostaria de chamar a atenção para questões de ordem prática, que muitas vezes não são observadas, até por uma compreensível falta de conhecimento das peculiaridades de cada deficiência. A fim de, efetivamente, se possibilitar o acesso inclusivo e acessível à justiça, quando estiver envolvida de forma direta ou indireta, uma pessoa com deficiência, seja física ou intelectual. Existem princípios constitucionais, mormente os da dignidade da pessoa humana e igualdade, que devem ser observados.

Seja no momento inicial de surgimento de uma demanda, seja na condução de todo o processo ou procedimento, até julgamento ou desfecho final, a PCD deverá ser tratada sob o enfoque do direito fundamental da isonomia, ou seja, ser tratada de forma igual, levando em consideração a sua desigualdade. Esses preceitos, inclusive, estão positivados na Convenção Internacional e na Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015).

1.6 DEMOCRATIZAÇÃO E INCLUSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA DAS PCD: ACESSO, ACESSIBILIDADE E MEDIDAS CONCRETAS

Inicialmente, importante diferenciarmos os conceitos de acesso e acessibilidade:

A palavra acesso tem origem no latim *accessus*, podendo significar ingresso, caminho, ato de chegar, de se aproximar.

Por sua vez, acessibilidade é a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

É importante frisar que acessibilidade e inclusão vão muito além de questões estruturais e arquitetônicas. A plena garantia de acesso à justiça pelas pessoas com deficiência, perpassa, indo muito além de um mero reconhecimento público sobre as disciplinas legais e sua validade. A Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, de *status* constitucional e equivalente a uma Emenda Constitucional, deve ser amplamente conhecida e aplicada pelo Poder Judiciário e todo Sistema de Justiça, sem ressalvas, sem o que configurará mais discriminação e exclusão.

A Lei Brasileira de Inclusão, em seus artigos 79 a 83, determina medidas concretas a serem tomadas, no sentido de assegurar o acesso das PCD à justiça, em igualdade de condições. Este dispositivo legal foi além da convenção internacional, no que diz respeito ao acesso à justiça, tratando, de forma clara, não apenas da garantia do acesso aos jurisdicionados, mas também garantindo a acessibilidade por meio de recursos e adaptações de tecnologia assistiva que estejam disponíveis, aos magistrados, aos membros do Ministério Público, aos defensores, aos advogados e aos demais agentes da Justiça. Vejamos:

Art. 79 – O Poder Público deve assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, garantindo, sempre que requeridos, adaptações e recursos de tecnologia assistiva.

Art. 80 – Devem ser oferecidos todos os recursos de tecnologia assistiva disponíveis para que a pessoa com deficiência tenha garantido o acesso à justiça, sempre que figure em um dos polos da ação, ou atue como testemunha, participe da lide posta em juízo, advogado, defensor público, magistrado ou membro do Ministério Público.

Por sua vez, a Convenção Internacional, em seu art. 13, acesso à justiça, diz que:

1 – os estados partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares, a fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça; 2 – os estados partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área da administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário;

Nesse sentido, cumpre ainda destacar duas importantes fontes de diretrizes aplicáveis ao presente tema.

ODS 16 DA AGENDA 2030 DA ONU: Também disciplina, entre seus objetivos, o acesso à justiça; promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis (grifo nosso).

RESOLUÇÃO 230 DO CNJ, JULHO 2016: Tem como finalidade orientar a adequação das atividades dos órgãos do poder judiciário e de seus serviços auxiliares, no que diz respeito às determinações contidas na convenção internacional sobre os direitos das PCD bem como na LBI. Essa resolução também determinou que cada tribunal instituisse a Comissão Permanente de Acessibilidade e Inclusão, cuja atuação deve ser direcionada à promoção da acessibilidade da PCD.

Como se percebe, o acesso à justiça das pessoas com deficiência e as formas de sua efetiva implementação estão previstos em vários ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais. No entanto, não há pleno exercício da cidadania desses sujeitos de direito, se não houver a implementação, na prática, do que está amplamente positivado. As leis existem, mas precisamos efetivamente colocá-las em prática, e o Estado deve estar suficientemente aparelhado para dar garantia a todos, ao acesso à Justiça, com o pleno exercício de seus direitos.

1.6.1 Adaptação dos sistemas digitais: o progresso digital não pode ser fonte de exclusão

O processo judicial eletrônico exige interoperabilidade comunicacional, mas neste não há acessibilidade, pois, por exemplo, não possui leitor de tela e não pode ser lido por deficientes visuais, dificultando a comunicação e o acesso à justiça. O CNJ, nesse sentido, por meio da Resolução n. 332/2020, considerando os avanços da tecnologia, viabilizou a implementação de mecanismos de Inteligência Artificial em âmbito judicial, considerando a promoção de bem-estar e a prestação equitativa com uso da mencionada ferramenta, o que colabora diretamente com o acesso mais democrático à justiça, inclusive as PCDs.

Para a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, a comunicação abrange as línguas, a visualização de textos, o braile, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação acessíveis.

A Convenção retro mencionada trata que a adaptação razoável significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as PCD possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, mormente numa era de direito e juízo digitais.

A mudança, a sofisticação e a modernização dos sistemas processuais digitais não podem, jamais, ignorar o estado de desigualdade social que ainda, infelizmente, vivemos. Não se pode admitir que, enquanto os sistemas processuais estão evoluindo, as minorias mais vulneráveis como as PCD padeçam de mais exclusão. Tal discriminação iria totalmente de encontro com a finalidade principal do desenvolvimento tecnológico, que visa, sobretudo, transpor as barreiras existentes e abrir possibilidades para a democratização dos mais diversos serviços.

Com base no que fora exposto neste tópico, entendemos que se deve garantir ao vulnerável exercer suas possibilidades de forma plena e efetiva. Assim, urge que haja a implementação e adequação dos recursos tecnológicos assistivos, para que a PCD possa exercer, de igual para igual seus direitos, não havendo qualquer óbice em razão de sua condição física, mental, intelectual, múltipla ou sensorial.

1.6.2 Capacitação dos operadores do Sistema de Justiça

Entendemos que a capacitação dos operadores do sistema de justiça, na temática PCD, deve ser obrigatória e ocorrer já no curso de formação respectivo. Aos profissionais já em atividade, deve ser proporcionada a devida reciclagem. A Lei Brasileira de Inclusão é clara em seu Art. 79, quando determina que, a fim de garantir a atuação da pessoa com deficiência em todo o processo judicial, o poder público deve capacitar os membros e os servidores que atuam no Poder Judiciário, no Ministério Público, na Defensoria Pública, nos órgãos de segurança pública, e no sistema penitenciário quanto aos direitos da pessoa com deficiência.

A capacitação dos operadores do sistema de justiça, desde o porteiro até as autoridades respectivas, é de extrema importância para a efetiva inclusão e acessibilidade do acesso a esse sistema jurisdicional pelas pessoas com deficiência. A capacitação, por exemplo, pode ocorrer em relação aos deficientes visuais e auditivos, com a existência de um servidor ou colaborador que entenda da língua de sinais e que consiga efetivamente orientar um deficiente visual caso seja necessário.

Os profissionais devem compreender e serem capacitados para mediar, conduzir e julgar determinados processos, como os de família, violência doméstica, interdições e muitos outros que envolvam pessoas com deficiência, de forma direta ou indireta. A capacitação deve consistir não só em saber lidar com os deficientes, mas também em conhecimento profundo dos princípios constitucionais e da legislação pertinente, a fim de que os julgados tenham qualidade técnica, mas sobretudo humana.

1.6.3 Efetiva prioridade na tramitação dos processos, quando estiver envolvida de forma direta ou indireta PCDS: observância no horário do agendamento das audiências, para evitar longa espera e o uso das tecnologias em âmbito judicial

Muitas vezes, por não se ter um convívio ou conhecimento mais aprofundado das dificuldades de uma pessoa com deficiência, deixa-se de observar rotinas e comportamentos simples, mas que são de grande importância para os deficientes. Assim, melhor organização nos horários das audiências, ou dos atendimentos, por exemplo, implica em grande humanidade para essas pessoas.

Imaginemos, por exemplo, uma pessoa em cadeira de rodas, esperando o horário da sua audiência. Se houver um atraso nas iniciais, essa pessoa ficará um longo tempo em espera. Se sentir necessidade de ir ao banheiro, por exemplo, será que se pensa na dificuldade prática dessa pessoa e de quem a acompanha? Assim, propomos que as audiências possam ser agendadas nos primeiros horários, para que se possam minimizar situações de dificuldade para essas pessoas e suas famílias.

Sabe-se que a justiça digital veio para ficar e sua eficácia tem sido amplamente comprovada no período pandêmico. Assim, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, entendemos que todas as audiências envolvendo pessoas com deficiência, de forma direta ou indireta, ocorram de forma virtual, havendo requerimento justificado. Em alguns processos, como de curatela, deve-se observar se há pedido de entrevista tanto judicial, como realização de perícia ou estudo social, em domicílio, ou virtual, ante a severa dificuldade de locomoção de alguns, ou como no caso de muitos autistas que têm dificuldade de espera e sensibilidade sensorial.

A tecnologia possibilita que se repense a forma de garantir o direito fundamental a inafastabilidade do Poder Judiciário. Se as pessoas com deficiência, por razões das suas especialidades, não podem ir até a justiça, deve-se pensar em formas de os órgãos jurisdicionais irem até essas pessoas, e os meios de tecnologia, especialmente as de comunicação, podem materializar essa mais que devida aproximação que só tende a reforçar a dignidade da pessoa humana e a concretização da isonomia das PCD.

1.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em tudo que foi exposto, é preciso remover as barreiras sociais, quer sejam urbanísticas, arquitetônicas, atitudinais ou tecnológicas, a fim de se alcançar a plena efetivação da cidadania e dos princípios constitucionais, pois não basta o reconhecimento dos direitos: é fundamental que haja as condições sem as quais esses direitos não serão alcançados pelos seus titulares.

A realização de audiências públicas, para escuta dos vários segmentos envolvendo PCD, faz-se de extrema importância, para que as medidas implementadas decorram de maior conhecimento das necessidades práticas. Nossa principal intenção foi dar maior visibilidade ao tema, proporcionando um olhar mais consciente e empático pois, como diz Pablo Stolze, juiz de direito baiano: “é preciso olhar para a pessoa com deficiência como um problema nosso, pois somos todos parte da mesma família humana”.

Assim, precisamos proporcionar e oportunizar às pessoas com deficiência, possibilidades para que possam ampliar as suas capacidades. A sociedade como um todo precisa se comprometer e se engajar nesta luta, assegurando-lhes melhores condições de igualdade para o exercício dos direitos e das liberdades, a fim de que ocorra a verdadeira inclusão social e cidadã das pessoas com deficiência. Encerramos com uma citação: “O potencial da humanidade é infinito e todo ser tem uma contribuição a fazer por um mundo mais grandioso. Estamos todos nele juntos. Somos Um” (Helena P. Blavatsky).



2 DEMOCRATIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA: JUSTIÇA SOCIAL E O PODER JUDICIÁRIO DO SÉCULO XXI

EVERALDO PATRIOTA

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

2.1 O QUE É ACESSO À JUSTIÇA?

Sempre que ocorre um fato, do qual resulta uma lesão de direito, sem o cumprimento espontâneo da reparação, é necessária a intervenção do direito processual para que o Estado aplique o direito material em situações concretas, quando solicitada a sua participação. Nesse sentido, segundo Horácio Wanderlei Rodrigues (2008, p. 247):

A efetividade do processo, portanto, pressupõe a existência de um sistema capaz de eliminar concretamente, com justiça, as insatisfações e os conflitos, fazendo cumprir o Direito. O processo apenas é realmente efetivo quando possui aptidão para alcançar os escopos sociais e políticos da jurisdição.

Fácil perceber que o acesso à justiça vai além do acesso ao Judiciário, uma vez que a instrumentalidade do direito processual também deve propiciar tal alcance, ou seja, as normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas sob o prisma da efetividade e do acesso à justiça. Logo:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (RODRIGUES, 2008, p. 249).

Apesar da dificuldade de definição da expressão “acesso à justiça” segundo Mauro Cappelletti, ela:

[...] serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Isso posto, o acesso à justiça deve ser o princípio norteador do Estado Contemporâneo, sendo que, para isso, o direito processual deve buscar a superação das desigualdades que impedem seu acesso e, por outro lado, a jurisdição deve ser capaz de realizar, de forma efetiva, todos os seus objetivos.

Não sem razão, os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 8) destacaram que “a justiça social [...] pressupõe o acesso efetivo”; todavia, este, que é aceito nas sociedades como direito social básico, é por si só, algo vago (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15), ou seja, a efetividade do acesso à justiça é utopia, pois as diferenças entre as partes jamais serão completamente erradicadas.

2.2 ENTRAVES AO ACESSO À JUSTIÇA?

Os principais entraves (jurídicos e não jurídicos) que se colocam ao efetivo acesso à justiça são: a pobreza, a necessidade de advogado e a demora da prestação jurisdicional.

O primeiro entrave (não jurídico) e o que mais prejudica o acesso à justiça é a pobreza, haja vista que a maioria da população não dispõe de recursos financeiros para custear os gastos de uma demanda judicial, a qual é cara, a começar pela contratação de um advogado privado. Mas não é só.

Conforme expõe Horácio Wanderlei Rodrigues (2008, p. 251), a dificuldade do acesso à justiça ainda é agravada pelo:

[...] fato do princípio constitucional da igualdade ser aplicado diretamente entre as partes em sua leitura meramente formal, não se levando em conta as diferenças sociais, econômicas e culturais existentes.

Vale dizer: se não existir a igualdade material, de nada adianta essa preocupação com a igualdade formal, a qual dificilmente possibilitará uma decisão verdadeiramente justa.

2.3 ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DO PNDH-3

Após ampla participação da sociedade civil, em diversas conferências, arrimado nos tratados internacionais de que o Brasil é signatário e fundado na Carta Política de 88, foi instituído o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), por meio do Decreto n. 7.037, de 21/12/2009, que atualizou as versões I e II do PNDH, publicadas em 1996 e 2002, pelos Decretos n. 1.904/1996 e n. 4.229/2002, respectivamente, que tem, entre os seguintes eixos orientadores e suas respectivas diretrizes:

Art. 2º - O PNDH-3 será implementado de acordo com os seguintes eixos orientadores e suas respectivas diretrizes:

IV - Eixo Orientador IV: Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência:

- a) Diretriz 11: Democratização e modernização do sistema de segurança pública;
- b) Diretriz 12: Transparência e participação popular no sistema de segurança pública e justiça criminal;
- c) Diretriz 13: Prevenção da violência e da criminalidade e profissionalização da investigação de atos criminosos;
- d) Diretriz 14: Combate à violência institucional, com ênfase na erradicação da tortura e na redução da letalidade policial e carcerária;
- e) Diretriz 15: Garantia dos direitos das vítimas de crimes e de proteção das pessoas ameaçadas;
- f) Diretriz 16: Modernização da política de execução penal, priorizando a aplicação de penas e medidas alternativas à privação de liberdade e melhoria do sistema penitenciário; e
- g) Diretriz 17: Promoção de sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa de direitos.

No eixo orientador de segurança pública, acesso à justiça e combate à violência, quase todas as diretrizes elencadas dependem da adequação das políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo.

Decorridos 11 anos da institucionalização do PNDH-3, indagamos:

Temos universalizado direitos em um contexto de desigualdades?

Temos garantidos os Direitos Humanos de forma universal, indivisível e interdependente, assegurando a cidadania plena?

Temos promovido os direitos de crianças e adolescentes para o seu desenvolvimento integral, de forma não discriminatória, assegurando seu direito de opinião e participação?

Temos combatido as desigualdades estruturais?

Temos garantido a igualdade na diversidade?

Sem a resposta afirmativa a todas as indagações acima, não se pode falar no estado democrático de direito prometido pela Constituição de 1988, que tem como razão fundante a dignidade da pessoa humana e que tem, entre seus objetivos fundamentais: a construção de sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção e o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O acesso à justiça, em uma sociedade tão desigual como a nossa, ainda é seletivo, nas regiões mais pobres como o norte e nordeste, pode-se afirmar que mais de 80% da população brasileira dependem de um defensor público para acessar a justiça.

As defensorias públicas nos estados, se institucionalizadas, ainda não estão consolidadas estruturalmente, vale dizer, não têm recursos humanos e materiais suficientes para atender a demanda da ampla maioria dos brasileiros que precisa acessar à justiça e não dispõem de recursos para pagar um advogado.

O acesso, em uma linguagem bem simples e direta, a chave para abrir a porta da justiça, para os mais pobres e vulneráveis sociais, os que mais precisam, não está no Poder Judiciário: está nas defensorias públicas estaduais e na defensoria pública da União que, inobstante sejam autônomas, dependem de recursos orçamentários, sempre finitos e insuficientes para o cumprimento de sua missão institucional.

Poucos estados da Federação conseguem atender em todo o seu território – talvez a única exceção, seja o estado do Rio de Janeiro; na maioria dos estados, os serviços são concentrados nas capitais e nas cidades maiores. No Brasil profundo, lá na Amazônia, a situação ainda é mais dramática. Como insistia Norberto Bobbio, o problema fundamental dos direitos humanos, hoje, não é mais a sua fundamentação, e, sim, a concretização.

2.4 DIFICULDADES DO PODER JUDICIÁRIO EM CONCRETIZAR O ACESSO À JUSTIÇA

A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Acessar a justiça pode ser resolvido pela postulação seja de um advogado privado, seja por um defensor público, todavia a resposta à pretensão deduzida, depende, exclusivamente, do Judiciário. Não sem razão, talvez para se contrapor à máxima de Ruy Barbosa, “justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”, que foi inserido, pela EC 45, o princípio da duração razoável do processo, como sendo direito fundamental.

Para a superação das dificuldades, o CNJ vem, ao longo de sua existência, estimulando formas alternativas de solução de conflitos, do tipo mutirões de conciliação, mormente na jurisdição de família, na área do consumidor; algumas iniciativas, ainda incipientes, na área penal, como

a justiça restaurativa, entre outras que, para além de desafogar a jurisdição tradicional, obtêm respostas mais rápidas.

Grande desafio ainda é o da linguagem: o homem comum não consegue compreender a linguagem jurídica. Quanto mais erudita e hermética a linguagem das decisões judiciais, mais se afasta o judiciário da maioria da população. Em uma sociedade em que a desigualdade no nível de instrução é abissal, com muita gente ainda analfabeta e outros tantos analfabetos funcionais, a linguagem jurídica torna o mundo jurídico (advogados, defensores, ministério público e juízes) longe da cidadania.

Precisamos tornar compreensível o mundo do direito, desde a postulação de uma pretensão deduzida, a resposta do demandado, os pareceres do Ministério Público, os pareceres (laudos periciais) de especialistas, até a decisão que julga uma demanda, sem descurar, obviamente do devido processo legal.

As dificuldades de compreensão da realidade, pelos atores do Judiciário, notadamente das camadas mais vulneráveis da população, desde o padrão de sobrevivência dos pobres que passa pela informalidade dos meios de produção, pela falta ou fragilidade da habitação, pela insalubridade dos locais onde vivem, sem saneamento, sem água potável, sem transporte, sem emprego, sem mobilidade etc.

Os atores do judiciário, na sua maioria, são egressos das classes média e média-alta, jovens que nunca tiveram as dificuldades do dia a dia de uma família em estado de pobreza ou extrema pobreza, por isso a dificuldade de entender, muitas vezes até o padrão de vestuário de uma pessoa pobre quando esta chega a uma unidade do Judiciário, local que, ainda hoje, exige roupas adequadas pela seriedade do local. O seria roupa adequada para quem só tem a roupa do corpo?

A dificuldade de compreender as consequências sociais decorrentes do modelo econômico que adotamos, gerador de desigualdades, tais como população sem teto, sem-terra, sem saúde, sem trabalho, sem educação, sem renda, sem água potável, sem transporte, sem segurança pública, por isso o não reconhecimento das demandas dos movimentos sociais que lutam acima de tudo pelo restauro da dignidade de tais pessoas.

Doutra banda, inobstante as posições já consolidadas do STF, há, ainda, incompreensão com as minorias, sejam religiosas, sejam LGBTI, ciganos, os quilombolas, comunidades tradicionais, indígenas etc. É preciso um olhar inclusivo que não exclua ninguém na ministração dos direitos e das garantias fundamentais, já que muitos resistem à expressão “direitos humanos”.

Esse evento evidencia o compromisso do CNJ com a melhoria e a garantia do acesso à justiça para todos, com resposta em tempo razoável, por isso, mãos à obra, transformemos as vielas das atuais soluções alternativas de conflitos em grandes avenidas que levem a maioria da população brasileira a um mundo de paz e de justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. e rev. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de: Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective. p. 7-73.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no estado contemporâneo: concepção e principais entraves. In: SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alveme Barreto (Org.). **Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento**: estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 237-276.

3 DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: IGUALDADE MATERIAL COMO DEVER DE NÃO DISCRIMINAÇÃO

LUCIANA PAULA CONFORTI³

Uma das principais garantias do Estado Democrático de Direito, do pleno exercício da cidadania e a principal garantia constitucional do processo, da qual decorrem as demais, é a possibilidade de ingresso em Juízo, quando necessário esse ingresso devido à existência de outras formas de resolução de conflitos, para o verdadeiro acesso à justiça, considerado como alcance à ordem jurídica justa. Tal concepção foi trazida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na clássica obra “Acesso à Justiça”, publicada em 1973, para o aprimoramento do sistema processual, baseada em pesquisas realizadas nos mais diversos países da Europa, cujas conclusões foram sintetizadas em três ondas renovatórias.⁴

A primeira onda renovatória estabelecia a superação dos obstáculos econômicos para o ingresso em juízo; a segunda onda renovatória pontuava a adequação das instituições processuais à sociedade de massas, notadamente quanto à legitimidade para a ação, à realidade dos interesses coletivos e difusos e à massificação das relações humanas, para a superação do paradigma processual individualista; a terceira onda renovatória assentava a construção de um sistema jurídico procedimental mais humano, com implementação de formas para a simplificação de procedimentos, a fim de tornar o processo judicial um instrumento de efetiva distribuição de cidadania.⁵

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, trouxe alterações à Consolidação das Leis do Trabalho e impôs barreiras econômicas aos trabalhadores para o ajuizamento de ações perante a Justiça do Trabalho, o que revela retrocessos nos três pilares representados pelas ondas renovatórias propostas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth para o acesso à justiça, além de frontal violação à Constituição brasileira.

Quanto ao acesso à justiça, as principais barreiras econômicas impostas aos trabalhadores para o ajuizamento de reclamações trabalhistas pela “Reforma Trabalhista”, foram: a) imposição de recolhimento das custas processuais para o ajuizamento de nova ação, quando há arquivamento considerado injustificado de reclamação trabalhista proposta anteriormente (art. 844 da CLT, §§ 2º e 3º); b) imposição de limite remuneratório para a concessão de justiça gratuita, no percentual de 40% do teto geral do Regime Geral da Previdência Social (art. 790, §§ 3º e 4º da CLT); c) determinação do pagamento dos honorários periciais, ainda que o trabalhador seja considerado beneficiário da justiça gratuita, com o custeio pelos créditos trabalhistas, mesmo que em outro processo e somente quando não houver esse crédito é que a União responderá pelo encargo (art. 790-B e §4º da CLT); d) imposição do pagamento dos honorários sucumbenciais com os créditos trabalhistas e somente no caso em que o

³ Juíza Titular do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (PE). Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB-CNPq). Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho (APDT). Diretora de Prerrogativas da AMATRA6 (2020-2022) e Diretora de Formação e Cultura da Anamatra e da Enamatra (2019-2021). Professora da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 6ª Região (ESMATRA6).

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁵ *Ibid.*

beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa, a obrigação ficará sob condição suspensiva de exigibilidade, podendo ser executada em até dois anos após o trânsito em julgado da sentença, se o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, a obrigação (art. 791-A, §§ 3º e 4º da CLT).⁶

Cristiano Paixão discorre sobre “a essencialidade e centralidade do acesso à justiça, como direito humano e fundamental”. Em outras palavras, considera o acesso à justiça “como elemento estruturante à consecução dos direitos previstos na Constituição”. O autor assevera que, no texto da Reforma Trabalhista, há “uma série de dispositivos que representam verdadeiros obstáculos ao acesso à Justiça”, amesquinhando desproporcionalmente o referido direito, inerente que é à tutela dos direitos sociais e à dimensão objetiva da proteção dos direitos fundamentais (ou, no dizer do autor, “com afronta ao acesso à Justiça considerado como garantia institucional”⁷).

Com efeito, seguindo Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

[...] [a] expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.⁸

Partindo da premissa de que “todas as pessoas são iguais perante a lei”, dispõe o artigo 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que todos “têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”, com recursos judiciais efetivos contra atos que violem seus direitos fundamentais (art. 25.1).⁹

De acordo com o art. 5º, *caput* da Constituição, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O direito à igualdade pressupõe igualdade em sentido material ou substancial e não meramente formal o que impõe a correção das desigualdades por meio de normas e interpretações que possibilitem a paridade de armas entre os litigantes no processo judicial.

⁶ Sobre tal aspecto, importante citar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.815.055, com a Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, sobre a impenhorabilidade de salários para o pagamento de honorários advocatícios, “considerando que a regra do art. 833, § 2º, do CPC, abarca somente alimentos familiares, indenizatórios ou voluntários”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-03/nao-possivel-penhorar-salario-pagar-honorarios-stj#:~:text=N%C3%A3o%20%C3%A9%20poss%C3%ADvel%20penhorar%20sal%C3%A1rio%20para%20pagar%20honor%C3%A1rios%20advocat%C3%ADcios%2C%20diz%20STJ&text=Ao%20abrir%20exce%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20regra,alimentos%20familiares%2C%20indenizat%C3%B3rios%20ou%20volunt%C3%A1rios>. Acesso em: 13 out. 2020. Mesmo no julgamento do Recurso Especial 1.806.438 pela 3ª Turma do STJ, também relatado pela Ministra Nancy Andrighi, em que a penhora de verba salarial foi admitida com o percentual de 30% para o pagamento dos honorários advocatícios, com base no art. 833, IV do CPC, houve a ressalva de que a constrição somente será possível se “concretamente ficar demonstrado nos autos que tal medida não compromete a subsistência digna do devedor e de sua família”. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/334864/stj--salario-de-devedor-pode-ser-penhorado-para-pagamento-de-honorarios-se-nao-comprometida-subsistencia>. Acesso em: 14 out. 2020.

⁷ PAIXÃO, Cristiano. Acesso à Justiça como Garantia Institucional: inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista. In: HONÓRIO, Cláudio; VIEIRA, Paulo Joarês; PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo *et al.* (Org.). **Em defesa da Constituição**: primeiras impressões do Ministério Público do Trabalho sobre a Reforma Trabalhista. Brasília: Movimento, 2018. p. 173.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8, 12.

⁹ Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

Ao discorrerem sobre o art. 5º, *caput* da Constituição, asseveram Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrine Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. [...]

No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em paridade de armas, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face de outra [...].¹⁰

O prejuízo causado pela “Reforma Trabalhista” ao acesso à justiça é indiscutível, já que logo após a sua aprovação houve queda substancial do número de ações ajuizadas perante a Justiça do Trabalho, o que ainda perdura mais de três anos após a sua vigência.¹¹

Segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, em 2018, primeiro ano de vigência da “Reforma Trabalhista”, houve queda de 34% no ajuizamento das reclamações trabalhistas, o que representou, à época, a defasagem de um milhão de processos na primeira instância.¹² Dois anos após a “Reforma Trabalhista”, a queda do número de novas ações atingiu 32%, ainda de acordo com os dados do TST, com o recuo de 2,2 milhões de processos em 2017, para 1,5 milhões de novas ações em 2019.¹³

As mudanças na legislação trabalhista partiram da consideração de que tais ações “são ajuizadas de má-fé”, com a inversão da lógica de quem realmente motiva o ajuizamento das reclamações, como se fosse o trabalhador o causador do litígio e não o empregador ou contratante que descumpre, sistematicamente, a legislação trabalhista. Além disso, as modificações legislativas foram discriminatórias em relação aos trabalhadores em comparação às previsões do Código de Processo Civil¹⁴ e desconsideraram, por completo, a amplitude do direito de ingresso em Juízo na Constituição, por meio de “assistência jurídica integral e gratuita” (art. 5º, LXXIV), além da inafastabilidade de ameaça ou de lesão de direito da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

A esse respeito, importante citar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a não obrigatoriedade de submissão de litígio trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia, quando existente no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria, de acordo com o art. 625-D da CLT. O Plenário decidiu, em sessão extraordinária do dia 1º de agosto de 2018, dar interpretação conforme a Constituição ao referido dispositivo, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 2.139, 2.160 e 2.237, que foi introduzido pela Lei n/9.958/2000, confirmando a liminar deferida anteriormente. De acordo com a relatora, Ministra Carmen Lúcia, “não cabe à legislação infraconstitucional expandir o rol de exceções ao direito ao acesso à Justiça”, o que contraria o art. 5º, XXXV da Constituição, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Na oportunidade, a relatora

¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, p. 60.

¹¹ A reforma trabalhista brasileira entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, considerando a *vacatio legis* de 120 dias da aprovação da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017.

¹² Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2019/01/numero-de-processos-trabalhistas-despenca-em-2018/>. Acesso em: 25 maio 2019.

¹³ Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/01/04/numero-de-novas-aco-es-trabalhistas-cai-32-per-cent-dois-anos-apos-reforma.ghtml>. Acesso em: 8 jul. 2020.

¹⁴ Segundo o art. 99 do CPC: “O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso. [...] § 2º O juiz somente pode indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta de pressupostos legais para a concessão da gratuidade, devendo antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos. § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente pela pessoa natural.”

citou, ainda, os julgamentos da ADI 1074 e do Agravo de Instrumento n. 698626, quando o STF “reconheceu a desnecessidade de prévio cumprimento de requisitos desproporcionais, procrastinatórios ou inviabilizadores para submissão do pleito ao órgão judiciário”.¹⁵

É importante ressaltar que os conflitos trabalhistas sempre estiveram longe de serem abusivos no Brasil. Muitos processos trabalhistas versam sobre direitos básicos não observados, como verbas rescisórias, sendo característica predominante no cenário brasileiro o frequente descumprimento da legislação trabalhista.¹⁶ Nesse contexto, destaca-se que mais de 40% das reclamações trabalhistas são para a cobrança de verbas rescisórias não pagas.¹⁷

Independentemente disso e de poder existir, eventualmente, alguma demanda temerária, o ordenamento jurídico já previa a coibição de tal prática. O art. 98, § 4,º do CPC, dispõe que a “concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas”. Quanto às penalidades por litigância de má-fé, estão previstas no art. 80 do CPC.

Como foi exposto, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, garantiu ao cidadão o direito à tutela jurisdicional do Estado, ao dispor que a lei não poderá excluir lesão ou ameaça de direito da apreciação do Poder Judiciário e o direito à prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Tais preceitos, aliados ao princípio da igualdade, ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao devido processo legal esteiam o direito de acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 5º, XXXV, sobre a inafastabilidade de ameaça ou lesão de direito da apreciação do Poder Judiciário, deve ser interpretado sempre conjuntamente com o 5º, LIV, dispositivo que prevê a cláusula do devido processo legal. Isso porque o direito de acesso à justiça abarca o direito à ordem justa, ao provimento efetivo, de acordo com o Direito, emanado de um processo legítimo, que propicie condições para o melhor resultado possível no caso *sub judice*.

Como se sabe, um dos fatores que obstam o efetivo acesso à justiça é o alto custo do processo, representado pelos honorários periciais, honorários advocatícios e custas, entre outros, o que interfere diretamente no resultado do processo, motivo pelo qual, para a garantia do inafastável direito de ação, a Constituição de 1988 ampliou as possibilidades de defesa dos direitos violados, inclusive com a concessão da assistência judiciária gratuita e integral.

Algumas alterações promovidas pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, foram objeto do ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Procuradoria-Geral da República no Supremo Tribunal Federal (ADI n. 5766), cujo julgamento teve início, mas ainda não foi finalizado.

O Ministro Luiz Edson Fachin divergiu do relator do processo, Ministro Luís Roberto Barroso, entendendo pela inconstitucionalidade material de várias passagens do texto legal, proferindo voto favorável à ampla gratuidade da justiça, como prevê a Constituição, a fim de garantir a máxima efetividade a esse direito fundamental. Em resumo, sustentou que muitas situações dependem da dispensa inicial e definitiva das custas do processo, para que a defesa dos interesses dos trabalhadores não seja inviabilizada. Assentou que a Lei n. 13.467/2017 impõe condições restritivas ao exercício desse direito, motivo pelo qual não detém caráter constitucional. Sob o pretexto de maior responsabilidade e compromisso com a litigância, entendeu o Ministro que não pode haver o “embarreamento e inacessibilidade de reivindicações judiciais, o que é uma afronta ao Estado Democrático de Direito”. Destacou que “o direito

¹⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385353>. Acesso em: 14 set. 2020.

¹⁶ A esse respeito, importante citar Adalberto Moreira Cardoso, que demonstrou que o aumento de demandas trabalhistas não pode ser interpretado unicamente como um fenômeno jurídico, mas como um fenômeno social, em face do reiterado descumprimento da legislação trabalhista (CARDOSO, Adalberto Moreira. **A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 173).

¹⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-15/40-aco-es-trabalhistas-tratam-verbas-rescisorias>. Acesso em: 14 maio 2018.

fundamental à gratuidade da Justiça”, vinculado ao acesso à justiça, “não admite restrições relacionadas à conduta do trabalhador em outro processo trabalhista, sob pena de esvaziamento de seu âmbito de proteção constitucional”.¹⁸

Assim, espera-se que o Supremo Tribunal Federal, em observância à Constituição e coerente com a sua própria jurisprudência, declare a inconstitucionalidade dos dispositivos da “Reforma Trabalhista” que impõem restrição ao acesso à Justiça do Trabalho aos trabalhadores e, ainda, que promova controle de convencionalidade em relação aos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que violam não só a Convenção Americana de Direitos Humanos, como, também, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil deve cumprir a Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outros instrumentos internacionais, estando sujeito também à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já que formalizou sua aceitação à jurisdição internacional da Corte em 1998, com a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Mensagem Presidencial n. 1.070/1998, por meio do Decreto Legislativo n. 89/1998, transmitida ao secretário-geral da Organização dos Estados Americanos.

A garantia do acesso à justiça é fundamental para a consolidação de um regime democrático e de justiça social no continente americano e como fundamento do Estado de Direito e postulado básico da proteção do ser humano, pois, sem essa garantia, todos os demais direitos não passarão de meras disposições formais.

Em inúmeros julgados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos consolidou a sua jurisprudência com o afastamento dos óbices de ordem econômica, a fim de que esse acesso seja densificado em favor de quem necessita.

Com a definição do conteúdo e alcance da garantia de pleno acesso à justiça e destaque da sua importância para a efetividade dos demais direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm reiteradamente manifestado que a plenitude do acesso à jurisdição imbrica-se com o direito à igualdade perante a lei e com o dever de não discriminação.

Pela análise evolutiva da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, observa-se que o direito de acesso à justiça tem sido garantido com base nos seguintes dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Art. 1.1: Obrigação de respeitar os direitos. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Art. 8.1: Garantias judiciais. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁸ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

Art. 25.1: Proteção judicial. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais¹⁹.

No caso *Cantos vs. Argentina*, com sentença datada de 28 de novembro de 2002, a Corte analisou, de forma mais direta, o direito de acesso à justiça, fazendo menção expressa a essa garantia e vinculando sua fonte normativa aos artigos 1.1, 8º e 25 da Convenção. Na decisão, houve ampliação do alcance do art.8º, por violação da duração razoável do processo e não concessão de assistência judiciária, reconhecendo-se a imposição injustificada e de forma desproporcional, dos gastos relativos à causa, em prejuízo do acesso à justiça, previsto no art. 25 da Convenção. No caso, a Corte, de forma expressa, após transcrever os textos dos artigos 8º, 1.1 e 25, afirma que tais dispositivos “são a fonte normativa do direito de acesso à Justiça”.²⁰

Na decisão, a Corte expressou entendimento no sentido de que de acordo com o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, os Estados não devem interpor obstáculos a que as pessoas demandem perante juízes ou tribunais em busca da proteção dos seus direitos. Qualquer norma ou medida de ordem interna que imponha custos ou dificulte o acesso dos indivíduos aos tribunais e não esteja justificada por razões de necessidade de administração da justiça, entende-se contrária ao artigo 8.1 da Convenção. Considerando o direito ao acesso à justiça, uma das maiores preocupações da Corte é com a existência de barreiras econômicas que, na prática, imponham obstáculos à efetividade desse direito. No caso, tanto houve menção, como excessiva da fixação de percentual de honorários advocatícios sobre o valor da causa e, também, como violador do acesso à justiça, o temor do cidadão de ver-se obrigado a pagar somas desproporcionais em relação ao processo, sobretudo quando há a possibilidade de execução forçada com a penhora de bens para o referido pagamento.²¹

No dia 20 de outubro de 2016, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso dos Trabalhadores da fazenda Brasil Verde, devido à escravização reiterada de trabalhadores no país, sem qualquer punição pelo Estado brasileiro. Na sentença, houve a consideração de discriminação estrutural histórica, tendo em vista a maior vulnerabilidade dos trabalhadores e posição econômica das vítimas, em face do déficit de escolaridade, à pobreza e ausência de empregos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a obrigação positiva de se investigar e punir as violações da Convenção Americana de Direitos Humanos (1.1) e a violação do direito de acesso à justiça, com base nos artigos 8.1 e 25 do Pacto de São José da Costa Rica.²²

A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso dos Trabalhadores da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil (2020) foi bastante emblemática sob vários aspectos, inclusive relacionados com: a) cultura da não discriminação e o acesso à justiça, manifestando-se expressamente sobre o direito à igualdade material para a correção das desigualdades, devido à pobreza estrutural; b) menção expressa à interseccionalidade, no tocante a vários fatores de discriminação sobre as mesmas pessoas e da necessária adoção da perspectiva de gênero nos julgamentos postos sob a apreciação do Poder Judiciário. O Brasil foi responsabilizado pela violação de direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes negras, do sexo feminino, vítimas da explosão do estabelecimento, em 1998, com o reconhecimento da violação aos direitos às garantias

¹⁹ Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

²⁰ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf. Acesso em: 14 set.2020.

²¹ *Ibid.*

²² Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

judiciais e à proteção judicial, pois nos processos civis, penais e trabalhistas conduzidos no caso, o Estado não garantiu a reparação das violações.²³

Nesse sentido, segundo a Corte, o direito à igualdade, garantido pelo artigo 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, apresenta duas dimensões: a primeira uma dimensão formal, que estabelece a igualdade perante a lei. A segunda, uma dimensão material, que ordena a adoção de medidas positivas para garantir que essa igualdade seja real e efetiva, ou seja, de corrigir as desigualdades existentes, promover a inclusão e a participação dos grupos historicamente marginalizados e garantir às pessoas ou grupos em desvantagem o gozo efetivo de seus direitos.²⁴

Assim, o entendimento da Corte já se consolidou no sentido de que o direito de acesso à justiça não se perfaz com a simples existência de previsão legal de acesso aos órgãos judiciários, se esse acesso é obstaculizado por barreiras econômicas insuperáveis.

Consoante se vê, os casos citados, analisados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, podem perfeitamente inspirar o julgamento final da ADI 5766, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a fim de que sejam efetivamente eliminadas as barreiras econômicas discriminatórias impostas ao acesso à Justiça do Trabalho, inclusive pelo temor do trabalhador de arcar com os custos do processo e, o que é pior, de ter descontadas as despesas processuais do crédito trabalhista inadimplido e reconhecido judicialmente, cuja natureza é alimentar e impenhorável. Em assim entendendo, além de efetivamente priorizar a democratização do acesso à Justiça e de retomar a força normativa da Constituição, o STF evitará novas condenações do Brasil no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²³ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso em: 16 mar. 2021.

²⁴ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.



4 MINORIAS PRIVADAS DE LIBERDADE E O TRABALHO DO DMF/CNJ²⁵

CARLOS GUSTAVO VIANNA DIREITO²⁶

RENATA LAURINO²⁷

4.1 INTRODUÇÃO

Este artigo pretende apresentar projetos recentes do DMF/CNJ que buscam promover a garantia de direitos a populações vulneráveis no sistema penal e socioeducativo e decorreu de fala no Evento II Democratizando o acesso à Justiça: Justiça Social e o Poder Judiciário no Século XXI, realizado em fevereiro de 2021. Ressalta-se que o texto pode ser lido em complementação ao artigo “Atuação do DMF-CNJ para Garantia da Proteção das Minorias no Cárcere”, constante na publicação decorrente da primeira edição do evento, também organizado pela Conselheira Flávia Pessoa.

O Conselho Nacional de Justiça, em cumprimento a sua missão institucional derivada do artigo 103-B da Constituição Federal, tem, entre seus objetivos principais, o zelo pela autonomia do Poder Judiciário e o fomento a melhores práticas que visem à modernização e à celeridade do Judiciário. Nesse sentido, desde sua criação, o Conselho tem forte histórico de formulação de políticas públicas judiciárias e projetos de garantia e acesso a direitos, que busca expandir e aprimorar considerando demandas sociais e institucionais.

Entre os órgãos do Conselho, foi criado pela Lei n. 12.106, promulgada em 7 de dezembro de 2009, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), como forma de reconhecimento ao trabalho realizado em relação ao tema e à necessidade de especialização de estrutura própria para acompanhar a temática, assim propondo soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas.

Aplicada a missão institucional do Conselho ao âmbito de competência do DMF, enfrenta-se, há anos, o contexto de crescimento desmedido do quantitativo de pessoas privadas de liberdade em condições precárias, as quais levaram o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347, em setembro de 2015, a reconhecer o estado inconstitucional de coisas do sistema prisional.

Na ocasião, o STF apontou a existência de um quadro de violação massiva, generalizada e sistêmica de direitos fundamentais de pessoas privadas de liberdade, causado e prolongado pela insuficiência das ações de autoridades de todos os poderes da República. Indicou-se, inclusive, que tais falhas são de ordem estrutural e sua superação é apenas possível por meio de transformações igualmente estruturantes que envolvam diversos atores do sistema, inclusive a iniciativa privada e a sociedade civil organizada.

²⁵ Este artigo trata da sistematização da fala elaborada e apresentada pelos autores no Evento II Democratizando o acesso à Justiça: Justiça Social e o Poder Judiciário no Século XXI, realizado em 22 de fevereiro de 2021.

²⁶ Carlos Gustavo Vianna Direito é juiz do I Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, capital. Mestre e doutor em direito. Juiz auxiliar da Presidência do DMF/CNJ.

²⁷ Renata Chiarinelli Laurino é mestre e doutoranda em Direitos Humanos e atua como chefe de gabinete no DMF/CNJ.

Desde a sua origem, o DMF protagonizou importantes iniciativas no cumprimento da sua missão institucional, buscando criar novos paradigmas para a atuação de magistrados e atores do sistema de justiça em todo o país, baseando-se na premissa de garantia dos direitos básicos das pessoas custodiadas pelo Estado. A premissa, além de ser mandado constitucional, contribuiu de forma eficaz para a segurança daquelas pessoas que se encontram em liberdade.

E, reconhecido o contexto de desordem estrutural geral em que se encontram o sistema prisional e o socioeducativo, segmentos sociais marginalizados apresentam uma situação de vulnerabilidade peculiar, tendo em vista que sua vivência de ambientes de privação de liberdade é ainda mais marcada pela violência, pelo preconceito e por condições precárias de acesso a direitos.

Como complemento, é possível dizer que ambientes de privação de liberdade apresentam dificuldade no reconhecimento e no tratamento de características individuais. Atualmente, a prisão é o instrumento de sanção por excelência àqueles que praticam crimes, aplicada a todos, independentemente de suas características e até mesmo do ato praticado. Disso deriva que elementos de diversidade como raça, classe, sexualidade, nacionalidade, etnia, idade, deficiência, entre outros que podem ser denominados como marcadores sociais da diferença,²⁸ significam o aumento do estigma dentro de ambientes de privação de liberdade e representam violações ainda mais severas de direitos básicos.

Atento a situações de violação de direitos específicos ao que se denomina minorias – e aqui o conceito é utilizado não pelo critério quantitativo, mas pela marca da vulnerabilidade –, o DMF, em diálogo com instituições do sistema de justiça como a Defensoria Pública e seus núcleos especializados, com o Ministério Público, com Magistrados e Magistradas estaduais e federais, assim como o Poder Executivo e com organizações da sociedade civil para pensar em estratégias de enfrentamento a violências sofridas por segmentos sociais vulneráveis.

Assim, a contribuição peculiar deste texto é relatar o processo vivenciado nos últimos dois anos e meio no Conselho Nacional de Justiça, em especial no DMF, na gestão de políticas judiciárias voltadas à garantia de direitos de minorias específicas dentro de ambientes de privação de liberdade, assim como os projetos correntemente em elaboração.

4.2 POPULAÇÃO INDÍGENA – A RESOLUÇÃO CNJ N. 287/2019

O trabalho pioneiro do DMF em relação a estudos e normativos voltados a minorias no sistema carcerário resultou na Resolução CNJ n. 287, de 25 de junho de 2019, que estabelece procedimentos para o tratamento das pessoas indígenas acusadas, réus, condenadas ou privadas de liberdade e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário.

A Resolução foi fruto de discussão do Plenário do CNJ, a partir de minuta elaborada no DMF com base reuniões de trabalho com participação da Defensoria Pública da União, do Ministério Público Federal, da Funai e da Procuradoria Federal especializada na temática, além de representantes da sociedade civil, como o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, com reconhecida prática no tema para pensar em estratégias de enfrentamento a violências sofridas pelas pessoas indígenas nos sistemas criminal e carcerário.

O Brasil abriga atualmente 305 etnias e mais de 270 línguas indígenas,²⁹ e a ordem constitucional reconhece suas especificidades de costumes e tradições. Contudo, não há atualmente números confiáveis e atualizados sobre a população indígena encarcerada, dificultando o

²⁸ Sobre marcadores sociais da diferença aplicado a prisões, recomenda-se a leitura de Borges (2011).

²⁹ Dados de acordo com o censo de 2010.

acesso e a produção de políticas públicas voltadas a essa população. De fato, o tema de estudo pelo DMF teve início devido à demanda por dados e recomendação de estudos para a regularização da população indígena encarcerada, sua localização e sua quantidade por meio e ofício formulado pelo Juiz Federal Roberto Lemos dos Santos Filho, destinado à então Conselheira Daldice Santana.

Assim, após reuniões de trabalho, levantamento de casos emblemáticos e de estudo de literatura e produções acadêmicas sobre o tema, decidiu-elaborar um ato normativo dirigido ao Poder Judiciário e baseado na legislação aplicável aos povos indígenas, que disciplinasse o tratamento para fins da garantia de direitos básicos na jurisdição penal.

A minuta foi aprovada por unanimidade pelo Plenário do Conselho e, em junho de 2019, tornou-se a Resolução 287. Após 90 dias, conforme previsto no artigo 17 da normativa, foi publicado o Manual de Orientações a Tribunais e Magistrados para cumprimento da Resolução, elaborado por Raquel da Cruz Lima, por meio de consultoria do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, dentro do projeto “Justiça Presente” e cuja consulta se recomenda para compreensão do tema e orientações para aplicação da Resolução.

Em síntese, acredita-se que, apesar das limitações que um trabalho regulatório signifique na promoção dos direitos, já que não cria obrigações, apenas regulamenta sua aplicação, ainda mais considerando as limitações de consulta popular e a entidades representativas, e o exíguo tempo de produção, a Resolução pode ser considerada passo importante, em especial dada a ausência absoluta de diretrizes nacionais no tratamento da população indígena no âmbito criminal.

Grande avanço do texto da Resolução é o reconhecimento da autodeclaração como forma exclusiva de identificação da pessoa como pertencente a uma comunidade indígena, identificação esta que abre um leque de direitos pensados para a garantia do devido processo legal e de preceitos constitucionais voltados à autodeterminação dos povos indígenas.

Os principais direitos previstos na Resolução podem ser juntados em grupos, detalhados no mencionado Manual, quais sejam: (i) o direito a contar com intérprete em todas as etapas do processo (art. 5º da Resolução n. 287/2019); (ii) a aplicação preferencial de mecanismos de responsabilização próprios da comunidade indígena (art. 7º da Resolução n. 287/2019); (iii) o respeito aos costumes e às tradições na aplicação de medidas cautelares (art. 8º da Resolução n. 287/2019); (iv) o respeito aos costumes e às tradições na aplicação de penas restritivas de direitos (art. 9º, I, da Resolução n. 287/2019); (v) a conversão da multa em prestação de serviços à comunidade (art. 9º, II, da Resolução n. 287/2019); (vi) o cumprimento preferencial da prestação de serviços à comunidade para a comunidade indígena (art. 9º, III, da Resolução n. 287/2019); (vii) a aplicação do regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 do Estatuto do Índio quando haja condenação a pena de reclusão e de detenção (art. 10 da Resolução n. 287/2019); (viii) a adequação das condições de cumprimento de pena em estabelecimento penal às especificidades culturais indígenas em matéria de visitas sociais, alimentação, assistência à saúde assistência religiosa, acesso a trabalho e educação (art. 14 da Resolução n. 287/2019).

4.3 POPULAÇÃO LGBTI – A RESOLUÇÃO CNJ N. 348/2020

Conforme aprofundado no artigo contido na publicação “Democratizando o Acesso à Justiça”, organizado pela Conselheira Flávia Pessoa, recentemente, o Plenário do CNJ aprovou a Resolução n. 348/2020, que trata da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti e intersexo no sistema penal, penitenciário e socioeducativo.

Sobre o tema, o Ministro Roberto Barroso, em decisão liminar proferida na ADPF 527, em 2019, tratou especialmente a população transexual e travesti encarcerada, reconhecendo-as como

“grupo sujeito a uma dupla vulnerabilidade, decorrente tanto da situação de encarceramento em si, quanto da sua identidade de gênero. Trata-se de pessoas ainda mais expostas e sujeitas à violência e à violação de direitos que o preso comum”. Recentemente, o Ministro ajustou os termos da medida cautelar para estender interpretação de que presas transexuais e travestis com identidade de gênero feminino possam optar por cumprir penas em estabelecimento prisional feminino ou masculino.

No que diz respeito à população LGBTI, a intolerância em relação à diversidade de gênero e de orientação sexual tem o condão de gerar graves situações de discriminação e violência, especialmente dentro de espaços criminais, prisionais e socioeducativos e notadamente em relação à população transexual e travesti. Esta situação, verificada em caso concreto por Natália Luchini, Juíza Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, levou à criação de um Grupo de Trabalho naquele Tribunal, coordenado pela Desembargadora Inês Virgínia Prado Soares que, após diversas discussões e eventos realizados, levou o tema à discussão no CNJ.

No DMF, após reuniões de trabalho por mais de um ano, que envolveram diversos atores do sistema de justiça, envolvendo membros da Defensoria Pública e dos núcleos especializados, do Ministério Público, de magistrados e magistradas, bem como de entidades da sociedade civil e de representantes do Poder Executivo, elaborou-se proposta de atuação normativa do CNJ no sentido de organizar direitos existentes e já reconhecidos e apontar procedimentos voltados à adequar a prestação jurisdicional às especificidades da população.

Em tratamento semelhante à Resolução 287, os direitos da população LGBTI não decorrem da Resolução do CNJ, mas de preceitos constitucionais, legislação nacional e normativas internacionais. A especial suscetibilidade dessa população demanda atos normativos específicos, que, todavia, ainda são escassos, pelo que a construção de arcabouço normativo e a educação sobre seu conteúdo é ferramenta indispensável para o enfrentamento do preconceito e da intolerância contra a população LGBTI.

Também de forma parecida ao tratamento da população indígena, a Resolução n. 348/2020 opta pela autodeclaração como forma de reconhecimento da pessoa como parte da população LGBTI. Avanços da Resolução são a apresentação de conceitos com base em definições das Nações Unidas baseadas no movimento “Livres e Iguais”, o resguardo ao nome social e a oitiva de pessoas transexuais no que diz respeito à determinação judicial do local de privação de liberdade.

Ainda, a Resolução reforça a garantia de direitos às mulheres, cis ou transgêneras, durante a persecução e execução penais e traz regramento direcionado ao cumprimento da pena e da medida socioeducativa por pessoas parte da população LGTBI, como a assistência à saúde e a assistência religiosa, trabalho, educação e autodeterminação, trazendo determinações aplicáveis tanto aos magistrados e magistradas quando a equipes técnicas e psicossociais do Poder Judiciário

Importante ferramenta também é a previsão de informações os sistemas processuais, garantidas as providências para proteção de dados desta população. Novamente foi prevista a elaboração de Manual para a aplicação da Resolução, que deve ser publicado em breve.

4.4 GESTANTES, MÃES, PAIS E RESPONSÁVEIS POR CRIANÇAS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em 19 de janeiro de 2021 foi publicada a Resolução CNJ n. 369, que estabelece procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, nos termos dos arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal, e em cumprimento às ordens coletivas de *habeas corpus* concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs n. 143.641/SP e n. 165.704/DF.

Reconhecendo a peculiaridade de gênero, especialmente em relação a mulheres gestantes, mães e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, estendida a proteção, neste caso, também aos homens, o DMF elaborou proposta de ato normativo para dar cumprimento às ordens coletivas concedidas pelo STF nos *habeas corpus* mencionados, estendendo também o tratamento ao sistema socioeducativo.

Essa iniciativa tem grande mérito, embora não inove em conteúdo, já estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal em 2017, mas na procedimentalização da informação sobre as condições mencionadas nas ordens coletivas, ressaltando a independência da análise de cada caso concreto pelo juiz.

A Resolução previu a incorporação das informações nos cadastros e sistemas do Poder Judiciário, permitindo maior controle das políticas públicas, e representou grande avanço no que diz respeito ao monitoramento, ao prever a elaboração de um Manual para sua correta aplicação, a exemplo do que ocorreu na Resolução n. 287/2019 e na n. 348/2020 e com a criação de Comissão Permanente Interinstitucional para acompanhar e sistematizar dados referentes ao cumprimento da Resolução.

4.5 PROJETOS EM ELABORAÇÃO

De forma semelhante às demandas anteriormente apresentadas, que chegam ao CNJ e são direcionadas ao DMF em razão da matéria, estão em estudos no departamento ações referentes à promoção da liberdade religiosa em ambientes de privação de liberdade, bem como um estudo normativo sobre pessoas migrantes em conflito com a lei.

No primeiro caso, após abordagens da sociedade civil, notou-se que, nas prisões e em unidades socioeducativas, pode ser dificultado o acesso a materiais, cultos e rituais de determinadas religiões, em clara violação a preceitos constitucionais. Assim, está em estudo, com base na escuta a diversos atores do poder público e da sociedade civil, como determinar a melhor forma de atuação regulamentar e fiscalizadora do CNJ.

No segundo caso, a partir de demanda de alteração da Resolução n. 162/2019, está em elaboração normativa semelhante para tratamento das pessoas migrantes em conflito com a lei penal, baseado em demandas de casos concretos e oitiva de atores do poder público e da sociedade civil com trabalho reconhecido nestas searas.

4.6 CONCLUSÃO

Conclui-se esta breve exposição ressaltando a importância de iniciativas do Conselho Nacional de Justiça que se debrucem sobre minorias, assim entendidas como populações vulneráveis pela existência de marcadores sociais da diferença e que, por isso, são mais afetadas a discriminação e violação de direitos, especialmente no que diz respeito à organização de normativas e construção de protocolos regulamentares para otimizar seu atendimento adequado pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, são especialmente relevantes o trabalho de colheita e levantamento de dados, desde que com a devida proteção, como base para a formulação de políticas públicas baseadas em evidências, e a criação de mecanismos de monitoramento e implementação de tão importantes iniciativas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Procedimentos relativos a pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade**: orientações a tribunais e magistrados para cumprimento da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Manual-Resolu%C3%A7%C3%A3o-287-2019-CNJ.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 287, de 25/6/2019**. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. DJe/CNJ, n. 131/2019, de 2/7/2019, p. 2-3.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 348, de 13/10/2020**. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. DJe/CNJ, n. 335/2020, de 15/10/2020, p. 12-17.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 369, de 19/1/2021**. Estabelece procedimentos e diretrizes para a substituição da privação de liberdade de gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, nos termos dos arts. 318 e 318-A do Código de Processo Penal, e em cumprimento às ordens coletivas de *habeas corpus* concedidas pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos HCs no 143.641/SP e no 165.704/DF. DJe/CNJ, n. 17/2021, de 25/1/2021, p. 12-16.

BRASIL. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Nota Técnica n. 77/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ de 25/5/2020**. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/copy_of_SEI_MJ11751702NotaTcnicaLevantamentoIndigena.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Medida Cautelar na ADPF 347**. ADPF n. 347. Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Ministro Marco Aurélio. 9 de setembro de 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADI 4275**. Rel. Marco Aurélio, Rel. para Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 01.03.2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADPF 527 MC**. Rel. Luis Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 02.07.2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **RE 670422**. Rel. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 15.08.2018, Processo Eletrônico DJe-051, Divulg 09.03.2020, Public 10.03.2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADPF 347 MC**. Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 09.09.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+347%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qahlvny>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Brasileiro de 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 10 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Campanha “Livres e Iguais”**: glossário. Disponível em: <https://www.unfe.org/pt-pt/definitions/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

5 ELITISMO JURÍDICO E DEMOCRATIZANDO O ACESSO À JUSTIÇA

YURI COSTA³⁰

JEAN NUNES³¹

A construção de práticas que democratizem o acesso à justiça passa, em boa medida, pela crítica à cultura jurídica construída historicamente e até hoje hegemônica em nosso país. Nessa perspectiva, forçoso reconhecer o quanto nosso Sistema de Justiça se estrutura em bases elitistas e como esse elitismo constitui forte óbice à identificação e à assimilação de demandas sociais contrárias aos interesses das elites.

O elitismo manifesta-se tanto no acesso ao direito quanto na própria concepção de acesso à justiça. O processo judicial, tal como configurado, constitui relação de poder que fixa fronteiras a todo instante. Uma dessas fronteiras, talvez a mais sutil, reside na centralidade da verdade processual e formal, em substituição à busca pela justiça. Essa centralidade converteu justiça em segurança, transformou valor em formalidade.

Partindo do pressuposto – quase sempre falso – de que o sujeito/indivíduo é autônomo e livre (autonomia da vontade), e que, portanto, por sua espontânea escolha, deve provocar o sistema de justiça, o direito se conformou com a justiça processual. Em tal paradigma normativo abstrato, o justo é justo, segundo o processo judicial e seus limites. O juiz julga a demanda e conforta sua consciência de acordo com os fatos processualmente construídos por meio de *experts* do fazer jurídico. A realidade do lado de fora da capa do processo pouco importa: o que vale juridicamente é o que está provado segundo os termos e limites processuais.

O presente ensaio tem como proposta central tecer considerações teóricas sobre a cultura elitista que predomina em nosso Sistema de Justiça e o quanto essa referência traz limitações à democratização do acesso à justiça.

Em linhas gerais, a chamada “teoria das elites” tem por premissa a ideia de que o elitismo se assenta no fato de, em toda a sociedade, haver um grupo que, mesmo sendo minoritário em termos quantitativos, exerce poder em contraposição a outros segmentos sociais, numericamente majoritários.

Uma possível síntese da tese defendida por essa teoria pode ser encontrada nas palavras de um de seus precursores.

Entre as tendências e os fatos constantes que se acham em todos os organismos políticos, um existe cuja evidência pode ser a todos facilmente manifesta: em todas as sociedades, a começar por aquelas mais mediocrementemente desenvolvidas e que são apenas chegadas aos primórdios da civilização, até

³⁰ Presidente do Conselho Nacional de Direitos Humanos; defensor público federal; doutor em história pela Unisinos; Professor adjunto da Universidade Estadual do Maranhão; Coordenador do Grupo de Pesquisa e Extensão Novos Caminhos (UEMA); lattes: <http://lattes.cnpq.br/7987544224880905>.

³¹ Defensor público estadual, titular do Núcleo de Direitos Humanos da DPE/MA; mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão; professor assistente da Universidade Estadual do Maranhão; coordenador do Grupo de Pesquisa e Extensão Novos Caminhos (UEMA); lattes: <http://lattes.cnpq.br/9946867820463301>.

as mais cultas e fortes, existem duas classes de pessoas: a dos governantes e a dos governados. A primeira, que é sempre a menos numerosa, cumpre todas as funções públicas, monopoliza o poder e goza as vantagens que a ela estão anexas; enquanto a segunda, mais numerosa, é dirigida e regulada pela primeira, de modo mais ou menos legal ou de modo mais ou menos arbitrário e violento, fornecendo a ela, ao menos aparentemente, os meios materiais de subsistência e os que são necessários à vitalidade do organismo político (MOSCA *apud* BOBBIO, 1998, p. 385).

Vilfredo Pareto, por sua vez, desenvolve a tese de que “em toda a sociedade há uma classe ‘superior’ que detém geralmente o poder político e o poder econômico, à qual se deu o nome de ‘aristocracia’ ou elite” (BOBBIO, 1998, p. 385-386). Para essa perspectiva, a elite ou aristocracia é composta por aqueles dispõem com proeminência da riqueza e da capacidade de decisão sobre os destinos da maior parte da sociedade.

Em prisma teórico, se a presença da elite parece constituir uma espécie de lei geral da sociedade humana, a democracia, concretamente considerada, torna-se inviável. Em diversos contextos históricos, a contínua alternância das elites funcionaria como antítese de uma democracia real.

A teoria das elites recebeu críticas em suas principais vertentes, a marxista e a liberal. A discordância quanto à leitura marxista reside em uma suposta superficialidade no tratamento dado à elite como classe, já que, para os críticos, não existiria um necessário antagonismo entre “elite” e “massa”. No que se refere à vertente liberal, o questionamento está voltado a uma leitura “monoelitista”, no sentido de ser pouco sustentável defender a existência de uma única elite em sociedades complexas. O mais adequado seria, nessa perspectiva, falar-se de várias elites, de uma *poliarquia*.

Sobre o tema, Bobbio (1998, p. 388-399) afirma:

Retomando a tradição iniciada por Mosca, que distinguiu, como se disse, entre elites aristocrático-autocráticas e elites democrático-liberais, prosseguida por Lasswell, que considerou perfeitamente compatível a existência das Elites com o funcionamento do regime democrático, esta teoria se religa à concepção de Joseph Schumpeter, segundo a qual aquilo que caracteriza o regime democrático é o método e, mais exatamente, o método que permite a cada indivíduo ou grupos rivais lutar pela conquista do poder em concorrência entre si “por meio de uma competição, que tem por objetivo o voto popular”.

Ainda segundo esse prisma, a discussão em torno das elites passa pelo entendimento dos mecanismos que drenam anseios sociais às elites, permitindo contínua renovação de grupos privilegiados, a exemplo do voto popular. O fenômeno poderia ser chamado de “democratização da elite”, ou, como se tornou mais conhecido, “elitismo democrático”.

Em substância, a crítica do elitismo monolítico terminou por dar origem a uma concepção desmitificada, realista, desencantada da democracia, que foi batizada e recentemente criticada com o nome de “elitismo democrático” e cujas principais conotações são a “concorrência das elites políticas, o fato de que estas Elites devem dar conta de sua ação periódica junto aos eleitores e sejam diversamente acessíveis aos pedidos que vêm das classes inferiores” (BOBBIO, 1998, p. 389).

A reflexão sobre o elitismo defendida neste artigo apresenta conotação significativamente distinta do debate acima exposto. Por “elitismo jurídico” designamos a enorme dificuldade ou mesmo a incapacidade que o direito tem de transcender os interesses elitistas que nele predominam. Integrando estruturalmente o campo jurídico, o elitismo converte-se em valores como o individualismo e a lógica da acumulação. A dificuldade/incapacidade de superar o elitismo revela os limites da democratização do próprio direito e é, sem dúvida, um desafio cultural e político na busca de sua efetividade.

Sob a ótica marxista, Mascaro (2008, p. 131) afirma que “a razão individualista, nos limites da intersubjetividade, alcança só os horizontes do próprio interesse burguês”. Se é verdadeiro, como se afirmou, que o direito sofre as influências da realidade social de onde brota, é igualmente verdadeiro que essas influências são maiores e mais intensas por parte daqueles que nessa realidade constituem as elites.

Assim, por exemplo, um direito feito apenas por homens e segundo seus interesses, tende a se tornar sexista, machista e mesmo misógino e, portanto, elitista. Isso não ocorre apenas em razão de um fator econômico (produção) ou político (cidadania), mas pela ausência de reconhecimento do outro e de seus interesses e necessidades. Hespanha, ao tratar do que concebe como funções sociais do direito, sustentou que o elitismo jurídico se consolida a partir de:

[...] ligações da academia a poderosos interesses sociais e econômicos e produzindo deformações nas temáticas dominantes dos *currícula* escolares (mais direito dos negócios, menos direito social), nas normas de reconhecimento (mais atenção ao direito provindo da regulação empresarial, nacional ou globalizada, menos atenção à regulação estadual) e na própria teoria do direito [...], consistente com os interesses das grandes empresas e com a visão que têm do direito os seus serviços jurídicos, estreitamente ligados às sociedades, nacionais e internacionais, de advogados (HESPANHA, 2009, p. 310-314, grifo do autor).

Ainda segundo Hespanha, referindo-se ao contexto norte-americano, a própria estruturação da carreira da advocacia segundo os interesses do mercado tornou esse profissional fortemente comprometido com interesses empresariais, afastando-o de um engajamento na transformação social e o desvinculando de ideais éticos. Para o autor:

Esta imagem negativa da nova organização empresarial dos serviços jurídicos agravou-se ainda, nos anos 80 do séc. XX, devido à ideia de que as sociedades de advogados, “para gerirem eficientemente grandes concentrações de talentos e de meios, colocados ao serviço de atores economicamente poderosos que podiam pagar os seus honorários”, agravavam as disparidades nas oportunidades de uso do sistema jurídico, fazendo mais pelos ricos e de menos pelos pobres. [...] A proximidade das sociedades de advogados em relação a grupos poderosos e influentes criava uma forte tendência de cumplicidade e *lobbying* a favor dos seus interesses individuais ou de grupo, mesmo quando não eram seus clientes atuais. (HESPANHA, 2009, p. 312-313).

O elitismo do direito, como aqui identificado, manifesta-se em dois principais aspectos: o acesso ao direito e o acesso à justiça. Ambos constituem, no sentido aqui enfocado, uma fronteira que separa os que podem e os que não podem ter acesso ao direito e aos direitos.

No que tange ao acesso ao direito, é preciso ressaltar que, no Brasil, o campo jurídico tem sido historicamente composto por elites e para as elites. Nunca é demais lembrar, há pouco mais de 130 a maior parte das pessoas que aqui viviam não era sequer considerada humana pelas elites – e não faltaram “religiosos” e “cientistas” que assim se posicionavam – ou, segundo a técnica jurídica, não era “sujeito de direitos”. Além disso, entre os considerados humanos e livres, apenas os privilegiados com poder econômico e posição política acessavam os bancos das faculdades de direito.

Nesse sentido, Gama (2003, p. 14):

Ciências e letras
Não são para ti
Pretinho da Costa
Não gente aqui
[...]

Não quero que digam
Que fui atrevido;
E que na ciência
Sou intrometido.
Desculpa, meu amigo,
Eu nada te posso dar;
Na terra que rege o branco
Nos privam té de pensar!..

A existência atual de políticas afirmativas, como as cotas para negros e alunos oriundos de escolas públicas, atesta que mais de um século não foi tempo suficiente para ampliar os modos/meios de acesso ao direito. E mais, embora as políticas constituam importante e necessário avanço, sobretudo em termos de transformação de uma realidade social hierarquizada e desigual, elas não significam a democratização do direito. Isso porque a chegada de uma “nova leva” à universidade, conduzida por meio das cotas, não é acompanhada pela transformação efetiva e profunda nos marcos teóricos em que se assenta o ensino jurídico brasileiro. Por esse motivo, as políticas afirmativas, muito embora relevantes, podem apontar para uma transformação apenas parcial do campo jurídico. Sem uma mudança de paradigma do ensino do direito, correm o risco de serem diluídas pela reprodução do elitismo, afastando-se da transformação realmente desejada, consistente na democratização do direito.³²

Embora a origem e a trajetória social, econômica e cultural do indivíduo não sejam os fatores exclusivos para sua formação intelectual, o fato é que é muito mais difícil transcender os próprios interesses – sobretudo os interesses de classe – quando não se conhece o outro, ou seja, os sujeitos para além de seu grupo e suas necessidades, sua realidade. Um direito constituído por elites haverá de ser, quase sempre, um direito elitista.³³ Seus institutos, seus marcos teóricos e suas ferramentas de análise estarão associados e contaminados pela realidade que informa o universo sociocultural conhecido de seus integrantes.

Dessa forma, na medida em que não há contraponto, o elitismo do direito se torna também uma negação do outro, uma “realidade” abstrata em torno dos próprios interesses. Também aqui se revela a dificuldade e mesmo a incapacidade em “solucionar” juridicamente algumas demandas cuja complexidade reclama um olhar para além dos interesses mais imediatos.

Exatamente por isso, por exemplo, não é de estranhar que, para o integrante do Sistema de Justiça, cujo universo cultural tem na propriedade-mercadoria, adquirida por meio do título, a forma perfeita e acabada de acesso aos bens da vida, a ocupação irregular de terras assumam a forma de uma invasão, isto é, de uma flagrante antijuridicidade. É o que Bourdieu (2012, p. 246) denomina de “poder de universalização do direito, ou de etnocentrismo dos dominantes”. Valores, formas de vida, condutas particulares de determinado grupo social,

³² O que pode ser uma possibilidade em relação ao sistema de cotas é uma realidade em relação ao Congresso Nacional brasileiro. A chegada de diversos personagens oriundos de camadas oprimidas ao parlamento tem significado mais assimilação do elitismo do que democratização da produção normativa.

³³ Não só a composição do sistema de justiça é marcada pelo elitismo, mas a do próprio Parlamento, que pretende o monopólio da produção normativa do país. A reportagem de Raphael Di Cunto e Thiago Resende, publicada pelo jornal *Valor* em 7 de novembro de 2014, deixa claro que um único *holding* elegeu nada menos que 160 congressistas: “J&F ‘elegeu’ a maior bancada da Câmara. A primeira campanha com o fim das doações ocultas expôs a força empresarial na eleição para deputados. Oito grupos econômicos que irrigaram o caixa dos candidatos à Câmara dos Deputados com R\$ 162,6 milhões ajudaram a eleger bancadas maiores que as do PT e o PMDB, mostra levantamento do *Valor* com colaboração do *Valor Data*. Mais de 160 deputados eleitos receberam dinheiro da J&F, dona do frigorífico JBS, na disputa por cadeiras no Congresso Nacional. O grupo empresarial enviou cerca de R\$ 57,6 milhões para financiar a disputa, se consolidando – com folga – como o maior doador da nova Câmara, segundo declararam as campanhas ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE). A JBS, que também figura como a maior doadora dos candidatos majoritários desta eleição, recebeu bilionários empréstimos a juros subsidiados do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que é um dos acionistas da companhia, dona da marca de carnes Friboi. A bancada financiada pela *holding* J&F é maior que a soma dos deputados eleitos em outubro do PT (70) e do PMDB (66), que se digladiam pela presidência da Câmara dos Deputados” (INSTITUTO HUMANAS UNISINOS, 2014). Igualmente ilustrativo é o Projeto de Lei n. 251/2010. Nesse caso, porém, os interesses são claros.

do qual fazem parte – ou com quem tenham uma cumplicidade explícita ou tácita – os integrantes do direito, tendem a se tornar práticas universais. O que não se encaixa no padrão normalizado é considerado desvio, patológico e antijurídico.

Compreende-se que, numa sociedade diferenciada, o efeito de universalização é um dos mecanismos, e sem dúvida, dos mais poderosos, por meio dos quais se exerce a dominação simbólica ou, se se preferir, a imposição da legitimidade de uma ordem social. A norma jurídica, quando consagra em forma de um conjunto formalmente coerente regras oficiais e, por definição, sociais, 'universais', os princípios práticos do estilo de vida simbolicamente dominante, tende a *informar* realmente as práticas do conjunto dos agentes, para além das diferenças de condição e de estilo de vida: o efeito de universalização, a que se poderia também chamar *efeito normalização*, vem aumentar o efeito da autoridade social que a cultura legítima e os seus detentores já exercem para dar toda a sua eficácia prática à coerção jurídica. (BOURDIEU, 2012, p. 237; grifos no original).

É também o elitismo que constrói a presunção, abstrata e formal, de que o interessado, ou seja, a parte processual, tem dimensão de toda a complexidade da demanda, e que o *expert*, o encarregado de sua representação processual, é capaz de reproduzir toda essa complexidade, utilizando intrincado sistema processual de provas e a hermética linguagem jurídica. Tal fato é tão mais difícil de verificação prática quanto mais complexa for a demanda judicial e, inversamente, quanto menos conhecimento formal possuir o sujeito que nela ingressa.

É a partir dessa verificação que Bourdieu fala sobre a injustiça e a necessidade jurídica.

A sensibilidade à injustiça ou a capacidade de perceber uma experiência como injusta não está uniformemente espalhada e que depende estreitamente da posição ocupada no espaço social. Quer isto dizer que a passagem do agravo despercebido ao agravo percebido e nomeado, e sobretudo imputado, supõe um trabalho de construção da realidade social que incumbe, em grande parte, aos profissionais: a descoberta da injustiça como tal assenta no sentimento de ter direitos (*entitlement*) e o poder específico dos profissionais consiste na capacidade de *revelar* os direitos e, simultaneamente, as injustiças ou, pelo contrário, de condenar o sentimento de injustiça firmado apenas no sentido da equidade e, deste modo, de dissuadir da defesa judicial dos direitos subjetivos, em resumo, de manipular as aspirações jurídicas (BOURDIEU, 2012, p. 231).

Para acionar a Justiça em busca do justo, é preciso ter conhecimento da lesão ou da ameaça sofrida e constituir um profissional – o mesmo que se formou nas faculdades, dentro do universo do normativismo, individualismo e do elitismo jurídicos – que se encarregará de traduzir em texto jurídico a pretensão a ser viabilizada. Para tanto, ainda Bourdieu (2012, p. 229) pontua:

O campo judicial é o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas no debate juridicamente regulado entre profissionais que atuam por procuração e que têm de comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico, quer dizer, as leis escritas e não escritas do campo – mesmo quando se trata daquelas que é preciso conhecer para vencer a letra da lei.

Há aqui dois pressupostos formais/abstratos equivocados. O primeiro corresponde ao fato de que o conhecimento da lesão/ameaça a direito, bem como de sua extensão, intensidade e conexões com casos semelhantes, especialmente quando se trata de demandas sociais estruturais, é tanto mais difícil quanto menor for o grau de formação educacional e de direitos dos lesados ou ameaçados. Nessa direção, Martins (2000, p. 27), ao tratar da demanda pela terra no Brasil, afirma:

A consciência popular constitui um primeiro e insuficiente momento na compreensão dos problemas sociais e até mesmo do sofrimento que as circunstâncias impõem às vítimas das condições adversas da vida. Essa consciência, porém, se distancia cada vez mais da complexidade dos relacionamentos e das causas e da multiplicidade dos fatores dos problemas sociais decorrentes. Na sociedade moderna, já não há uma categoria social ou uma classe social que possa desenvolver uma compreensão abrangente e objetiva das contradições sociais e das respectivas saídas e superações.

Aliás, a dogmática jurídica em si dificulta e pode impedir o conhecimento/reconhecimento da lesão ou ameaça a interesse, em particular para o leigo. O dogma da propriedade privada, absoluta e exclusiva do titular, por exemplo, dificulta ou impede o reconhecimento de que a terra constitui um direito decorrente da condição humana, antes ou além de qualquer título.³⁴

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que esta distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo um problema jurídico. Poder ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica. [...] Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação. Os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais, mesmo quando reconhecem estar perante um problema geral. (SANTOS, 1999, p. 148).

Se a lesão, ou uma dimensão dela, ou ainda sua extensão, não for levada ao processo por meio do sistema processual de provas, presume-se que, juridicamente, ela não existe, senão nos limites do apresentado/provado. Se isso já é visivelmente problemático quando se trata de conflitos considerados individuais, ainda mais no âmbito de conflitos decorrentes de demandas sociais estruturais. A consequência desse quadro é a própria dificuldade/incapacidade de o direito encontrar e construir respostas adequadas.

Como exemplo dessa realidade, chega a ser perverso negar a existência do conflito e a necessidade de respostas efetivas em razão das vítimas de trabalho escravo não terem conseguido se desincumbir dos meios de prova de sua situação, considerando um processo em que o “feitor(a) moderno(a)”, seja fazendeiro ou dono da fábrica, fez-se acompanhar por uma banca de advogados muito bem treinada no paradigma normativista, enquanto as vítimas não levaram para o processo nada além do sentimento de injustiça que carregam consigo.

O segundo pressuposto formal/abstrato diz respeito ao fato de que, em regra, a jurisdição somente pode ser provocada por meio de profissional habilitado – advogado, procurador, membro do Ministério Público ou membro da Defensoria Pública –, o que, para significativa parcela da população brasileira, constitui a segunda fronteira a superar. Para os que não

³⁴ Em pesquisa recente, Jean Nunes (2020, p. 95-96) tratou de um Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, o de n. 126.830/2013, proferido em recurso de agravo de instrumento da comarca de Codó/MA. A Constituição Federal, no art. 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), atribui às comunidades quilombolas a propriedade da terra onde se localizam e exercem suas atividades produtivas (BRASIL, 1988). No referido acórdão, porém, fica claro que os ocupantes desconhecem essa previsão. Embora o Tribunal tenha (devesse ter) dela conhecimento, é utilizado o depoimento em que os quilombolas “reconhecem” a propriedade de terceiro elemento de prova da propriedade do que se diz titular da terra: “[...] o fato de todos os moradores legítimos reconhecerem que a propriedade pertence a outrem e que têm permissão do proprietário para fazer suas roças e colher seus produtos, pagando ao dono, em contrapartida, dois alqueires da produção por linha de roça” (MARANHÃO, 2013, não paginado).

podem custear as despesas de um processo judicial, os denominados “pobres na forma da lei”, com renda normalmente de até três salários mínimos,^{35,36} o serviço de assistência jurídica gratuita deve ser, segundo a Constituição Federal (art. 5º, LXXIV e art. 134), prestado pela Defensoria Pública, instituição que não havia sido, até 2013, sequer instalada em quatro estados da federação (Goiás, Amapá, Paraná e Santa Catarina). Em dados atuais, apenas o Rio de Janeiro conta com defensores públicos em todas as respectivas unidades jurisdicionais (GONÇALVES; BRITO; FILGUEIRA, 2015).

Para ficar apenas nos dados quantitativos, das 2.580 comarcas existentes no país – unidades jurisdicionais que contam obrigatoriamente com, pelo menos, um membro do Ministério Público e um do Poder Judiciário –, apenas 754, isto é, 29% contam com defensores públicos (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2014). Eis nitidamente uma demanda social estrutural imperceptível ao olhar elitista do Direito.

Mesmo se tratando da estruturação de unidades jurisdicionais, as denominadas varas, as necessidades que extrapolam os interesses das elites encontram enormes dificuldades de satisfação, como é exemplo a criação de varas especializadas em dirimir conflitos fundiários coletivos, prevista em dispositivo constitucional nunca efetivamente cumprido.³⁷ Nesse caso, os interesses das elites tanto podem estar dificultando a percepção da necessidade do outro, sobretudo quanto ao cumprimento do dispositivo constitucional, como também podem estar em colisão com esse, impedindo deliberadamente o seu cumprimento.

A existência das diferentes fronteiras debatidas neste ensaio imprime certo tom irônico na afirmação do livre acesso à jurisdição, discursivamente pregado na jurisprudência brasileira. É preciso superar o elitismo que marca a formação dos profissionais que atuam no campo jurídico. Mais do que isso, há a necessidade de redefinição da cultura jurídica que predomina em nosso país. O olhar da justiça deve pender para baixo, não como sinal da diminuição de sua importância, mas para que possa, sem obstáculos, observar quem dela mais necessita.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2014.

³⁵ Na Defensoria Pública da União, o limite de renda para fins de atendimento, em regra, é de R\$ 2.000,00 (CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2017).

³⁶ A perspectiva de atuação da Defensoria Pública, conforme a compreende doutrina atual acerca do tema, transcende o aspecto estritamente econômico. A legitimidade de atuação se verifica sempre que presentes interesses de grupos vulneráveis. A esse respeito, é lúcido ponto de vista de PASSADORE (2016, p. 160-161), segundo o qual: “aponta-se, finalmente, que a atividade de aludido órgão [Defensoria Pública] vai além da assistência jurídica aos hipossuficientes, mormente a partir da edição da Emenda Constitucional 80/2014. Afinal, se é um dos objetivos constitucionais erradicar a pobreza (art. 1º, III, da CF), chegaria a ser paradoxal argumentar que um órgão voltado apenas para assistência dos pobres seja uma “instituição permanente” (art. 134, *caput*, da CF), ou seja, ou erradicar a pobreza não é efetivamente um objetivo constitucional, ou a Defensoria Pública possui atribuições muito mais amplas do que uma leitura superficial acerca do papel da instituição possa sugerir”.

³⁷ Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004). Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio. Aqui também se apresenta a inefetividade do Direito. (BRASIL, 1988, não paginado).

CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Resolução n. 134, de 7 de dezembro de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 maio 2017. Seção 1, p. 122.

GAMA, Luiz Gonzaga Pinto da. **Primeiras trovas burlescas**. 2003. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2113. Acesso em: 10 nov. 2014.

GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira; BRITO, Lany Cristina Silva; FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos. **IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Lisboa: Edições Almedina, 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. 2014. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/mapa_defensoria/defensoresno-sestados. Acesso em: 15 nov. 2014.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **J&F 'elegeu' a maior bancada da Câmara**. 2014. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/537173-jaf-elegeu-a-maior-bancada-da-camara>. Acesso em: 10 dez. 2014.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado. **Agravo de Instrumento de n. 40.667/2012**. São Luís, 26 de março de 2013. Disponível em: <http://jurisconsult.tjma.jus.br/eNortjIzsFlyM05MtUwyMTcyNjNMNk8ytkwxNDVOTbQ0MjlyBlkWP6aX5qXkuxcllupcJ-fnFZfmlCTGF5Qm-5WQmXCcqWQNcMJPUFSQ,#>. Acesso em: 10 dez. 2014.

MARTINS, José de Souza. **Reforma agrária**: o impossível diálogo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NUNES, Jean. **Caminhos para democratização do direito**. Salvador: Juspodium, 2020.

PASSADORE, Bruno de Almeida. **Precedentes e uniformização de jurisprudência**: uma análise crítica. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

PARTE II

ACESSO À JUSTIÇA: DIÁLOGO, DIVERSIDADE E DESENVOLVIMENTO





6 PALAVRAS DO PRESIDENTE MINISTRO HUMBERTO MARTINS NO COLÓQUIO ACESSO À JUSTIÇA – DIÁLOGO, DIVERSIDADE E DESENVOLVIMENTO – DA COMISSÃO PERMANENTE DE DEMOCRATIZAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DOS SERVIÇOS JUDICIÁRIOS DO CNJ

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

A quem muito foi dado, muito será exigido; e a quem muito foi confiado, muito mais ainda será requerido. (Lucas, 12:48)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, vimos concretizar, no Direito Positivo, o princípio do acesso à justiça, que é um direito fundamental inserido no inciso XXXV do artigo 5º, e, com isso, estabeleceu-se como responsabilidade do Estado garantir que todos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes do País possam reivindicar seus direitos.

Nos anos subsequentes, as legislações infraconstitucionais destinaram-se a conferir concretezude a esse novo pensamento jurídico, o qual não apenas tem à sua frente o Direito Positivo, a codificação e a legislação, mas especialmente enxerga o ser humano. Não o ser humano como um sujeito abstrato de direito, e sim um ser humano real, visível, do qual se conhecem os verdadeiros anseios socioeconômicos, jurídicos e holísticos. Um ser humano-pessoa-cidadão que clama ao Estado a proteção de seus direitos, o melhor bem-estar, o reconhecimento de sua vulnerabilidade.

Compreende-se com isso que, de modo muito feliz, a Constituição de 1988, ao tutelar direitos e garantias fundamentais, proporcionou um conceito de cidadania mais nítido e robustecido, dando projeção aos reclamos do cidadão, tornando-o mais consciente de seus direitos e mais conhecedor dos caminhos que o levam ao Judiciário. A Constituição contribuiu, assim, de forma eficaz e transformadora, também para o fenômeno que, contemporaneamente, se conhece como “inclusão social”.

Na sequência, um desdobramento natural e previsível passou a ser a busca pelo fortalecimento da cidadania e a ampliação concreta do acesso à Justiça. Essas ações solicitaram que o Poder Judiciário oferecesse ferramentas legítimas para auxiliar os cidadãos na materialização de seus direitos e na pacificação de seus conflitos.

De igual sorte, ao longo dos anos, o próprio legislativo, atendendo aos anseios dessa nova sociedade, vem buscando instrumentalizar o Poder Judiciário de mecanismos mais eficientes para viabilizar eficaz acesso à Justiça. Foram, nessa linha, concebidas leis como o Código do Consumidor, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito das Justiças Estaduais e Federais, com o objetivo de aprimorar e expandir o Judiciário como um meio multiportas de soluções de conflitos. Também nessa linha, tem sido elaborada, pelo próprio Poder Judiciário, uma série de políticas, em especial pelo Conselho Nacional de Justiça, a quem incumbe diretrizes para todo o judiciário brasileiro.

Democratizar o acesso à Justiça, entretanto, não significa apenas franquear à população o acesso aos tribunais. Como sabemos, a questão é mais abrangente.

A Covid-19 nos obrigou a encarar a vida de nova forma e a vermos novo tempo sobre a terra. O conceito do que era normal mudou radicalmente. De igual forma, também são novos os desafios para a família, a sociedade, o Estado e para cada um de nós como profissionais,

indivíduos e seres humanos. Todos somos chamados a repensar as estruturas sociais, econômicas e políticas nas quais estamos inseridos. Somos convidados a refletir sobre nossas crenças, filosofias e, principalmente, sobre o nosso papel nas questões que consideramos relevantes e essenciais nessa engrenagem.

Durante a pandemia, buscamos nos dedicar e superar nossos limites, reforçar nossos vínculos, nosso trabalho conjunto e nossa cooperação não só entre instituições, como também entre cada um de nós como seres humanos e agentes públicos e políticos que são parte integrante dessas instituições e têm poder e voz para que esse momento crítico seja vencido com dignidade e respeito ao cidadão.

Estamos todos sob um mandamento de ordem superior: o da pacificação social sempre com o olhar para o ser humano que está na ponta e que será alcançado em última análise por nossas ações.

Assim, precisamos estar cada vez mais unidos na fé e na esperança e preparados para disseminar valores éticos e morais por meio de atuação institucional efetiva no Judiciário.

E é exatamente isso que propõe a Comissão Permanente de Democratização e Aperfeiçoamento dos Serviços Judiciários do CNJ com este evento.

Que possamos, a partir dos debates aqui, buscar propor ações e projetos destinados ao combate à discriminação, ao preconceito e a outras expressões da desigualdade de raça, gênero, condição física, orientação sexual, religiosa e de outros valores ou direitos protegidos ou que comprometam os ideais defendidos pela Constituição Federal de 1988!

Que possamos construir, a cada dia, um Judiciário melhor!

E o Superior Tribunal de Justiça, como Tribunal da cidadania, está alinhado a essa proposta e comprometido a buscar ações que possam aperfeiçoar a democracia brasileira.

Acredito na Justiça. Tenho fé no Brasil. Acredito que podemos, juntos, construir um país melhor. De mãos dadas: magistratura e cidadania.

Desejo um bom evento a todos.

7 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA PROJEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

MINISTRA MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA³⁸

7.1 INTRODUÇÃO

Uma das maiores discussões no Direito Internacional Público concerne à adequação dos tratados às ordens jurídicas estatais. Acerca do tema, Carl Heinrich Triepel identificou duas vertentes teóricas na consubstanciação dos pactos exógenos nas positivities internas: a monista e a dualista.

O Brasil, historicamente, abraça o dualismo moderado ao estipular como ápice normativo a Lei Fundamental da República, consagrando o princípio da hierarquização parametrizado pela Lei Maior. Os acordos firmados pelo Estado brasileiro, submetidos que estão à procedimento especial de internalização em acatamento à territorialidade, não poderiam a ela se contrapor.

O panorama legislativo alterou-se com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que alterou drasticamente o *iter* procedimental da incorporação dos Tratados de Direitos Humanos, erigidos à *canon* hierárquico superior a depender do quórum de ratificação congressual. *A posteriori*, o Supremo Tribunal Federal, em construção exegética, os alçaria a *status* infra legal se aprovados por maioria parlamentar simples ou se o foram anteriormente a dita modificação.

Consabido ter o país acompanhado a evolução humanista no interior da Comunidade das Nações, em especial, após a 2ª Guerra Mundial, sendo, inclusive, signatário de inúmeros tratados sobre a matéria.

Para além, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, adotada pelo Estado Nacional por meio do Decreto n. 678/1992, imergiu-o no sistema internacional de proteção jus humanitária, oportunidade em que livremente anuiu submeter-se ao crivo contencioso da Corte de São José da Costa Rica.

E é sobre o exercício legítimo dessa apreciação judicial que versará o presente texto. *Pari pasu*, demonstrar-se-á que o controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, complementa o de convencionalidade, quando bem utilizado. Por intermédio da análise dos precedentes da CIDH objetiva-se, outrossim, desmistificar a rigidez constitucional e a teoria dualista, de modo a revelar que a construção judicial altera a realidade fática da *legis interna corporis* transgressora, adequando-a à decisão internacional *pro humanitas*.

³⁸ Magistrada do Superior Tribunal Militar. Doutora em direito constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora *honoris causa* pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestre em ciências jurídico-políticas pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, Portugal. Professora universitária. Autora de livros e artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior.

7.2 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS PACTUADOS PELO BRASIL E A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL APÓS A EMENDA N. 45/2004

7.2.1 O modelo histórico de internalização brasileira

O equacionamento jurídico entre o direito internacional público e o direito positivo do Estado remonta, há pelo menos quatro séculos, quando o aforismo internacional *law is part of the of the land*, norteava os tribunais ingleses. Duas clássicas distinções dividem a doutrina jurídica: a concepção monista³⁹ e a dualista.⁴⁰ Sob a ótica dualista, pode-se falar de recepção do direito internacional público pelo interno, mas não de integração entre os dois sistemas. Por outras palavras, a concepção dualista pressupõe a total separação entre as instituições e as fontes endógenas e exógenas, pelo que a validade de uma norma aplicável no campo doméstico resulta da atividade legislativa do Estado, sendo irrelevante verificarem-se os compromissos formais e políticos assumidos pelos plenipotenciários diante da Comunidade das Nações. Nessa linha, inexistente conflito simplesmente por inexistir interseção normativa. Disciplina a *lex* internacional as relações entre Estados e entre estes e os demais protagonistas da Sociedade Mundial. No direito interno, prevalecem as inter-relações da estatalidade, razão pela qual, o ato *externa corporis* opera efeitos *interna corporis* se uma “ordem de execução” vier a introduzi-lo formalmente no ordenamento jurídico.

Em contraposição, a concepção monista, como a própria denominação indica, perspectiva a unidade da ordem legal. Os teóricos que a propugnam entendem que, em princípio, o

³⁹ A teoria monista se traduz como a unidade do conjunto das normas jurídicas, internas e internacionais. São dois os ramos do Direito: o interno e o externo. Ambos se interpenetram e se sustentam, uma vez que há identidade de sujeitos e de fontes. Nesse sentido, o Direito Internacional é aplicável diretamente na ordem estatal e independe de transmutação em regra doméstica. Para a corrente monista a assinatura e ratificação de um tratado pelo Estado significa a assunção de um compromisso jurídico a ser posteriormente materializado. Inexistem duas ordens normativas estanques e diversas, mas um só universo coordenado que rege o conjunto das atividades sociais dos Estados, das Organizações Internacionais e dos indivíduos. Em caso de conflito das normas de Direito Internacional e Interno, dois entendimentos exurgem desta posição: a) o dos monistas internacionalistas – subdivisão defendida por Hans Kelsen, em que devem prevalecer as normas de Direito Internacional; e b) o dos monistas nacionalistas, representada pelas ideias de Hegel, para quem, havendo discórdias, vigorarão os regramentos estatais. A convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) consagrou expressamente a posição monista internacionalista no seu art. 27. No tocante ao monismo nacionalista, descortinam-se duas proposições: a) a ausência, no cenário internacional, de uma autoridade supra-estatal capaz de obrigar o Estado ao cumprimento de seus mandamentos; e b) o fundamento puramente constitucional dos órgãos competentes para concluir tratados em nome do Estado, obrigando-o no plano externo. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 11. ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 81.) Sobre o assunto *vide*: SOREL, Jean Marc. Du monisme théorique au dualisme pratique: la position ambiguë de la Constitution française vis-à-vis du Droit International. *In*: CICCIO FILHO, Alceu José; VELLOSO, Ana Flávia Penna; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (Coords.). **Direito internacional na constituição**: estudos em homenagem a Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014. p.303-325.

⁴⁰ Tese idealizada por Carl Triepel em 1899, propugna a “denominada teoria da incorporação, ou seja, para que uma norma internacional fosse aplicada internamente em um determinado Estado seria necessário, inicialmente, a sua transformação em direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico” (RIBEIRO, Patrícia Henriques. **As relações entre o direito internacional e o direito interno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 38). Por consequência, os adeptos do dualismo, defendem a inexistência de uma “natural e intrínseca superioridade do Direito Internacional em relação ao Direito Interno”. Segundo os dualistas, “[...] os Estados efetivamente não podem pretender invocar suas próprias normas, de produção interna, para verem-se livres do cumprimento de ajustes internacionais. É preciso dar alguma valia à cláusula do *pacta sunt servanda*, sem a qual, é a própria existência de uma comunidade internacional que se encontra posta sob o risco de vulneração. A ser assim, a assunção de um compromisso na arena internacional deve levar o Estado a produzir todos os esforços no sentido de suprimir, em seu ordenamento jurídico, os obstáculos nele porventura existentes e que se oponham à consecução dos objetivos a que se propôs perante outros Estados. Se os obstáculos forem de fato intransponíveis, outra solução não deve haver senão aquela que culmine com a denúncia do tratado, única forma de se compatibilizarem adequadamente as duas ordens jurídicas contrastantes. Enquanto, todavia, permanecer vigente o acordo que vincule o Estado, tudo deverá ser feito para que ele seja cumprido”. MENDES, Leonardo Castanho. O direito interno e o direito internacional. Monismo e dualismo: o caso particular do direito internacional dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 677. V. 1.

Direito é um só, quer se apresente nas relações domésticas, quer nas internacionais. A positividade é una e não comporta distinções, mas, sim, duas esferas de ação: uma interna e outra externa; a primeira regulada em cada Estado pelo direito positivo; a segunda regida pelo direito internacional.

O mecanismo da recepção, tal como disciplinado pela Carta Política promulgada em 1988, atesta que a regra estrangeira não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e de operatividade imediatas no âmbito interno, posto que, para tornar-se eficaz e aplicável, depende, essencialmente, de um processo de integração delineado nos artigos 49, I, combinado com art. 84, IV, da CF.⁴¹

Efetivamente, a regência acerca da introdução dos tratados internacionais na legislação brasileira privilegia procedimentos que, sinteticamente, podem ser descritos em três fases: na primeira, o Tratado vincula internacionalmente o Estado quando de sua ratificação ou adesão por ato do Presidente da República ou plenipotenciário, precedido da aprovação congressual; na segunda, seus efeitos produzem-se internamente a partir da vigência assinalada no decreto editado pelo Chefe de Estado, que deve conter a íntegra do texto convencionado internacionalmente; e, na terceira, com a publicação do decreto, o tratado é incorporado no sistema legal sem a necessidade de lei que lhe reproduza o conteúdo.

O Supremo Tribunal Federal em acórdão prolatado no Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8.279-4, ponderou que:

[...] o exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I), e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – como Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. (DJ, 10.08.2000).⁴²

Da leitura da *Lex Fundamentalis* infere-se vincular-se os tratados, acordos ou atos internacionais ao exercício de competência do Poder Executivo e do Legislativo. Ao Presidente da República cabe a prerrogativa de deflagrar o processo legislativo, remetendo ao Parlamento mensagem que encaminha: (i) texto de tratado celebrado pelo Chefe do Poder Executivo em nome do Estado; (ii) texto de tratado multilateral que, mesmo não tendo contado com a participação do país no ato inicial de celebração mereceria apreciação congressual para eventual adesão; e (iii) texto de tratado oriundo de organização internacional.

Uma vez ratificado pelo Congresso, que deve manifestar-se pelo voto da maioria relativa dos membros de cada Casa – art. 47 da CF –, é promovido o retorno do Ato Internacional à Casa Presidencial, a fim de que seu titular o internalize no Copo Jurídico.

Concernente à paridade dos atos internacionais em face das normas legais, o Supremo Tribunal Federal preserva o entendimento de que aqueles, uma vez recepcionados, detêm semelhante *status*, o de lei ordinária. Isso ficou evidente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3/DF,⁴³ que teve por objeto a Convenção n. 158 da OIT, segundo a qual:

⁴¹ Preceitua a Constituição Brasileira no art. 49, I: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.” Por seu turno, estabelece o art. 84, VII: “Compete privativamente ao Presidente da República: celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”

⁴² STF. Carta Rogatória n. 8279 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 10-08-2000 PP-00006 ement vol-01999-0, p.00042.

⁴³ Nesse sentido, a ADI n. 1480. Leia-se: “É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

Estabeleceu, portanto, a jurisprudência da Corte Maior equivalência entre a lei nacional e internacional. O conflito, quando suscitado, entre uma e outra, resolve-se pelo mecanismo tradicional da *lex posterior derogat legi priori*. Todavia, há de se ter presente que a lei posterior não revoga o tratado anterior; simplesmente suspende sua eficácia enquanto vigorar a incompatibilidade entre eles. Prevalece, outrossim, o critério da especialidade em face da lei geral – *lex specialis derogat legi generali* – e o da superioridade hierárquica – *lex superior derogat legi inferiori*.

Como visto, portanto, o Brasil adota um modelo complexo para a adoção dos atos estrangeiros.⁴⁴ Mister todo um trâmite que perpassa pelas fases de negociação, assinatura,

antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – como Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. – **No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República.** Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados [...] –, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. – O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. – Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. – O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.” STF. ADI 1480 MC, Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04.09.1997, DJ 18.05.2001, PP-00435 EMENT VOL-02031-02 PP-00213. [grifos nossos]

⁴⁴ Dita interpretação prevalece, inclusive, para os Acordos celebrados no marco no Mercosul. Vide: “A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do *iter* procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos – inclusive daqueles celebrados no contexto regional do Mercosul – concluídos pelo Estado brasileiro. Precedente: ADI 1.480-DF, Rel. Celso de Mello. – Embora desejável a adoção de mecanismos

mensagem ao Congresso, aprovação parlamentar por decreto legislativo, ratificação e promulgação do texto por decreto presidencial. Somente após a observância desse itinerário restarão internalizados na ordem doméstica e gerarão seus efeitos.

7.2.2 O sistema dualista em matéria de direitos humanos

Até o ano de 2004 inúmeras eram as discussões doutrinárias acerca da envergadura dos tratados de direitos humanos na normatividade pátria. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, não colhia interpretação uniforme. Se, para alguns, o referido dispositivo conferia-lhes estatura maior – “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” –, para outros este escólio afigurava-se controvertido.

Com o advento da EC n. 45/2004, o Supremo Tribunal, reservou a tais diplomas lugar específico no ordenamento, *ex vi* do art. 5º, § 2º, da CF, onde deterão eles *status* de emenda constitucional, se aprovados acorde os parâmetros estabelecidos no § 3º do art. 5º da CF.⁴⁵

Mais à frente, ao solucionar a antinomia jurídica entre o inciso LXVII do art. 5º da CF e o art. 7.7 da Convenção Americana sobre a prisão do depositário infiel, autorizada pela Lei Maior,

constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de *jure constituendo*. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do Mercosul continuará sujeita ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral. Procedimento Constitucional de Incorporação de Convenções Internacionais em Geral e de Tratados de Integração (Mercosul). – A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O sistema constitucional brasileiro não consagra o princípio do efeito direto e nem o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais. – A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa de *jure constituto*, que, **enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro** (postulado da aplicabilidade imediata). – O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da doutrina. – Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul. STF. CR 8279 AgR, Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 17.06.1998, DJ 10.08.2000, PP-00006 EMENT VOL-01999-01 PP-00042. [grifos nossos]

⁴⁵ *In litteris*: CF/88.

“Art. 5º (*omissis*). § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

mas vedada pelo Tratado ratificado em 1992, assentou que pactos desta índole não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária, a fim de que se permita qualificá-los como diplomas impregnados de superioridade em relação às leis internas, mas subordinados à Constituição da República.⁴⁶

A discussão principia no julgamento do HC n. 87.585/TO⁴⁷, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual fora mantido a prisão civil por dívida, apenas, ao inadimplente de pensão alimentícia. Os debates avançaram e, o Ministro Celso de Mello entendeu por atribuir aos tratados jus humanitários internalizados antes da promulgação da EC n. 45/2004, hierarquia constitucional, conforme se tratará adiante pormenorizadamente.⁴⁸

Anteriormente, em 1995, a Corte firmara, em votação não unânime, que a prisão civil constituía uma exceção possível por que autorizada pela Carta da República.⁴⁹

Sem embargo das vozes minoritárias que insistiam não estatuir a Carta Política à prisão do depositário infiel, mas tão só vislumbrar sua possibilidade, a qual deveria, inclusive, ser regulamentada em lei ordinária, o entendimento da época fixara que, ingressando o tratado na normatividade vigente com força de lei ordinária, o parágrafo 7º do artigo 7º do Pacto de São José da Costa Rica não poderia restringir o alcance das exceções constitucionais previstas no art. 5º, LVII. Nos termos do voto do Ministro Moreira Alves, condutor do acórdão, elas se sobreporiam “ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que

⁴⁶ STF. Voto do Min. Gilmar Mendes no RE n. 466.343/SP. Rel. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03.12.2008. Publicado no DJ 104, em 05.06.2009. Ao analisar a *quaestio*, a Excelsa Corte aferiu o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, considerando quatro correntes principais, a saber: 1) **a que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos**, segundo a qual eles teriam preponderância em relação a própria Carta Constitucional do Estado, tese prontamente rechaçada pelo Pretório Excelso. 2) O **posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais**. Tal vertente considera que a hierarquia constitucional seria assegurada somente aos tratados de proteção dos direitos humanos, tendo em vista seu caráter especial em relação aos demais, os quais possuiriam apenas envergadura infraconstitucional. Assim, eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela aplicação da norma mais favorável ao titular do direito, tarefa hermenêutica deferida aos tribunais nacionais e a outros órgãos estatais. Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, a discussão perdeu o efeito, pois, em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil anteriormente à mudança constitucional e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser alçados à envergadura máxima. 3) **A tendência que reconhece o status de lei ordinária ao documento internacional**, tese que defende a ideia de os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos dessa categoria serem concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Dita corrente foi a preponderante no ordenamento brasileiro ao longo de décadas, até a promulgação da EC n. 45/2005, quando a jurisprudência do STF foi modificada. 4) **Por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos**, a descortinar a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do indivíduo. A partir desse norte, as Constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como são concebidas em abordagem aproximativa do Direito Internacional ao Direito Constitucional. Embora lenta, a postura exegética da Suprema Corte Brasileira vem esposando a tese de que a legalidade ordinária propicia o Estado Nacional a descumprir, unilateralmente, um acordo internacional, esbatendo-se na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Por isso, firmou o STF a supralegalidade dos tratados e das convenções de direitos humanos, sob o argumento de que lhes atribuir natureza infraconstitucional os desnaturaria em face dos demais atos normativos internacionais. Equipará-los à legislação ordinária subestimaria o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

⁴⁷ STF. **HC n. 87.585/TO**, Rel. Marco Aurélio, j. 03.12.2008. DJ, 26.06.2009. “Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que foi previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”).” Concluiu, então, o STF, que com a introdução do Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu no julgamento a tese da supralegalidade da Convenção defendida pelo Min. Gilmar Mendes.

⁴⁸ STF. **HC n. 96.772/SP**, Rel. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 09.06.2009. DJ 21.08.2009.

⁴⁹ STF. **HC n. 72.131/RJ**, Rel. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão Moreira Alves. Tribunal Pleno, j. 23.11.1995. DJ 1º.08.2003.

implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário”.⁵⁰

Treze anos mais tarde, em 2008, o STF revolveria os anteriores precedentes e reavaliaria seu posicionamento assentando que as prisões civis não seriam determinação constitucional, mas mera autorização legislativa, pendente, a seu tempo e modo, de regulamentação. Consoante se lê no voto vista do HC 87.585,⁵¹

[...] o legislador não se acha constitucionalmente vinculado nem compelido, em nosso sistema jurídico, a regular a utilização da prisão civil. [...] Ele dispõe, nesse tema, de relativa liberdade decisória, que lhe permite – sempre respeitados os parâmetros constitucionais (CF, art. 5º, LXVII), (a) disciplinar ambas as hipóteses (inexecução de obrigação alimentar e infidelidade depositária), (b) abster-se, simplesmente, de instituir a prisão civil e (c) instituí-la em apenas uma das hipóteses facultadas pela Constituição.

De jure constituendo, o impasse dissipou-se com a EC n. 45/2004, que introduziu, ao art. 5º da CF, a *ratio* do § 3º. Doravante, os textos internacionais de Direitos Humanos ombrear-se-iam com as emendas, desde que aprovados seguindo o procedimento previsto para elas. Noutras palavras, se os Atos Internacionais não adentrarem na ordem normativa em uma votação de dois turnos, aprovada por três quintos dos votos dos respectivos membros de cada Casa Congressual – deterão *status* supralegal. Se, ao revés, observarem o processo acima descrito, possuirão envergadura máxima, a exemplo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada pelo Decreto Legislativo n. 186, em 10 de julho de 2008. O certo é que, independentemente da hierarquia legal no qual se encontrem, terão eles o poder de tornar inaplicável legislação infraconstitucional conflitante, não importando se o momento da adesão for posterior ou anterior à publicação da norma combatida.⁵²

Novas interrogações sobrevieram, então. Como se quedariam os pactos anteriores à alteração magna, ratificados mediante o rito ordinário?

O Ministro Celso de Mello, como se pontuou alhures, outrora opositor da tese, em guinada hermenêutica, emprestará natureza máxima não apenas àqueles aprovados *a posteriori* a 2005, mas também aos pretéritos, por serem eles, *ex vi* do § 2º do art. 5º da CF, *materialmente constitucionais* e integrem o chamado *bloco de constitucionalidade*.⁵³

A prima facie poder-se-ia entender não ter sido esta a opinião majoritária do Pretório Excelso. Poder-se-ia, igualmente, entender não ter o STF alcançado o ponto *optimum* de acolhimento do Direito Internacional Público ou não compreendido a dinâmica interativa entre o direito endógeno e exógeno, ao negar a supranacionalidade dos Direitos Humanos.⁵⁴

⁵⁰ STF. **RE 349703**, **RE 466343** e **HC 875585**.

⁵¹ STF. **HC n. 87.585/TO**, Rel. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, DJ 26.06.2009.

⁵² De todo o exposto, depreende-se que, ao regular as relações entre os Estados soberanos, o Direito Constitucional necessita de mecanismos aptos a assegurar a adoção do ajustado no âmbito externo, pois, conquanto existam um sistema global e outro regional de controle, a possibilidade de coercibilidade interna é diminuta diante dos princípios como a defesa da soberania e da não intervenção. Por conseguinte, fundamental a incorporação das regras pactuadas no ordenamento doméstico, do contrário, seu cumprimento encontrar-se-á severamente comprometido.

⁵³ STF. **HC 94.695-0/RS**. Rel. Celso de Mello, j. 23.09.2008, DJe 06.02.2009.

⁵⁴ Sobre o tema consultar: LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005. GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. DIAS, Jorge de Figueiredo Dias (Org.). Internacionalização do direito no novo século. In: **STVDIA IVRIDICA**. Colloquia – 17. Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2009. MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras**: do estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005. MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017.

Porém, imperioso desabrigar o discurso “ficcional jurídico” perfilado pela Corte quando afe-riu a convencionalidade, sob vestes de constitucionalidade, do inciso LXVII do art. 5º da CF em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7.7).⁵⁵ Efetivamente, negou o STF eficácia jurídica àquele tratado ou a qualquer outro incorporado pelo Estado que trans-grida, formal ou materialmente, à Lei Maior, fixando que “o exercício do *treaty-making power* pelo Brasil, não obstante o art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, estava sujeito à necessária observância das limitações impostas pela Carta da República”.⁵⁶

Não obstante, assentou possuir, a Convenção Americana e o Pacto dela decorrente, natureza supralegal, como mencionado.⁵⁷ Nesse diapasão, se ambos os documentos são superiores à legislação ordinária, mas inferiores à Constituição, haveria de pender sobre eles o princípio da *lex superior derogat legi inferior*, todavia, tal não prevaleceu na decisão pretoriana.

Na percuciente análise de Pablo Vianna Pacheco, o STF, ao solver a antinomia *sub judice*, decidiu justo o oposto daquilo que prolatou na fundamentação do acórdão. Ao invés de de-clarar a revogação do artigo convencional 7.7, estatuiu que o inciso LXVII do art. 5º da Lei Fundamental de 1988, “deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante” da Conven-ção Americana e do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Em verdade, preva-leceram os Atos exógenos sobre a própria Constituição, ou seja, o STF reconheceu, mesmo sem dizê-lo, a inconvenção da norma constitucional.⁵⁸ E foi além, editou a Súmula Vinculante n. 25 segundo a qual: “É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”,⁵⁹ de cogência *erga omnes* para todo o Judiciário Nacional.

7.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL

7.3.1 Controle de Convencionalidade no âmbito interno

Certo pressupor seu manejo uma inter-relação dos tribunais nacionais e internacionais em matéria de direitos humanos. Traduz-se na análise da compatibilidade das normas internas de um Estado com os tratados e as convenções humanitárias do sistema interamericano, com o fito de suprimir, revogar ou suspender seus efeitos jurídicos quando afrontarem os diplomas internacionais que o integram, quais sejam: a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA), a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH), a Conven-ção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e os demais subscritos sob sua égide.⁶⁰

⁵⁵ 7.7. “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

⁵⁶ PACHECO, Pablo Vianna. **Normas constitucionais inconvençãois**. Tese de Doutorado em Direito apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 143.

⁵⁷ STF. **Recurso Extraordinário 466.343-1/SP**. Rel. Cezar Peluso. Voto de Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, j. 03.12.2008, DJ 104, 05.06.2009. STF. HC n. 91.361-0/SP. Rel. Celso de Mello, j. 23.09.2008, DJe 06.02.2009; e STF. HC 94.695-0/RS. Rel. Celso de Mello, j. 23.09.2008, DJ 06.02.2009.

⁵⁸ PACHECO, Pablo Viana. **Normas constitucionais inconvençãois**. Tese de Doutorado em Direito apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 146-147.

⁵⁹ **Súmula Vinculante 25/STF-SVI** – 23/12/2009. Prisão civil. Depósito. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qual-quer que seja a modalidade do depósito. [Contrato. Depositário infiel. Alienação fiduciária]. CF/88, art. 5º, LXVII e §§ 1º, 2º e 3º. Interpretação à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Decreto-Lei 911/69, art. 4º. CPC, art. 901. CF/67, art. 153, § 17. CCB, art. 1.265. CCB/2002, art. 652. Decreto 678/92, art. 7º, § 7º (Pacto de São José da Costa Rica). Decreto 592/92, art. 11 (Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos).

⁶⁰ Efetivamente, “no continente americano, o controle de convencionalidade encontra fundamento jurídico na pró-pria lógica do sistema (o direito interno deve guardar compatibilidade com os direitos humanos, cabendo ao Estado garantir essa compatibilidade), bem como em previsões expressas dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e de diversos tribu-nais nacionais.” PACHECO, Pablo Viana. **Normas Constitucionais inconvençãois**. Tese de Doutorado em Direito apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 121.

À evidência, tal averiguação guarda correlação com a fiscalização da constitucionalidade, ao menos em seus grandes delineamentos; contudo os pressupostos diferem, sabido possuir a convencionalidade escopo mais abrangente podendo alcançar, até, os dispositivos magnos.⁶¹ De toda a sorte, nada impede que a adequação das normas domésticas às Convenções de Direitos Humanos assumam feições de controle de constitucionalidade ou convencionalidade, a depender do parâmetro que se utilize. Este último possui itinerário que abrange dois níveis: o nacional, quando os juízes locais, *incidenter tantum*, conhecem *sponte propria* ou em petitório, em sede difusa, a desconformidade da norma doméstica com a Convenção; e o internacional, quando é a própria Corte IDH que o realiza, em controvérsias concretas a ela submetidas, sobre o qual se tratará no tópico 3.4.⁶²

Conforme explanado alhures, os tratados de direitos humanos de *status* supralegal, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, internalizado no ordenamento doméstico pelo Decreto n. 678 de 1992, e veiculador da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, se restar contrariado pelo *Corpus Iuris* Pátrio imporá a ilegalidade ou a inconvenção do dispositivo com eles conflitantes.

⁶¹ A distinção entre ambos foi assentada na decisão 74-54 DC do Conselho Constitucional Francês. Leia-se: «[...] 2. *Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution : «Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.» ; 3. Considérant que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ; 4. Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ; 5. Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ; 6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ; 7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international [...]» In: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>. Acesso: 28 ago. 2018.*

⁶² Na lição de José Felix Palomino Manchego e Domingo García Belaunde, assim se definem os níveis da convencionalidade: “a) *Internacional*: el control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, CADH), disponiendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la vigencia de tal Convención y de otros instrumentos internacionales en este campo. Igualmente, procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH) para garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Convención. Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, la Corte), por vía jurisprudencial, impone al Estado a tomar medidas legislativas o de otro carácter para lograr tal finalidad. Este control puede alcanzar a la normativa en general (leyes, reglamentos, etc.), y a la Constitución, esto último no tan frecuente y con alcances limitados (véase como excepción notable el caso «La última tentación de Cristo» de 2006). Pero aquí nos centramos en el primer supuesto. Y en el entendido de que es un control a nivel supranacional. b) *Interno*: esta modalidad se despliega en sede nacional, y se encuentra a cargo de los magistrados locales. Consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos), y a los estándares interpretativos que la Corte ha formulado a través de su jurisprudencia. Se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del corpus iuris básico en materia de derechos humanos, y sobre lo cual la Corte ejerce competencia material, que se expresa en su jurisprudencia. Desde este punto de vista, el control de convencionalidad es un principio que, debidamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en cada Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales.” El Control de Convencionalidad en el Perú. In: **Pensamiento constitucional**, n. 18, 2013, p. 224

Conforme lição de Mazzuoli:⁶³

A primeira ideia a fixar-se [...] é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente (pois, repita-se, está de acordo com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno.

O malferimento legal poderá ser reconhecido pelos magistrados no bojo de processos judiciais concretos, independentemente de provocação das partes, haja vista competir-lhes aplicar o Ordenamento Jurídico, independentemente da alegação formulada pelas partes. Não é juridicamente admitido, contudo, em tratados de envergadura supralegal, o manejo de ações do controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF, julgadas originariamente pelo STF), por inexistir violação ao regramento máximo.

Sob o ponto de vista prático, ao contrário do estabelecido na constitucionalidade difusa, os Tribunais não estarão limitados pela chamada “cláusula de reserva de plenário”, prevista no art. 97 da Constituição, podendo indicar a ilegalidade sem o *quorum* majoritário.

Acorde o mesmo fundamento, se um Tribunal nacional entender que determinada norma *interna corporis* não afronta o conteúdo de um ato exógeno de caráter supralegal, cabível o Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, visto que a situação equipara-se, *mutatis mutandi*, à violação de lei federal.

Contudo, se o Pacto for internalizado com peso magno como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, introduzida na ordem jurídica pelo Decreto n. 6.949/2009, passível é a aferição abstrata no STF. Dessa forma, qualquer regra que contrarie o teor dos pactos internacionais deste jaez violará a Carta Política; logo, será passível de arguição em sede de aferição originária e abstrata.

Isso porque, consabido poder a incongruência combatida judicialmente por meio de dois sistemas fiscalizatórios: a) o difuso, no qual o magistrado reconhece e declara a discordância normativa no caso concreto e *inter partes*, independentemente de provocação; e b) o concentrado, onde o STF apreciará diretamente o desacatamento legal nos termos dos artigos 102 e 103 da Constituição Federal, por intermédio do ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Em qualquer das hipóteses, o Pretório Excelso deliberará por maioria absoluta de seus membros, *ex vi* do art. 97 da CF. Por último, no questionamento incidental, cabível a interposição de Recurso Extraordinário para questionar, em sede recursal, a norma objurgada naquela Corte.⁶⁴

⁶³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 116.

⁶⁴ COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **Notas sobre o controle de convencionalidade**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/notas-sobre-o-controle-de-convencionalidade>. Acesso em: 6 dez. 2017.

7.3.2 Autoridades que podem fazer o controle de convencionalidade em âmbito nacional

O controle de convencionalidade no marco do Sistema Interamericano foi suscitado pelo ex-presidente da Corte, o juiz Sérgio García Ramírez, em voto concorrente no **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**, em 2003.⁶⁵ Com maior alcance e detalhamento, no ano seguinte, o magistrado pronunciou-se em novo voto concorrente, no **Caso Tibi vs. Ecuador**, assinalando a conformação desta jurisdição.⁶⁶ Seu pleno delineamento e configuração descortinaram-se, porém, no **caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**, em setembro de 2006, quando a Corte IDH admitiu, em definitivo, que dita aferição lhe competia originária e exclusivamente,

⁶⁵ *In litteris*: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Voto concorrente de Sérgio García Ramírez. Parágrafo 27, p. 10. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁶⁶ Leia-se: “[...] 2. Como se ha dicho con frecuencia, la jurisdicción interamericana no es ni pretende ser una nueva y última instancia en el conocimiento que se inicia y desarrolla ante los órganos nacionales. No tiene a su cargo la revisión de los procesos internos, en la forma en que ésta se realiza por los órganos domésticos. Su designio es otro: confrontar los actos y las situaciones generados en el marco nacional con las estipulaciones de los tratados internacionales que confieren a la Corte competencia en asuntos contenciosos, señaladamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para establecer, a partir de ahí, orientaciones que posean amplio valor indicativo para los Estados partes en la Convención, además de la eficacia preceptiva – carácter vinculante de la sentencia, como norma jurídica individualizada – que tienen para el Estado que figura como parte formal y material en un proceso. 3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados – disposiciones de alcance general – a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público – y, eventualmente, de otros agentes sociales – al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía. 4. Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría – ni lo pretende – traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira – mucho menos todavía que el órgano nacional – a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento. 5. Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes. Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos. 6. Consecuentemente, en la lógica del sistema – y en las aspiraciones institucionales de la Corte Interamericana, como elemento de éste – reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno – que son el puente entre el sistema internacional y el nacional –, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional. Es esto – un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información – lo que explica y justifica, a la postre, una jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Tibi vs. Ecuador**. Sentença de 7 de setembro de 2004. Voto concorrente de Sérgio García Ramírez. Parágrafos 2, 3, 4, 5, 6. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 29 ago. 2018.

ao apreciar processos nos quais se questiona a correta incidência da Convenção pelas legislações domésticas dos Estados Partes.⁶⁷

De regra, em âmbito nacional, os juízes domésticos seriam aqueles que apontariam o modo de aplicação do direito internacional dos direitos humanos ao direito nacional, em atenção à máxima *iuris novit curia*.

Todavia, no **Caso Gelman vs. Uruguai**, o Tribunal Interamericano decidiu que todos os órgãos estatais, e não só o Judiciário, devem fazê-lo, de forma que quaisquer autoridades públicas possuem essa relevante incumbência.⁶⁸

Trata-se de um modelo de entrelaçamento claro de ordenamentos que desembocam nos agentes e servidores do Estado com poder decisório e que devem, por óbvio, aplicar o Direito como um todo, e não meramente a lei.

Certo ser a Judicatura a detentora do controle de convencionalidade por excelência, contudo, para além da aferição jurisdicional, possível vislumbrá-lo tanto no Poder Executivo quanto no Legislativo. Ambos se obrigam à correta observância dos tratados internacionais, em especial, os de direitos humanos, em seus respectivos âmbitos competenciais.⁶⁹

O Parlamento controla, preventivamente, a convencionalidade dos projetos de lei ou de emendas à Constituição em tramitação e o Executivo as aplica após sancionadas e publicadas, podendo antes vetá-las.

Segundo Ferrer Mac-Gregor o controle de convencionalidade de tratados internacionais é tarefa de toda a estatalidade. Embora a figura tenha se consolidado nos cenários nacionais a partir das cortes supremas de Justiça, deve-se ter em conta sua extensão e cultura ampliadas que não se limitam aos magistrados, alcançam toda a estrutura do Poder Público. Daí porque, “as autoridades podem, senão devem exercer o controle de convencionalidade”.⁷⁰

Tal como colocado, se durante o processo legislativo o Congresso Nacional (Câmara e Senado) controla, preventivamente, a constitucionalidade das leis, da mesma forma há de controlar a convencionalidade da produção normativa, devendo rejeitar projetos inconventionais, mesmo se guardarem compatibilidade com a Lei Maior. Dito procedimento preventivo evita que a regra aprovada venha a ser declarada inconveniente futuramente pelo juiz.

Por igual, o Poder Executivo é responsável pelo controle de convencionalidade, notadamente, no exercício do veto ou sanção presidencial.

⁶⁷ “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”¹⁵⁰. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. 126.” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Parágrafo 124. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 29 ago. 2018.

⁶⁸ GUERRA, Sidney. Controle de Convencionalidade. In: **Revista Jurídica**, v. 1, n. 46, Curitiba: 2017, p. 6.

⁶⁹ Vide: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. In: **Revista de Processo**, 2014, p. 363.

⁷⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. O controle de convencionalidade no Brasil. In: **O direito internacional dos direitos humanos em face dos poderes judiciais nacionais**. Encontro realizado conjuntamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Corte Interamericana de Direitos Humanos e Fundação Konrad Adenauer. 2016, Brasília.

O administrador público, outrossim, deve respeitar a Constituição, as leis e atender aos comandos dos tratados internacionais, sobretudo se forem mais benéficos aos administrados. Enfatize-se que a expedição dos atos administrativos ou a celebração de contratos amparam-se na supremacia constitucional e na presunção de legalidade, em respeito aos postulados do Direito Administrativo que, por óbvio, incluem os Pactos Internacionais.

Afinal, os três poderes das respectivas esferas federadas – União, estado-membro e municípios – submetem-se ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, porquanto lhes incumbe indistintamente parcela de responsabilidade no acatamento e averiguação da legalidade e do respeito à pessoa.

7.3.3 Parâmetros e efeitos da convencionalidade

Discutem a doutrina tópicos transcendentais relativos ao controle de convencionalidade. Consabido dirimir a Corte Interamericana não somente as controvérsias *sub judice*, mas emitir, também, opiniões consultivas de relevante valor e obrigatoriedade.

A questão que se coloca é se a opinião consultiva obriga ao Estado aderente da Convenção porquanto desprovida de caráter jurisdicional? Mais, integraria ela o bloco de convencionalidade?

Na esteira de García Belaunde, o fato de a opinião consultiva emanar de um órgão judicante não lhe empresta caráter jurisdicional, pelo que, à vista da inexistência de jurisprudência propriamente dita, não se pode invocá-la no controle incidental.⁷¹

Ao definir o bloco de convencionalidade Ferrer Mac-Gregor pontua que, em princípio, o parâmetro do controle difuso é a Convenção e o Pacto de São José da Costa Rica e a interpretação da Corte IDH sobre eles. Mas, a própria jurisprudência tem ampliado o *corpus iuris* interamericano em matéria de direitos humanos para fundamentar suas sentenças, não devendo passar inadvertido ser o referido Pacto quem autoriza a inclusão no regime de proteção da Convenção pelo reconhecimento de outros direitos e liberdades a teor dos arts. 76 e 77.

Nessa senda, São José estabelece como farol interpretativo a ausência de restrições aos efeitos produzidos pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, que se projetam sobre os demais atos de igual natureza. Nesse particular, ilustrativas as reflexões do juiz García Ramírez no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, cuja fundamentação transcende os documentos regionais fundacionais para incluir o Protocolo de São Salvador, o Protocolo relativo à abolição da pena de morte, a Convenção para prevenir e sancionar a tortura, a Convenção de Belém do Pará para a erradicação da violência contra a mulher, a Convenção sobre o desaparecimento forçado, dentre outros documentos.

Finalizando o tópico, resta abordar os efeitos da declaração de inconvencionalidade. Nestor Sagües salienta importar a desconformidade convencional na invalidez da regra, por carecer ela, desde a origem, de efeitos lídimos. A declaração produz um dever judicial concreto de inaplicação do preceito atacado, destituindo-o, desde a vigência, de vigor jurídico, o que equivaleria a reputá-lo inexistente *ex tunc*. Saliente-se ser a norma doméstica inaplicável na positividade estatal não derogada ou revogada pela Convenção.⁷²

⁷¹ BELAÚNDE, Domingos García. Nas suas palavras: “Sabemos que el control difuso se practica en el common law en donde opera el sistema del precedente. Y dentro desta práctica, existe el llamado *overruling* o *revocación del precedente*, que puede ser total o parcial e incluso mantenerlo, pero disminuyendo o matizando sus alcances (distinguishing y limiting). Este método es conocido perfectamente en el mundo del control difuso, y no veremos por qué no puede hacerlo un juez nacional. De lo contrario, tendríamos que consultar en cada caso a la Corte Interamericana su sentido [...]” El controle convencionalidad y sus problemas. In: **Pensamiento Constitucional**, n. 20, 2015, p. 143.

⁷² SAGÜES, Néstor Pedro. **El control de convencionalidade**. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer MacGregor y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.). In: **La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *Ius Constitutionale Comune* en América Latina?** México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, T. II, p. 452.

7.3.4 Controle de Convencionalidade no âmbito internacional

Gomes Canotilho⁷³ conceitua o Estado como uma forma histórica de organização jurídica do poder relativamente em crise em face do fenômeno da globalização e da integração interestatal. Não quer isso significar, contudo, que a soberania⁷⁴ esteja em risco, o momento é de redefinição, realocação no cenário mundial e redirecionamento.⁷⁵ Isso porque, ao longo dos anos, vislumbrou-se a necessidade de integrar comunidades transnacionais, cujas fontes heterogêneas e eventuais conflitos normativos desencadearam a assinatura de diversos tratados e convenções internacionais. A consequência é a abdicação dos países signatários de parte da *majestas*, o que não equivale à sua extinção ou supressão, porque previamente anuída por eles. Nesse diapasão, o Estado:

[...] utilizando-se de sua reconhecida capacidade de autodeterminação, conduz a sua atuação em cenário internacional de acordo com prioridades que ele mesmo elege, abrindo mão de parcela de seu poder, certo, mas só daquela parcela de que ele próprio consente em dispor em favor de objetivos que justifiquem semelhante sacrifício.⁷⁶

De acordo com Sidney Guerra, o processo de elaboração da Carta promulgada em 1988 elevou o Brasil a patamar inédito no tocante ao resguardo e à proteção aos direitos humanos, nomeadamente em razão do compromisso programático firmado perante a Comunidade das Nações. Devido a tal postura, consolidou um todo harmônico entre os sistemas normativos.⁷⁷ Por decorrência, a comunicação entre regras endógenas e exógenas no ordenamento jurídico relativas à proteção à pessoa passou a ser uníssona.

Tal interpenetração poderia gerar questionamento acerca dos limites da soberania em uma eventual colisão normativa, mas tal não se vislumbra.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 83-84.

⁷⁴ “A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a efetividade das suas regulações e dos seus comandos. Neste contexto se afirma também o carácter originário da soberania, pois o Estado não precisa recolher o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas. A soberania internacional (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de independência) é, por natureza, relativa (existe sempre o alter ego soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).” *Idem*, p. 83.

⁷⁵ MENDES, Leonardo Castanho. O direito interno e o direito internacional: monismo e dualismo – o caso particular do direito internacional dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.) **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 668. V. 1.

⁷⁶ *Idem*, p. 668. Nesse rumo, releva invocar os dispositivos internacionais assumidos livremente pelo Brasil ao ratificá-los. São eles: o art. 1º da Convenção Americana que estabelece o dever dos Estados de respeitar e garantir os direitos que enumera: “Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. O art. 2º da CADH que estatui a obrigatoriedade de os Estados adequarem seu direito interno à Convenção: “Dever adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.” O artigo 63.1 da Convenção Interamericana que resguarda a proteção e reparação ao direito violado: “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida de ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.” Os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados que determina, respectivamente; “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé” e “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

⁷⁷ GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 173. Nas palavras do autor: “De fato, atualmente há uma grande interpenetração das normas internacionais de direitos humanos e as normas de direito interno, o que acabam por influenciar de maneira significativa a ordem jurídica brasileira” (p. 174).

Desde a promulgação da Lei Fundamental Brasileira, o país tem se preocupado com a implementação e a incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos. Nesse norte, ratificou diversos tratados como a Convenção Americana de Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992, a par de haver reconhecido a jurisdição da Corte IDH em dezembro de 1998.

Tais Pactos soerguem-se como pilares da diplomacia universal porquanto representam manifestações da vontade popular em favor da manutenção da paz na sociedade globalizada. Historicamente, os acordos internacionais fundavam-se em princípios consuetudinários, de viés político. Contudo, após dois conflitos mundiais de grandes proporções, tornou-se imperiosa a criação de um sistema mundial mais confiável. Nessa seara, o primeiro sucesso obtido foi a assinatura da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em 23 de maio de 1969, que lançou os pilares dogmáticos do direito internacional público, nos moldes concebidos na contemporaneidade. Graças a ela, os Atos Internacionais tornaram-se, ao lado das legislações internas, a base legal fundacional dos Estados. A Convenção de Viena possui tamanho relevo, que se iguala em importância com a Carta de Organização das Nações Unidas.⁷⁸

Nesse contexto, plenamente admissível sob a ótica do respeito à *potestas* estatal, o controle internacional de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁷⁹

Está-se diante, ao fim e ao cabo, de jurisdição supranacional, chamada a exercitar a confrontação da legislação doméstica sob a égide do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Seu caráter é subsidiário ou complementar ao ordenamento endógeno, somente atuando em razão do absentismo nacional. Esgotados os recursos internos sem qualquer solvência, instaura-se o processo internacional, mediante solicitação à Comissão em Washington. E, se nessa esfera, restaurar-se o direito vulnerado, não será aberta a controvérsia,⁸⁰ pois a ideia é oportunizar aos aderentes a resolução do litígio, por meio da utilização de seus mecanismos legais.

En suma, el control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, aceptado por cada país y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden. Representa, además, congruencia con un propósito innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no podría (o no debería) conducir a un activismo desenfrenado. Así las cosas, el control de convencionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza. En su propia vertiente, el control de convencionalidad se halla al servicio de la justicia y de la seguridad jurídica. Parece innecesario decirlo, pero es

⁷⁸ ARZATE, Enrique Uribe. **Problemas actuales de los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad**. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2012, p. 13 et seq. Adotando como princípios o livre consentimento, a boa-fé e a *pacta sunt servanda*, determina que o Estado não pode invocar sua lei interna para justificar o descumprimento de um tratado de que seja parte.

⁷⁹ Nessa perspectiva, DELMAS-MARTY sustenta a necessidade de solucionar a tensão entre a competência do Estado e da Comunidade Internacional, o que se busca realizar a partir da apresentação do ajustamento das relações, por meio dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Isto porque, o princípio da subsidiariedade ao atuar conjuntamente com o da proporcionalidade intenciona não limitar e dividir puramente a competência, mas regulá-la. In: **Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné**. Paris: Seuil, 2006.

⁸⁰ PACHECO, Pablo Viana. **Normas constitucionais inconventionais**. Op. cit, p.128. Nas palavras de Sidney Guerra, "o controle de convencionalidade das leis tem recebido especial atenção nos estudos da atualidade, com repercussões nas decisões dos tribunais de vários países. Tal controle diz respeito a um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade). Este instituto garante controle sobre a eficácia das legislações internacionais e permite dirimir conflitos entre direito interno e normas de direito internacional e poderá ser efetuado pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos ou pelos tribunais internos dos países que fazem parte de tal Convenção." **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 179.

*conveniente insistir en ello: no debe culminar en siembra de injusticia, ni de inseguridad general o particular, sino que debe aplicarse con prudencia.*⁸¹

O Brasil reconheceu como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte IDH, bem como se obrigou, nos termos do art. 68.1 da CADH, a cumprir suas decisões.⁸² Enfatize-se ter o parágrafo 3º do artigo 5º da CF possibilitado o controle convencional das normas infraconstitucionais. O advento da EC n. 45/2004 aprofundou, ainda mais, o exercício do mecanismo, tanto em sede abstrata quanto incidental, pelos tribunais pátrios.

Seguro inexistir hierarquia de normas impostas pelos sistemas global ou regional, mormente, em se tratando de proteção à pessoa. É o ordenamento endógeno que imporá a supremacia de tal ou qual regra externa. Tanto é assim que muito se debate acerca da superioridade ou mesmo constitucionalidade das normas oriundas de determinados tratados e convenções na positividade.

Por isso, o controle de convencionalidade exsurge como um problema latente nos âmbitos do Poder Público a refletir-se na inter-relação entre o direito internacional e o direito interno.⁸³

Acerca do tema, Manuel Becerra Ramírez leciona:

*Toda vez que el Derecho establece que los tratados tienen su origen en la voluntad soberana del Pueblo, expresada en la Constitución, en donde precisamente residen los fundamentos de los Estados para la suscripción o adhesión a tratados internacionales, mediante los cuales los Estados se auto limitan y después no pueden desconocer esas obligaciones; es comprensible que el Estado dentro de su interior, le toque elegir los medios para satisfacer sus obligaciones.*⁸⁴

A despeito de o Supremo Tribunal haver firmado ser o sistema constitucional brasileiro dualista moderado, como se discorreu antes, posto inexigir a edição de lei para a incorporação do ato internacional ao regramento interno – visão dualista extremada –, mas demandar a adoção de um *iter* procedimental que compreende a aprovação congressual e a promulgação executiva do texto convencionado, não quer isso significar a desvinculação, ou mesmo a adoção *à la carte*, por parte do Estado, das determinações do Sistema Interamericano ao qual aderiu.

Some-se, o art. 4º, inciso II, da Carta Republicana, dispor sobre a prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais, pelo que chancela os tratados de resguardo *jus* humanitários, tanto mundialmente quanto regionalmente. Incontestável, portanto, deter o Estado Brasileiro competência para verificar a congruência entre o ato endógeno – Constituição, lei, regulamento, etc. – com as disposições exógenas em favor da

⁸¹ MANCHEGO, José F. Palomino; BELAUNDE, Domingo García. **El control de convencionalidad en el Perú**, *op.cit.*, p. 226. Sobre o tema consultar: RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. Querétaro: Fundap, 2012, p. 213 *et seq.* Do mesmo autor, **Estudios jurídicos**. México: UNAM, 2001; **La jurisdicción internacional: derechos humanos y justicia penal**, México D.F.: Editorial Porrúa, 2003 e **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**. México: Editorial Porrúa, 2007.

⁸² *Verbis*: “Art. 68- 1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

⁸³ Uma aprofundada e minuciosa análise sobre o controle de convencionalidade como um mecanismo garantidor e protetivo dos direitos humanos e seu exercício no Estado Mexicano pode ser lida na obra de CABALLERO, Ariel Alberto Rojas. **El control difuso y la recepción del control de convencionalidad en materia de derechos humanos en México**. México: Editorial Porrúa, 2016.

⁸⁴ ARZATE, Enrique Uribe (Coord.). **Problemas actuales de los tribunales constitucionales y el control de convencionalidad**. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2012. p. 15.

Pessoa Humana. Dessa verificação decorrem a convalidação ou a invalidação do ato nacional contrário ao ordenamento externo.⁸⁵

Certamente, os sistemas normativos estatais dispõem de meios mais eficazes para obrigar os jurisdicionados a acatarem as leis e os compromissos assumidos internacionalmente pelo país. Afinal, os tratados subscritos espelham a vontade popular ratificada pelo Parlamento.

Nesse rumo, o controle de convencionalidade reveste-se, segundo Ferrer Mac-Gregor, na

*[...] obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. La Corte IDH no puede (ni lo ha pretendido), convertirse en un órgano que 'defina' o 'imponga' los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico.*⁸⁶

Apesar das dificuldades em concebê-lo como um sistema genérico, pois, cada Estado-Parte têm peculiaridades legais, ele tem sido recepcionado pelas ordens jurídicas nacionais e acatada a parametricidade dos julgados da Corte IDH.

O raciocínio preconiza a cooperação entre os Tribunais internos e o internacional, sobrelevando o “diálogo jurisprudencial”,⁸⁷ como tem feito a Justiça Brasileira ao invocar precedentes da Corte Interamericana para prolatar suas decisões.⁸⁸

Consoante Víctor Bazán:⁸⁹

⁸⁵ Na síntese de Domingos García Belaunde, o controle da convencionalidade adota o seguinte procedimento: “a) Nasce por decisión de la Corte Interamericana; b) se aplica en esa sede solo al caso concreto; c) se extiende luego a casos similares, aun cuando no hayan sido vistos por la Corte; d) de oficio los jueces nacionales deben aplicar las normas del Pacto de San José así como la jurisprudencia de la Corte en los casos que concen, y e) los jueces deben tener presente al momento de fallar en los casos sometidos a su conocimiento, las normas americanas de derechos humanos, aun cuando al Corte Interamericana jamás haya emitido pronunciamiento alguno sobre lo que deben resolver.”. *El control de convencionalidad y sus problemas*. In: **Pensamiento constitucional**, n. 20, 2015, p.140. O confronto dá-se perante toda e qualquer norma interna, independentemente de sua hierarquia. Dita aferição poderá, até, analisar a compatibilidade dos regramentos constitucionais com as normas previstas no Tratado Internacional de Direitos Humanos. Sobreleve-se, ademais, versar o controle de convencionalidade sobre o cumprimento dos tratados de direitos humanos, uma vez que os demais serão aferidos sob o viés da legalidade. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 46 n. 81, p. 115, jan./mar., 2009.

⁸⁶FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. In: FERRER, Eduardo Mac-Gregor (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. FUNDAP – Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C. 2012. p. 111.

⁸⁷ DELMAS-MARTY descreve esta interlocução transversal de base jurídica comum nos sistemas nacional e internacional como *cross-fertilization*. O fenômeno da fertilização cruzada encontra-se presente quando, por exemplo, altera-se o ordenamento jurídico nacional para fornecer tratamento especial ao direito internacional ou os tribunais estatais valem-se de precedentes internacionais para prolatarem suas decisões. Para aprofundar o conceito de fertilização cruzada, confira-se: **Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné**, *op.cit.*

⁸⁸ Cite-se a jurisprudência do Superior Tribunal Militar que em votos condutores e vencidos invocam a Convenção e o Pacto Interamericano de Direitos Humanos, bem assim a própria jurisprudência da Corte IDH para fundamentar suas decisões. *Vide*: Superior Tribunal Militar. (STM). **AP (FO) 2007.01.050670-5**, Rel. Antonio Aparicio Ignacio Domingues. Voto vencido: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 16.12.2009, DJe 08.03.2010; **AP (FO) 2008.01.050993-3**, Rel. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 09.12.2009, DJe 16.12.2009; **AP 68-58.2014.7.03.0203**, Rel. Lúcio Mário de Barros Góes. Voto vencido: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 06.08.2015, DJe 23.09.2015; **AP 97-32.2015.7.05.0005**, Rel. Artur Vidigal, j. 22.03.2018, DJe 23.04.2018; CJ 2008.01.000203-1, Rel. José Américo dos Santos. Voto vencido: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 11.03.2010, DJe 29.04.2010; **Emb 32-16.2011.7.07.0007, HC 16-10.2013.7.00.0000**, Rel. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 28.02.2013, DJe 15.03.2013; **HC 127-23.2015.7.00.0000**, Rel. Fernando Sérgio Galvão, j. 03.08.2015, DJe 17.08.2015.

⁸⁹ BAZÁN, Víctor. O controle de convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial. **Revista da DPU**, n. 41, p. 219, set.-out./2011.

[...] a aconselhável cooperação entre ambas as instâncias não aponta para uma relação hierárquica entre elas, senão para uma conexão cooperativa na hermenêutica *pro homine* dos direitos humanos.

É que as constituições políticas dos Estados latino-americanos, com a “força normativa” que lhes é inerente, e os instrumentos internacionais sobre direitos humanos (principalmente a CADH e a exegese que dela realiza a Corte IDH), conformam um corpo jurídico que orienta a sua vigência em direção a um idêntico substrato axiológico: a salvaguarda dos direitos fundamentais, expressão direta da dignidade da pessoa.

Nesse diapasão, a aferição da convencionalidade realizada pela CIDH no âmbito internacional consiste em normal atividade judicante por meio da qual se analisam os casos concretos a ela submetidos, avaliando-se se a norma ou o agir do Estado mostrou-se consentâneo com as cláusulas humanitárias, recomendando-se-lhe, conseqüentemente, a reforma ou ab-rogação, se contrários.

Do exposto, a convencionalidade é bem mais alta do que o de constitucionalidade; a uma por poder ser exercida externamente nos tribunais quando a atuação judicial interna tiver sido omissa; a duas em razão da congruência da dupla compatibilidade material que norteia as chamadas “cláusulas de diálogo”, consistentes no exame da normatividade doméstica para fazer prevalecer regramentos que tragam mais benefícios à humanidade. Daí porque admissíveis normas constitucionais inconventionais.⁹⁰

A dogmática valoriza, sobretudo e acima de tudo, o postulado *pro humanitas*, deixando de lado a hierarquia jurídica legal para ressaltar a supremacia humanitária. Nessa perspectiva estrutural, a relação de validade acorda com o critério material voltado para a maior proteção do Homem, pelo que só há falar em inconventionabilidade quando o resguardo derivado do direito internacional for mais benéfico ao indivíduo do que o estabelecido *interna corporis*.⁹¹

⁹⁰ SANTOS, Adriana Prates. **Controle de convencionalidade**: a invalidade da Lei de Anistia brasileira frente ao sistema interamericano de direitos humanos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61365/controle-de-convencionalidade-a-invalidade-da-lei-de-anistia-brasileira-frente-ao-sistema-interamericano-de-direitos-humanos>. Acesso em: 5 jun. 2018. Um excelente estudo sobre o tema está em PACHECO, Pablo Viana. **Normas Constitucionais Inconventionais**: normas constitucionais inconventionais. Tese de Doutorado em Direito apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

⁹¹ Nesse sentido, decidiu o STF em precedente paradigmático: “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o *status* jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consecutivamente, deflagra o procedimento legal de *habeas corpus*, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de *habeas corpus* instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o *status* do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. *In casu*, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas carcerárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia (Adepol), entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta

7.4 CONCLUSÃO

O controle da convencionalidade descortina-se, neste limiar de século, como um dos mais relevantes mecanismos assecuratórios *pro persona* e propicia significativas transformações no interior dos Estados Nacionais. O compartilhamento da *majestas*, associado às formulações dogmáticas do supranacionalismo, ampliaram os espaços de poder que reivindicam direitos há muito consagrados e pouco concretizados.

Nessa perspectiva, os conceitos do liberalismo oitocentista são desafiados pelas novas estruturas jurídicas globalizantes que demandam a igualdade entre os humanos.

Efetivamente, se as formas normativas internas fizeram prevalecer, no passado, o prestígio da *potestas* estatal, como preconizada por Bodin, a contínua construção cosmopolita-cooperativa das sociedades políticas contemporâneas transcende os dogmas tradicionais da intocabilidade territorial das Nações.

A superação da verticalidade fundamentadora concebida por Hans Kelsen é um exemplo. Está-se diante de uma dialética inédita, na qual o princípio da autodeterminação oferecido pelo Direito das Gentes e explicitado pela regra de divisão entre competência interna e competência internacional, apontam para um novo *pactum* originário: o *pactum unionis*, perspectivando um novo modelo de Contrato Social. Um Contrato que altera arquétipos carcomidos, nomeadamente, o absolutismo da soberania, indispensável para a construção do terceiro milênio.

No Brasil, a hermenêutica consagradora do STF que atribuiu aos tratados de direitos humanos o *status* supralegal, *minimum minimorum*, cobrou do país, tradicionalmente dualista, sua responsabilidade humanitária. A consequência inexorável foi o advento de um método paramétrico de valoração das leis a partir de seu conteúdo, e não, de sua posição hierárquico-normativa. Tudo a ver com a convencionalidade!

REFERÊNCIAS

ARZATE, Enrique Uribe (Coord.). **Problemas actuales de los tribunales constitucionales y el control de convencionalidad**. México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2012.

BAZÁN, Victor. O controle de convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial. **Revista da DPU**, n. 41, set.-out./2011.

BELAUNDE, Domingos García. El controle convencionalidad y sus problemas. **Pensamiento Constitucional**, n. 20, 2015.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 29 ago. 2018.

de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. **ADI 5240**, Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20.08.2015, Processo Eletrônico DJe-018 Divulg 29.01.2016 Public 01.02.2016.

BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à memória e à verdade**. Disponível em: http://dh.sdh.gov.br/download/dmv/direito_memoria_verdade.pdf. Acesso em: 26 ago. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **REsp n. 1493034/AL**. (2014/0290337-8) autuado em 4/11/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1493034&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=-DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADI n. 5240**. Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20.08.2015, Processo eletrônico DJ-018, Divulg. 29.01.2016, Public. 01.02.2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADI n. 1480-3**. Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04.09.1997, DJ 18.05.2001 PP-00435, ement vol-02031-02 p-00213.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **CR 8279 AgR**. Rel. Celso e Mello, Tribunal Pleno, j. 17.06.1998, DJ 10.08.2000 PP-00006, ement vol-01999-01 p-00042.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **HC n. 72.131/RJ**. Rel. Marco Aurélio. Rel. para o Acórdão: Moreira Alves. Tribunal Pleno, j. 23.11.1995, DJ 01.08.2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **HC n. 87.585/TO**. Rel. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, DJ 26.06.2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **HC n. 91.361-0/SP**. Rel. Celso de Mello, j. 23.09.2008, DJ 06.02.2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **HC 94.695-0/RS**. Rel. Celso de Mello, j. 23.09.2008, DJ 06.02.2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **HC n. 96.772/SP**. Rel. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 09.06.2009, DJ 21.08.2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **RE 349703/RS**. Rel. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 03.12.2008, DJ 05.06.2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **RE n. 466.343/SP**. Rel. Cezar Peluso. Voto de Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 03.12.2008, DJe 104, em 05.06.2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) **Súmula Vinculante 25/STF-SVI – 23/12/2009**. Prisão civil. Depósito. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. [Contrato. Depositário infiel. Alienação fiduciária]. CF/88, art. 5º, LXVII e §§ 1º, 2º e 3º. Interpretação à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Decreto-lei 911/69, art. 4º CPC, art. 901. CF/67, art. 153, § 17. CCB, art. 1.265. CCB/2002, art. 652. Decreto 678/92, art. 7º, § 7º (Pacto de São José da Costa Rica). Decreto 592/92, art. 11 (Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM). **AP (FO) 2007.01.050670-5**. Rel. Antonio Aparício Ignacio Domingues. Voto vencido: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 16.12.2009, DJ 08.03.2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM). **AP (FO) 2008.01.050993-3**. Rel. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 09.12.2009, DJe 16.12.2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM). **AP 68-58.2014.7.03.0203**. Rel. Lúcio Mário de Barros Góes. Voto vencido: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 06.08.2015, DJ 23.09.2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM). **AP 97-32.2015.7.05.0005**. Rel. Artur Vidigal, j. 22.03.2018, DJ 23.04.2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM). **CJ 2008.01.000203-1**. Rel. José Américo dos Santos. Voto vencido: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 11.03.2010, DJ 29.04.2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM). **HC 16-10.2013.7.00.0000**. Rel. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, j. 28.02.2013, DJ 15.03.2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM). **HC 127-23.2015.7.00.0000**. Rel. Fernando Sérgio Galvão, j. 03.08.2015, DJ 17.08.2015.

CABALLERO, Ariel Alberto Rojas. **El control difuso y la recepción del control de convencionalidad en materia de derechos humanos en México**. México: Editorial Porrúa, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In: O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.

CILIA LÓPEZ, José Francisco. **Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y convencionalidad**. México: Editorial Porrúa, 2016.

COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **Notas sobre o controle de convencionalidade**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/notas-sobre-o-controle-de-convencionalidade>. Acesso em: 6 dez. 2017.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 232/2014, jun. 2014, DTR/2014/2187. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/295705167_o_controle_de_convencionalidade_como_parte_de_um_constitucionalismo_transnacional_fundado_na_pessoa_humana. Acesso em: 29 ago. 2018.

CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS. **Decisão 74-54 DC**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Parágrafo 124. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Voto concorrente de Sérgio Garcia Ramirez. Parágrafo 27, p. 10. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 29 ago. 2018.

_____. **Caso Tibi vs. Ecuador**. Sentença de 7 de setembro de 2014. Voto concorrente de Sérgio Garcia Ramirez. Parágrafos 2, 3, 4, 5, 6. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 29 ago. 2018.

DELMAS-MARTY Mireille. **Les forces imaginantes du droit**: le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). Internacionalização do direito no novo século. *In: STVDIA IVRIDICA*. Colloquia-17. Universidade de Coimbra. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra Editora, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. O controle de convencionalidade no Brasil. *In*: **O direito internacional dos direitos humanos em face dos poderes judiciais nacionais**. Encontro realizado conjuntamente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Supremo Tribunal Federal (STF), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Corte Interamericana de Direitos Humanos e Fundação Konrad Adenauer, Brasília, 2016.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *In*: FERRER, Eduardo Mac-Gregor (Coord.). **El control difuso de convencionalidad**: diálogo de la corte interamericana de derechos humanos y los jueces nacionales. FUNDAP – Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C, 2012.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 46, Curitiba: 2017.

HITTERS, Juan Carlos. **Control de Convencionalidad. Adelantos y Retrocesos**. México: Editorial Porrúa, 2017.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

MANCHEGO, José Félix Palomino; BELAUNDE, Domingo García. El Control de Convencionalidad en el Perú. **Pensamiento Constitucional**, n. 18, 2013.

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras**: do estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 11. ed. Forense: São Paulo, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 46, jan./mar., 2009.

MENDES, Leonardo Castanho. O direito interno e o direito internacional: monismo e dualismo – o caso particular do direito internacional dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2011. v. 1.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017.

PACHECO, Pablo Viana. **Normas constitucionais inconventionais**. Tese de Doutorado em Direito apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. *In*: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.), **El control difuso de convencionalidad**: diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales. FUNDAP (Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política), S.C., 2012.

_____. **Estudios jurídicos**. México: UNAM, 2001.

_____. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**. México D.F.: Porrúa, 2007.

_____. **La jurisdicción internacional**: derechos humanos y justicia penal. México: Editorial Porrúa, 2003.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. **As relações entre o direito internacional e o direito interno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidade. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coords.). **La justicia constitucional y su internacionalización** ¿Hacia un *Ius Constitutionale Comune* en América Latina? México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, T.II, 2010.

SANTOS, Adriana Prates. **Controle de convencionalidade**: a invalidade da Lei de Anistia brasileira frente ao sistema interamericano de direitos humanos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61365/control-de-convencionalidade-a-invalidade-da-lei-de-anistia-brasileira-frente-ao-sistema-interamericano-de-direitos-humanos>. Acesso em: 5 jun. 2018.

SOREL, Jean Marc. Du monisme théorique au dualisme pratique: la position ambiguë de la Constitution française vis-à-vis du Droit International. *In*: CICCIO FILHO, Alceu José; VELLOSO, Ana Flávia Penna; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (Coords.). **Direito Internacional na Constituição**: estudos em homenagem a Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014.



8 VISÃO PANORÂMICA DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

MINISTRO EMMANOEL PEREIRA

A expressão “acesso à Justiça” guarda, em si, diferentes dimensões. Justamente por isso, representa importante temática, sempre presente no meio jurídico.

Em estudo aprofundado sobre o tema, Mauro Cappelletti e Bryant Garth,⁹² ao percorrerem os diversos aspectos da conjugação dessas palavras, para além de ressaltarem a dificuldade de definição do objeto a que se destina a intencional reunião desses termos, registram as diferentes repercussões jurídicas daí advindas.

Realmente, por “acesso à justiça” tanto podemos apreender a análise das diversas formas de se alcançar uma resposta do Poder Judiciário, como a ideia de concretizar a expectativa social de distribuição equânime de direitos, como forma de garantir, tanto ao indivíduo como à coletividade, os meios de obter o que é justo.

Não foi por acaso que se convencionou sintetizar o conceito de Justiça, atribuído a Tomás de Aquino, como “a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”,⁹³ pressupondo-se, assim, a exteriorização do querer intrínseco de todo ser humano, em manifestação de sua essência, mais pura, na intenção de distribuir a cada qual o que lhe é devido.

Sob essa perspectiva, o “acesso à Justiça” caracteriza-se pela entrega do que é justo, seja em âmbito individual ou coletivo, tarefa nada fácil de se equalizar na dinâmica da sociedade, em que são constantes os conflitos de interesses.

Nisso, consiste a razão de ser do Poder Judiciário, destinado à satisfação da expectativa social quanto à pacificação de conflitos, ante a distribuição equitativa da Justiça, segundo os parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, sem olvidar o indispensável respeito à dignidade da pessoa humana.

É no cumprimento desse dever que as diversas unidades jurisdicionais, em diferentes ramos do direito, empenham-se, diuturnamente, na entrega da prestação jurisdicional clamada por aqueles que as acionam, perseguindo a solução mais adequada em relação ao caso, em concreto.

Nesse sistema, a defesa do que se entende por justo também constitui, em si, bem precioso. E, por esse motivo, o exercício desse direito alçou *status* de Garantia Fundamental na

⁹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8.

⁹³ **Suma Teológica de São Tomás de Aquino**, segunda parte da segunda parte, questão 58. Disponível em: http://permanencia.org.br/drupal/node/8?_cf_chl_jschl_tk__=e12b2164d76c442ba3f11ee9f4711b842a3fd33f-1624106298-0-Afv-dUn3xknqdJskTtoiw3LzyUyJQPr6NL9tYu9DoE3LX000Nmb61BmjdgbEkQluYqc8WbKRrsISZ6RPsNse_9oRt1AazH-ZaVtpetZeLOR3s526ivOiU5lg4LjhRh2nTqySGfjRDtqz-GzwCQFBEITX9ZhtFpQ-m-c-UucGDv8GWZY4Lvpul5gdKc-ceKucAIY-wHbZPALlgA8pi6m21it-Gn38Umqltb9d8FC6J3HwGziFo9XM_iDWmmG0CXZQGgyIbPjbueX5-OiX0oge-e0JiBFALMIY2kTvZb_IFP0BQGI1FE5lkuOxepoKfjsCY_ae_oJLzOjGJJN5wZ7iAPTdgrcn232EFJcqtJmQOSDI2W-eh0IrfhnR6XS6G8RTQIN43oPF_KXEwLYrVVGGeu-a82I_V9a_PsjwFE-x2ekIPPhM. Acesso em: 19 jun. 2021.

Constituição Federal de 1988, ao se estabelecer, no artigo 5º, inciso XXXV, que nem mesmo a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

É dizer, em um Estado Democrático de Direito, que não se admite a imposição de obstáculos à justiça, devendo-se assegurar a todos a possibilidade de concretização da busca pelo reconhecimento do direito perseguido, diante de uma pretensão resistida.

A existência dessa premissa, contudo, ainda não é suficiente, pois há de se constituir um Poder Judiciário efetivamente forte, independente e capaz de atender a esse anseio, sabendo-se que a complexidade dessa temática perpassa, obrigatoriamente, pelo adequado aparelhamento dos Órgãos Jurisdicionais, seja no julgamento das causas, seja pela solução de conflitos por meio de metodologias de autocomposição, viáveis de serem adotadas, também durante a Pandemia, como lembra Fernando Hoffmann.⁹⁴

Nesse intuito, há anos, o Conselho Nacional de Justiça, atento às inovações tecnológicas e ao crescente desenvolvimento digital da sociedade, vem se empenhado na informatização do processo judicial, implementando novas ferramentas de informática, com o objetivo de substituir o papel pelo meio de comunicação virtual.

A título de exemplo, temos a instituição do PJe, como sistema de processamento de informações e de práticas de atos processuais, que data de 2013, ou seja, há mais de sete anos, o CNJ já se empenhava pela informatização dos sistemas processuais, como forma de assegurar o mais amplo acesso à justiça.

É verdade que a urgência na satisfação desse objetivo tornou-se mais evidente com o grave e recente cenário epidemiológico vivenciado, não só no Brasil, mas em todo o mundo, quando, então, pudemos comprovar a certeza de um Judiciário preparado para enfrentar as adversidades, dada a resposta rápida e efetiva com que atendeu às necessidades sociais.

Essa atividade, contudo, representa esforço contínuo. E as unidades jurisdicionais de todo o País vêm empregando esforços permanentes na intenção de se reinventarem, a cada novo dia, visando à ampliação de acesso e promovendo maior agilidade dos seus serviços, com o fim último de assegurar o direito constitucional e fundamental de todos os brasileiros à continuidade de uma prestação jurisdicional, célere, justa e efetiva, mesmo por meio remoto.

Assim, foram superadas, nesse passado recente, as dificuldades de adaptação e de aparelhamento dos órgãos judiciais para o melhor desempenho das suas tarefas institucionais, por meio virtual, absorvendo-se, com presteza, a significativa elevação da litigiosidade no País, em face dos impasses gerados neste período de Pandemia.

A tecnologia, sem dúvida, comprovou ser importante aliada nesse desiderato. E, conquanto as portas físicas das Unidades Judiciárias precisaram ser momentaneamente fechadas, as virtuais se abriram, em níveis até então inconcebíveis.

As pesquisas apontam que há mais de um celular por habitante, no Brasil. Essa realidade, aliada à facilitação de acompanhamento da tramitação de processos por meio digital, confere maior credibilidade e transparência ao sistema judiciário, aproximando as partes e seus advogados dos atos processuais.

De fato, são inegáveis as facilidades proporcionadas pelas ferramentas tecnológicas na prestação de serviços públicos e, especialmente, no acesso ao Judiciário. Com elas, houve melhor integração dos jurisdicionados às plataformas digitais, a permitir, mesmo nos períodos em

⁹⁴ HOFFMAN, Fernando. **Mediação e conciliação na justiça do trabalho durante a pandemia**. Publicado em: 21 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/hoffmann-mediacao-conciliacao-justica-trabalho>. Acesso em: 21 jun. 2021.

que vigoraram medidas de distanciamento social mais rigorosas, a participação ativa dos advogados em audiências e sessões *on-line*, nas quais se viabilizou, inclusive, a promoção de sustentações orais, em tempo real, ou seja, simultaneamente ao julgamento das causas, a traduzir efetividade ao procedimento.

Nesse cenário, o Conselho Nacional de Justiça, a despeito de uma visão até então conversadora e arraigada ao formalismo, demonstrou grande capacidade de modernização do sistema judiciário brasileiro, reformulando políticas de organização judicial, no intuito de conferir maior efetividade à entrega da prestação jurisdicional, sempre sob a orientação dos valores da justiça e da paz social.

Entre as inovações operadas, cito, como exemplos: a Política Pública para a Governança e Gestão do Processo Judicial Eletrônico, que objetiva integrar e consolidar todos os sistemas eletrônicos do Judiciário brasileiro em um ambiente unificado e implantar o conceito de desenvolvimento comunitário, no qual todos os Tribunais contribuem com as melhores soluções tecnológicas para o aproveitamento comum; o Balcão Virtual; a realização de audiências e sessões por videoconferências; a comunicação de atos processuais por meio eletrônico; e o Juízo 100% Digital.

Tais iniciativas, por certo, fortaleceram a confiança da sociedade em um Poder Judiciário presente e forte, e que se empenha na incansável missão de oferecer soluções justas e adequadas, com vistas à resolução de conflitos, ainda que, para perscrutar esse caminho, precise se reinventar, na utilização dos meios tecnológicos disponíveis.

E, se por um lado, a pandemia da Covid-19 acarretou prejuízo aos direitos dos cidadãos, por outro, os órgãos jurisdicionais permaneceram firmes, diante do desafio de preservar a pacificação social.

Essa afirmação pode ser facilmente comprovada pelas estatísticas do Painel de Produtividade do Poder Judiciário no Regime de Trabalho Remoto,⁹⁵ cuja apuração do início de junho de 2021, aponta para um total de quase 54.500.000 decisões monocráticas e mais de 35.700.000 sentenças e acórdãos proferidos.

Só no seguimento da Justiça do Trabalho, nesse período de pouco mais de um ano, foram proferidas, aproximadamente, 10.700.000 decisões, sendo que, desse montante, mais de 5.374.000 foram de acórdãos e sentenças trabalhistas terminativas.

Contudo, o papel do Poder Judiciário na busca da Justiça não se esgota na prestação jurisdicional, por mais célere e adequada que seja.

Em sintonia com as lições de Mauro Cappelletti e Bryant Garth,⁹⁶ o conceito mais amplo de “acesso à justiça” abrange, inclusive, a garantia dos direitos civis como obrigação do Estado. Comporta, assim, a melhoria da qualidade de vida de todos os indivíduos, alcançável pela distribuição de direitos, essencialmente os previstos no artigo 6º da Constituição Federal, como forma de efetivar um Estado Democrático de Direito, realmente fundado na dignidade da pessoa humana.

Portanto, em uma visão macro, também se insere entre as atribuições do Poder Judiciário, como precursor dessa diretriz, a análise e o acompanhamento da concretização e da abrangência de tais direitos, a serem ofertados a todos os brasileiros e estrangeiros, residentes, ou não, no Brasil, sem preconceito de origem, raça, credo, cor, idade, sexo ou quaisquer outras formas de discriminação.

⁹⁵ Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ba21c495-77-8c48-4d85-ec-cc2d707f18bc&sheet-b45a3a06-9fe1-48dc-97ca-52e929f89e69&lang=pt-%20R&opt=currsel&select=clearall>. Acesso em: 17 jun. 2021.

⁹⁶ CAPPELLETTI Mauro; GARTH Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 9.

Isso, por óbvio, também inclui a implementação de garantias asseguradas em Tratados Internacionais, em um controle de convencionalidade destinado ao avanço e ao aprimoramento do diálogo e à internalização de melhores condições de vida, fundadas na valorização de direitos humanos, com efetivo acolhimento da diversidade.

Nesse desígnio, conciliam-se, aos objetivos da Agenda Global 2030 de Direitos Humanos das Nações Unidas, que teve adesão do Poder Judiciário Brasileiro, por meio do Conselho Nacional de Justiça, sob a perspectiva de que Direitos Humanos, valores universais inalienáveis da pessoa humana em processo de permanente construção, cuja essência nuclear é o respeito à dignidade da pessoa humana e cuja proteção é o grande desafio a ser enfrentado no campo das políticas públicas e do Direito para que possamos viver com liberdade em um ambiente de igualdade, amor fraterno e paz.

Nesse intuito, o Conselho Nacional de Justiça vem se empenhando na formação de grupos de trabalho com a implementação dos Observatórios de Direitos Humanos e do Meio Ambiente, com especial enfoque para a acessibilidade, a integração social e a inclusão de pessoas com deficiência, a fim de consolidar, no seio da sociedade, o indispensável respeito à diversidade e à sustentabilidade.

Também sob o enfoque de promover igualdade, em um panorama de respeito às diversidades, surgiu a Resolução CNJ n. 343, editada em 9 de setembro de 2020, mediante a qual foram instituídas condições especiais de trabalho para magistrados(as) e servidores(as) com deficiência, necessidades especiais ou doença grave ou que sejam pais ou responsáveis por dependentes nessas condições, no âmbito do Poder Judiciário.

Referida regulamentação possui escopo no princípio da proteção integral à pessoa com deficiência, insculpido na Constituição da República, assim como nas regras da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto da Pessoa com Deficiência e na Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, essa última assinada em Nova Iorque, em 2007, e ratificada pelo Brasil, em 2008, que foi internalizada no Ordenamento Jurídico Pátrio com *status* de Emenda Constitucional.

Trata-se, assim, de mais uma iniciativa voltada à concretização de medidas de justiça social no âmbito do Poder Judiciário, a qual ultrapassa as discussões iniciais de quotas e acessibilidade para enfrentar a problemática sob o ponto de vista do cotidiano do trabalhador com deficiência, no intuito de fomentar o despertar de suas aptidões pessoais, além do total desenvolvimento de sua capacitação e qualificação profissional, preparando-o, adequadamente, para a competitividade inerente ao mercado de trabalho.

Muitas já foram as conquistas, contudo, ainda é longa a jornada a ser percorrida. E, ciente dessa realidade, atua o Conselho Nacional de Justiça, em conjunto com todos os Órgãos integrantes do Poder Judiciário, na luta incessante pelo avanço da sociedade em prol da tão almejada Justiça.

Ministro Emmanoel Pereira
Conselheiro do CNJ

9 DIREITOS HUMANOS E DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

RENATA GIL

9.1 INTRODUÇÃO

Há razoável consenso de que o conceito atual de democracia transcende a simples ideia de governo da maioria. Exige-se, em verdade, uma democracia substancial, segundo a qual há o fomento à igualdade e à representatividade – valores indispensáveis a um Estado verdadeiramente democrático.⁹⁷ Nessa perspectiva, a Constituição de um Estado Democrático assume dois papéis essenciais. Se, por um lado, compete a ela veicular consensos mínimos sociais acerca do funcionamento estatal, por outro deve garantir adequado espaço ao desenvolvimento do acesso à Justiça, em linha com as dimensões subjetivas e objetivas dos direitos das minorias.

Nesse cenário, buscando avivar os mecanismos formais de proteção, o Brasil ratificou diversos tratados internacionais. A título ilustrativo, destacam-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada mediante o Decreto n. 65.810/1969; a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada por meio do Decreto n. 4.377/2002; e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporada no contexto brasileiro mediante o Decreto n. 6.949/2009.

Ainda sob essa perspectiva, o Senado aprovou, em 2021, o Projeto de Decreto Legislativo n. 562/2020, que confirma a adesão do Brasil à Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

Em que pese o Brasil ter ratificado tratados sobre o tema, é imprescindível que se garanta a efetividade e a correspondência das leis infraconstitucionais e das políticas públicas adotadas quanto aos direitos humanos. Ademais, é relevante que se garanta o efetivo acesso à Justiça, como forma de proteção aos direitos humanos.

Nessa senda, esse artigo objetiva apresentar a relevância do papel desempenhado pelas instituições, em especial a Associação dos Magistrados Brasileiros e o Conselho Nacional de Justiça, no fomento à democracia mediante a proteção dos direitos humanos. Ainda, observa-se que, no contexto brasileiro, o acesso à Justiça encontra-se obstaculizado por questões socioeconômicas estruturais – motivo pelo qual urge a implantação de ações orientadas a sua democratização. Para o escopo do artigo, analisar-se-ão três questões sensíveis: as custas judiciais, o combate à discriminação, ao preconceito e à desigualdade e, por último, a inclusão digital.

⁹⁷ BRILHANTE, Lúcia Silva de França, PASE, Hemerson Luiz. **Democracia substantiva no Brasil?**. 1º Seminário.

9.2 O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES NO FOMENTO À DEMOCRACIA E NA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

9.2.1 Atuação da Associação dos Magistrados Brasileiros

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), como a maior entidade representativa da Magistratura Nacional,⁹⁸ é uma instituição pautada no fortalecimento do Poder Judiciário e de defesa das garantias institucionais da Magistratura. Esse compromisso está descrito no art. 1º do Estatuto da Entidade.⁹⁹

A AMB, que representa mais de 14 mil juízes e desembargadores no país – congregando a magistratura estadual, federal, trabalhista e militar em âmbito nacional – se funda no princípio da independência e da harmonia entre os Poderes Constituídos e busca estabelecer diálogos com o Poder Legislativo e o Executivo quanto à efetiva implementação dos direitos humanos.

O acesso à Justiça se apresenta como um dos principais instrumentos de salvaguarda dos grupos minoritários que, historicamente, têm seus direitos constantemente violados. Com efeito, as entidades associativas, entre elas a própria AMB, são peças-chave no fomento a políticas públicas aptas a amparar esses indivíduos.

Considerando que um país democrático deve buscar, constantemente, a oferta dos direitos básicos e de acesso a serviços públicos aos cidadãos, incluindo, por certo, o acesso à Justiça, a atuação de instituições como a AMB no combate à discriminação e na salvaguarda de direitos é crucial.

É nesse contexto que se insere o “Pacote Basta” (Projeto de Lei n. 741/2021), idealizado pela AMB e formalmente apresentado à sociedade e ao Poder Legislativo. O PL, aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados e em trâmite no Senado Federal, reúne medidas urgentes de enfrentamento à violência contra a mulher: a tipificação da violência psicológica; e a instituição, em nível federal, do Programa de Cooperação “Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica”.¹⁰⁰

É de se destacar que a campanha “Sinal Vermelho contra a violência doméstica”¹⁰¹ e os seus desdobramentos (diversas ações e leis estaduais sobre o tema) coadunam-se com as recomendações formuladas aos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA):¹⁰²

51. Fortalecer os serviços de resposta à violência de gênero, em particular a violência intrafamiliar e a violência sexual no contexto de confinamento. Reformular os mecanismos tradicionais de resposta, adotando canais alternativos de comunicação e fortalecendo as redes comunitárias para ampliar os meios de denúncia e ordens de proteção no período de confinamento. Desenvolver protocolos de atenção e fortalecer a capacidade dos agentes de segurança e atores de justiça envolvidos na investigação e punição de atos de violência intrafamiliar, bem como distribuir materiais de orientação sobre o manejo desses casos em todas as instituições estatais. 52. Oferecer atenção diferenciada às mulheres profissionais de saúde que trabalham na

⁹⁸ Disponível em: <https://www.amb.com.br/conheca-a-amb/>. Acesso em: 18 jun. 2021.

⁹⁹ Art. 1º. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) [...] tem como objetivo a defesa das garantias e direitos dos Magistrados, o fortalecimento do Poder Judiciário e a promoção dos valores do Estado Democrático de Direito. § 1º – Fica mantida, por razões históricas e em homenagem ao local de fundação da entidade, a subsede existente no Rio de Janeiro, no prédio do tribunal de Justiça daquele estado. § 2º – No estado de origem do presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros poderá ter uma subsede durante a vigência de seu mandato.

¹⁰⁰ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2272154>, <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148849>. Acesso em: 21 jun. 2021.

¹⁰¹ Disponível em: <https://www.amb.com.br/sinalvermelho/>. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹⁰² Resolução 1/2020. Pandemia e direitos humanos nas Américas. CIDH, OEA. Acesso em: 18 jun. 2021.

primeira linha de resposta à crise sanitária da Covid-19. [...] 53. Garantir a disponibilidade e continuidade dos serviços de saúde sexual e reprodutiva durante a crise da pandemia, em particular aumentando as medidas de educação sexual integral e disseminação de informação por meios acessíveis e com linguagem adequada, a fim de alcançar as mulheres em sua diversidade.

O referido engajamento da Entidade também pode ser observado na recente concessão do prêmio “Desafio lideranças públicas negras” ao vice-presidente de direitos humanos da AMB, como reconhecimento das iniciativas que buscam a redução da desigualdade racial, com a ampliação do acesso e do desenvolvimento profissional de pessoas negras no setor público.¹⁰³

Ademais, frise-se o “Manifesto em Defesa da Democracia e do Poder Judiciário”, proposto pela AMB e que teve como signatário o CNJ.¹⁰⁴ O Manifesto foi instrumentalizado mediante documento assinado por mais de 200 associações, centrais, federações e confederações nacionais, estaduais, municipais, entidades públicas e privadas, representantes de servidores públicos e sociedade civil.

As políticas encampadas pela AMB compatibilizam-se com os objetivos visados pelo Poder Judiciário quanto à inclusão e à proteção dos direitos humanos. Quanto a esse ponto, destaca-se a pesquisa intitulada “Quem somos. A magistratura que queremos”,¹⁰⁵ promovida pela AMB em parceria com a Pontifícia Universidade Católica/RJ e sob coordenação do Ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, em que magistrados responderam, entre outras coisas, a um questionário sobre a atuação do Judiciário na democracia.

Na oportunidade, questionou-se quais seriam as três áreas mais importantes de atuação do Judiciário em uma democracia. A pesquisa apresentou as seguintes respostas: a garantia da extensão dos direitos sociais; e a defesa dos direitos humanos e o controle da violência estatal.

Os destaques feitos pelos magistrados demonstram a importância do papel do Poder Judiciário em favor da democracia e da garantia dos direitos sociais e humanos – e espelham a constante busca do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional para ampliação do acesso à Justiça.

Nesse contexto, registre-se ainda o levantamento intitulado “Estudo da imagem do judiciário brasileiro” promovido pela AMB em parceria com a Fundação Getúlio Vargas,¹⁰⁶ em que 83% dos cidadãos entrevistados destacaram a importância do papel do Judiciário para a concretização da democracia.

Esses estudos demonstram que não só o Judiciário tem a consciência da importância do seu papel na consecução de uma sociedade mais democrática, mas também que os próprios cidadãos reconhecem a necessidade da sua atuação para esse fim. A AMB, nesse sentido, busca obstinadamente intensificar esse processo, defendendo os ideários expostos na Constituição e aperfeiçoando a prestação jurisdicional e a proteção aos direitos humanos.

9.2.2 Atuação do Conselho Nacional de Justiça

Além do papel das instituições civis, o próprio Judiciário possui mecanismos constitucionalmente previstos para a proteção e a promoção da igualdade e da representatividade. Nessa senda, destaca-se o papel do CNJ, órgão do Poder Judiciário previsto no art. 92, I-A, da Constituição Federal.

¹⁰³ Disponível em: <https://www.amb.com.br/vice-presidente-de-direitos-humanos-da-amb-ganha-premio-desafio-liderancas-publicas-negras/>. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹⁰⁴ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/toffoli-recebe-manifesto-em-prol-da-democracia-e-do-judiciario/>.

¹⁰⁵ Disponível em: <https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/index.php>. Acesso em: 18 jun. 2021

¹⁰⁶ Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARIO_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

Em linhas gerais, o CNJ é tido como uma “instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual”.¹⁰⁷ O órgão desempenha papel destacável na concretização da luta pelo acesso à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis e que necessitam da tutela do Estado para reduzir as desigualdades.

Nessa toada, o Conselho buscou aprovar diversos Atos Normativos que proporcionam a preservação dos direitos humanos e a promoção do acesso à Justiça, a destacar:

- I. Resolução CNJ n. 364/2021, que dispõe sobre a instituição da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do CNJ;
- II. Resolução CNJ n. 351/2020, que institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, do Assédio Sexual e da Discriminação;
- III. Resolução CNJ n. 348/2020, que estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente; e
- IV. Resolução CNJ n. 343/2020, que institui condições especiais de trabalho para magistrados(as) e servidores(as) com deficiência, necessidades especiais ou doença grave ou que sejam pais ou responsáveis por dependentes nessa mesma condição e dá outras providências.

À vista disso, observa-se a importância do CNJ quanto à proteção e à inclusão dos mais diversos grupos sociais com o objetivo de fortalecer a democracia constitucional pautada nos direitos humanos. Nesse contexto, destacam-se as competências e as diretrizes da Comissão Permanente de Democratização e Aperfeiçoamento dos Serviços Judiciários do CNJ¹⁰⁸ no sentido de propor ações e projetos destinados a promover a democratização do acesso à Justiça e o fomento dos ideais encartados na Constituição Federal.

A Comissão supramencionada possui seis objetivos definidos. O primeiro deles é o de propor estudos para a democratização do acesso à Justiça no Brasil. O segundo objetivo se funda no monitoramento de políticas judiciais de custas, despesas processuais e assistência judiciária gratuita. O terceiro diz respeito à promoção de ações que ampliem a conscientização sobre direitos, deveres e valores dos cidadãos. O quarto objetivo se pauta na propositura de parcerias com os demais Poderes, setores e instituições para o aperfeiçoamento dos serviços judiciais. O quinto se refere à disseminação de valores éticos e morais mediante atuação no Judiciário, em universidades, faculdades, centros de pesquisa, assim como junto às funções essenciais à Justiça e associações de classe, como a AMB. Por último, o sexto objetivo se funda em propor ações e projetos que visem a combater a discriminação, o preconceito e outras formas de desigualdade de raça, gênero, condição física, orientação sexual, religiosa e de outros valores ou direitos protegidos ou que comprometam os ideais defendidos pela Constituição.

Vale pontuar, por fim, que a proteção e a defesa dos direitos humanos não são as únicas tarefas a ser desempenhadas pelas instituições a fim de fortalecer a democracia. Além delas, é fundamental que seja garantido o acesso à Justiça como elemento básico do direito à cidadania.

¹⁰⁷ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹⁰⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/organograma/comissoes/comissao-permanente-de-democratizacao-e-aperfeiçoamento-dos-servicos-judiciarios/>. Acesso em: 18 jun. 2021.

9.3 A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

9.3.1 As custas judiciais

No contexto de medidas relevantes para viabilizar o acesso à Justiça, destacam-se as custas judiciais no Brasil, cujo sistema possui discrepâncias e representa desafios de grande complexidade – decorrentes da forma federativa de Estado adotada no país e da autonomia conferida pela Constituição, em seu art. 24, inciso IV, para que estados e Distrito Federal, de maneira concorrente à União, legislem sobre custas dos serviços forenses.

Além de um contexto no qual os jurisdicionados convivem com legislações bastante diversas, notadamente em relação ao valor das custas, há um vácuo normativo em termos de legislação federal que estabeleça princípios e balizas gerais aplicáveis para todas as unidades federadas – o que poderia trazer aos jurisdicionados maior racionalidade, transparência e previsibilidade na cobrança de custas judiciais.

A esse respeito, destaque-se o empenho do CNJ na pauta, ao elaborar Projeto de Lei Complementar com vistas a estabelecer novas regras para a cobrança de custas judiciais nos Estados Brasileiros.¹⁰⁹ O texto baseou-se na sustentabilidade da oferta dos serviços judiciários, no acesso à Justiça e no uso racional da máquina judiciária.

O Ministro Humberto Martins, do Superior Tribunal de Justiça e que atuou como Corregedor Nacional de Justiça do CNJ, à época da apresentação do texto, sublinhou que o projeto tem por objetivo a redução das disparidades na cobrança e a diminuição dos impactos dos custos sobre os jurisdicionados mais vulneráveis como forma de democratização do acesso à justiça.¹¹⁰

Destaca-se que a formulação de uma legislação contendo diretrizes de âmbito nacional, se feita de modo a preservar a autonomia e as particularidades vivenciadas pelos tribunais, além de beneficiar os jurisdicionados com maior transparência, racionalidade e previsibilidade, tem o condão de tornar a cobrança das custas judiciais mais justa, de forma a espelhar a capacidade de cada jurisdicionado – sem oferecer prejuízo de acesso à justiça por parte dos cidadãos hipossuficientes.

9.3.2 Combate à discriminação, ao preconceito e à desigualdade, sob um ponto de vista institucional

Não bastasse a necessidade de garantia da eficácia dos normativos editados no Brasil, é preciso, também, atentar-se às ações que possuem o condão de alterar o contexto institucional em que, muitas vezes, os direitos humanos são desrespeitados.

Os estudos realizados pelo Censo do Judiciário no ano de 2013 demonstraram que apenas 1,4% dos magistrados brasileiros se declarava pretos, enquanto 15% se declaravam pardos. No recorte das magistradas, o número também se mostrou baixo: apenas 1,5% se considerava preta e 12,7%, pardas. Ao total, apenas 15,6% dos magistrados eram negros.¹¹¹

¹⁰⁹ Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/333906/pl-sobre-custas-judiciais-nao-preve-uso-de-verba-em-salarios-e-auxilios>. Acesso em 18 de junho de 2021.

¹¹⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-10/ministros-stj-entregam-congresso-pl-regime-custas>. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹¹¹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario/relatorios-censo-judiciario/>. Acesso em: 18 jun. 2021.

Já no Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros de 2018,¹¹² apontou-se que, na Justiça Estadual, o percentual de mulheres pretas era de 1%, enquanto o de homens pretos é de 2%. Na Justiça Federal e na Justiça do Trabalho, as mulheres pretas representam 2% dos magistrados, enquanto os homens representam apenas 1%.

Além disso, levantamento apresentado no Seminário “Questões Raciais e o Poder Judiciário”, realizado pelo CNJ, demonstrou que a equidade racial na magistratura somente será alcançada no ano de 2044, considerando o percentual mínimo de 22,2% de pessoas negras e pardas.¹¹³

Tal como no Poder Judiciário, no Poder Legislativo os índices também são alarmantes: a título de exemplo, apenas 32% dos prefeitos eleitos são negros, em contraponto à proporção de 56% das pessoas negras da população brasileira.¹¹⁴ É evidente, portanto, que esse cenário de ausência de representatividade gera (e reflete) uma série de problemas sociais na população brasileira. Nesse contexto, insere-se o conceito de racismo institucional, termo derivado do racismo estrutural,¹¹⁵ e que pode ser concebido como atos e normas de cunho racista no âmbito das instituições públicas e privadas.

O racismo institucional e estrutural observados nas instituições reflete o que ocorre com a sociedade em geral.¹¹⁶ O sistema se retroalimenta a partir da baixa representatividade e do não enfrentamento direto de seus mecanismos.

Sob outro ponto de vista, quando se trata da representatividade das pessoas com deficiência no âmbito da Magistratura, o documento disponibilizado no portal do CNJ com intitulação “Censo do poder judiciário: vetores iniciais e dados estatísticos (VIDE)” mostra que os números são ainda mais baixos do que aqueles referentes às pessoas negras, referindo-se a apenas 0,8% do total de magistrados no Brasil.

Considerando que a democracia somente se concretiza a partir da representação substancial, é possível perceber que o Poder Judiciário ainda possui um árduo caminho à frente para a efetiva democratização do acesso à Justiça. A partir da ocupação desses espaços pelas minorias, a prestação jurisdicional passará a adotar uma postura ativa de reconhecimento das desigualdades relacionadas à raça, ao gênero, à condição física e à orientação sexual, permitindo maior efetividade no combate à discriminação.

Assim, mudar a desigualdade estrutural do Judiciário permitirá que as barreiras de acesso à Justiça – que são criadas por questões socioeconômicas, culturais, de raça e de gênero – sejam, aos poucos, subvertidas, permitindo um julgamento sob uma perspectiva que leve em conta a realidade, os direitos e as necessidades dos grupos minoritários.

9.3.3 A inclusão digital como forma de democratização do acesso à Justiça

Outro ponto de destaque quanto à democratização do acesso à Justiça se refere àqueles indivíduos que estão à margem da expansão tecnológica e que, por esse motivo, se veem excluídos dos serviços judiciários.

¹¹² Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdb6f364789672b64fcef_c948e-694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹¹³ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/equidade-racial-na-magistratura-so-devera-ser-alcancada-em-24-anos/>. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹¹⁴ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/708351-cresce-percentual-de-candidatos-negros-eleitos->. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹¹⁵ ALMEIDA, Sílvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Polém, 2019.

¹¹⁶ Apresentação realizada no 7º Ciclo de Formação Continuada do TRT2, Juíza Patrícia Almeida Ramos.

A temática ganha especial relevo diante da transformação tecnológica vivenciada pelo Judiciário, como a implementação da Justiça 4.0 pelo CNJ,¹¹⁷ que atestam a necessidade de reconhecer como direito fundamental a inclusão do cidadão às revoluções digitais, abrangendo os direitos à informação, à cidadania e à liberdade de opinião e de expressão.

A democratização do acesso à Justiça constitui, atualmente, um dos maiores desafios do Estado brasileiro, sobretudo ante a necessidade de se superarem as barreiras socioeconômicas, culturais, estruturais e legais que dificultam o pleno exercício da cidadania. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Tecnologia da Informação e Comunicação (Pnad Contínua – TIC),¹¹⁸ de 2018, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), um em cada cinco lares brasileiros não possui acesso à internet. Valendo-se dessa estatística, não se pode desconsiderar o contingente importante de “excluídos digitais”. Segundo o referido levantamento, quase 46 milhões de pessoas, isto é, cerca de 25% de toda a população brasileira com 10 anos ou mais de idade, não utilizavam a rede no período de referência da Pesquisa.

É relevante pontuar que a compreensão de acesso à justiça envolve dimensões anteriores à efetiva propositura da demanda. As excepcionalidades de cada região e as especificidades político-econômicas ditam a facilidade com que o indivíduo terá – ou não – acesso à tutela jurisdicional. Nessa seara, as vulnerabilidades sociais funcionam como barreiras, cuja difícil superação prejudica – ou impede – que as contendas cheguem à apreciação do Poder Judiciário.

Desde o início da modernização do Poder Público no Brasil, a partir do ano de 2000, houve certa preocupação do Estado em implementar projetos que assegurassem à população o acesso aos novos meios digitais, com o escopo de garantir o fortalecimento da democracia e da capacitação profissional.

Diante desse cenário, foi sancionada a Lei n. 11.419/2006, que oficializou a informatização e a regulamentação do Processo Judicial Eletrônico (PJe), com o intuito de garantir a entrega efetiva da prestação jurisdicional e do acesso à Justiça. Esse último objetivo, contudo, não foi alcançado em sua plenitude, tendo em vista a inexistência de uma política pública integrada que a fomentasse.

Percebe-se que as tentativas de conceder o acesso pleno à Justiça, mediante iniciativas de cunho tecnológico, foram firmadas em bases ainda pouco sólidas. Isso porque a maior dificuldade do Poder Público para o enfrentamento da exclusão digital encontra-se na realidade do país que está assentada nos altos indicadores de pobreza e de analfabetismo.

A ampliação do acesso à Justiça por meio de plataformas eletrônicas é inevitável, motivo pelo qual o Judiciário e as demais instituições devem refletir sobre modelos de políticas públicas que sejam capazes de minorar as disparidades sociais e, dessa forma, proporcionar o amplo e efetivo funcionamento da Justiça Digital. Para que isso seja viável, é importante que as decisões sejam pautadas em três pilares: a alfabetização do indivíduo, a manutenção de uma infraestrutura que garanta o acesso aos meios digitais e a difusão de conteúdo adequado às necessidades dos usuários.

9.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção dos direitos humanos é uma pauta de todo o Poder Público. Na perspectiva do Poder Judiciário e das instituições que o cercam, observa-se que há espaços a serem ocupados quanto à proteção dos direitos mais essenciais. Assim, tanto as instituições públicas

¹¹⁷ “O “Programa Justiça 4.0 – Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos tem como objetivo promover o acesso à Justiça, por meio de ações e projetos desenvolvidos para o uso colaborativo de produtos que empregam novas tecnologias e inteligência artificial”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da>. Acesso em: 18 jun. 2021.

¹¹⁸ Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101543.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

quantas as civis devem incentivar e promover debates pautados em políticas públicas que aumentem a representatividade e a inclusão, prestigiando, dessa forma, os direitos humanos.

Entretanto, a proteção dos direitos em voga e o aumento da representatividade, por si só, não são capazes de dar cabo das injustiças sociais e estruturais vivenciadas no Brasil. Para tanto, é imprescindível que se amplie de modo efetivo o acesso à justiça. Nessa senda, instituições como o CNJ e a AMB desempenham papel de destaque no fomento de políticas hábeis a diminuir os entraves de acesso à Justiça (custas judiciais, ausência de representatividade, grupos à margem dos avanços tecnológicos etc.).

Com efeito, uma democracia forte se traduz, entre outros elementos, em um Poder Judiciário atuante em prol da sociedade e sensível às questões sociais que impactam o próprio acesso à tutela jurisdicional. Nesse sentido, é fundamental que as instituições estejam engajadas na proteção dos direitos humanos e na promoção do efetivo acesso à Justiça, elementos essenciais à própria democracia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Polém, 2019.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL (AMB). **AMB e Enfam debatem violência contra a mulher na América Latina**. Disponível em: <https://www.amb.com.br/amb-e-enfam-debatem-violencia-contramulher-na-america-latina/>.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL (AMB). **AMB entrega “Pacote Basta ao Congresso Nacional”**. Disponível em: <https://www.amb.com.br/amb-entrega-pacote-basta-ao-congresso-nacional/>.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL (AMB). **ENM participa da abertura do IV Seminário Internacional México, América Central e Caribe**. Disponível em: <https://www.amb.com.br/enm-participa-da-abertura-do-iv-seminario-internacional-mexico-america-central-e-caribe-em-debate/>.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL (AMB). **Sinal vermelho contra a violência doméstica**. Disponível em: <https://www.amb.com.br/sinalvermelho/>.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL (AMB). **Somos a maior entidade representativa da magistratura nacional, nas esferas estadual, trabalhista, federal e militar**. Disponível em: <https://www.amb.com.br/conheca-a-amb/>.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL (AMB). **Vice-presidente de direitos humanos da AMB ganha prêmio desafio lideranças públicas negras**. Disponível em: <https://www.amb.com.br/vice-presidente-de-direitos-humanos-da-amb-ganha-premio-desafio-liderancas-publicas-negras/>.

BRILHANTE, Lígia Silva de França; PASE, Hemerson Luiz. Democracia substantiva no Brasil? In: 1º Seminário Internacional de Ciência Política – Estado e Democracia em mudança no século XXI. **Anais...** Porto Alegre: UFRGS, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Resolução 1/2020**. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas.

Comissão Permanente de Democratização e Aperfeiçoamento dos Serviços Judiciários. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/organograma/comissoes/comissao-permanente-de-democratizacao-e-aperfeicoamento-dos-servicos-judiciarios/>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Cresce percentual de candidatos negros eleitos para prefeituras.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/708351-cresce-percentual-de-candidatos-negros-eleitos-para-prefeituras/>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Em posse, Fux anuncia atuação em prol dos direitos humanos e da justiça digital.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/em-posse-fux-anuncia-atuacao-em-prol-dos-direitos-humanos-e-da-justica-digital/>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Equidade racial na magistratura só será alcançada em 24 anos.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/equidade-racial-na-magistratura-so-devera-ser-alcancada-em-24-anos/>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros.** Brasília: CNJ, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatórios.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/censo-do-poder-judiciario/relatorios-censo-judiciario/>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Toffoli recebe manifesto em prol da democracia e do Judiciário.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/toffoli-recebe-manifesto-em-prol-da-democracia-e-do-judiciario/>.

CONJUR. **Ministros do STJ entregam ao Congresso PL sobre regime de custas no Judiciário.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-10/ministros-stj-entregam-congresso-pl-regime-custas>.

LAVAREDA, Antônio (Coord.). **Estudo da imagem do judiciário brasileiro:** sumário executivo. Rio de Janeiro: AMB; FGV; IPESPE, 2019.

PL SOBRE CUSTAS JUDICIAIS NÃO PREVÊ USO DE VERBA EM SALÁRIOS E AUXÍLIOS. **Migalhas**, 25 set. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/333906/pl-sobre-custas-judiciais-nao-preve-uso-de-verba-em-salarios-e-auxilios>.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, Patrícia Almeida. **Apresentação realizada no 7º Ciclo de Formação Continuada do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.**

VIANA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos:** a magistratura que queremos. Rio de Janeiro: AMN, 2018.



10 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO: REFORMA TRABALHISTA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

LUCIANA PAULA CONFORTI¹¹⁹
LUIZ ANTONIO COLUSSI¹²⁰

O antecedente histórico das garantias constitucionais da ação e do processo é o art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões. Cláusula semelhante, já com o emprego da expressão *due process of Law*, foi jurada por Eduardo III e do direito inglês passou ao norte americano, chegando à Constituição como V emenda.¹²¹ Assim, em que pese o devido processo legal ter sido concebido originalmente como freio ao poder real e com o objetivo de servir de estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes na Inglaterra do século XIII, culminou por constituir elemento fundamental do Estado de direito.¹²²

Uma das principais garantias constitucionais do processo é a possibilidade de livre acesso ao Poder Judiciário para a dedução de pretensões materiais. Trata-se do direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV da Constituição). Na mesma esteira, há garantia fundamental da prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV da Constituição).

O direito de ação é um direito fundamental processual e não material como o direito à saúde ou ao meio ambiente, porém se sobrepõe aos demais, já que, por meio do exercício pleno do direito de ação, todos os demais direitos podem ser reconhecidos e garantidos. Nesse sentido, entraves ao regular exercício do direito de ação devem ser afastados, para que não venha a ser mitigado por questões sociais ou econômicas.

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, trouxe alterações à Consolidação das Leis do Trabalho, com a imposição de custos desproporcionais nas reclamações trabalhistas, como: recolhimento de custas para o ajuizamento de nova ação quando a anterior for considerada injustificadamente arquivada; limite remuneratório para a concessão de justiça gratuita; pagamento dos honorários periciais, ainda que o trabalhador seja considerado beneficiário da justiça gratuita, com o custeio pelos créditos trabalhistas; e a imposição do pagamento dos honorários sucumbenciais com os créditos trabalhistas e somente no caso de impossibilidade é que a obrigação ficará sob condição suspensiva de exigibilidade (art. 844 da CLT, §§ 2º e 3º; art. 790, §§ 3º e 4º da CLT; art. 790-B e § 4º da CLT e art. 791-A, §§ 3º e 4º da CLT).

¹¹⁹ Juíza titular do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE. Doutora em direito, Estado e constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Vice-presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) (biênio 2021-2023).

¹²⁰ Juiz titular do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região/RS. Mestre em direito pelo mestrado interinstitucional UPF/Usinos. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) (biênio 2021-2023).

¹²¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 86.

¹²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127.

O art. 5º, *caput* da Constituição, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. No mesmo sentido, também dispõem o art. 18 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o art. 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O direito à igualdade, como se sabe, pressupõe igualdade em sentido material ou substancial e não meramente formal, o que impõe a correção das desigualdades por meio de normas e interpretações que possibilitem a paridade de armas entre os litigantes no processo judicial.

Das várias alterações trazidas pela “Reforma Trabalhista”, tanto no âmbito material quanto no processual, houve a inserção de dispositivos que impactam no custo do processo para os trabalhadores¹²³ e que também induzem a limitações interpretativas, com clara violação à independência da magistratura trabalhista, já que inexistente o mesmo tipo de limitação aos magistrados de outros segmentos do Poder Judiciário.

A partir do momento em que o cidadão trabalhador está deixando de ingressar em Juízo para requerer o pagamento de verbas de natureza alimentar por receio de arcar com custos desproporcionais do processo em relação aos seus direitos, o direito de ingresso em juízo está sendo cerceado¹²⁴ e, por consequência, interditado o acesso à justiça, o que é inconstitucional. Como se sabe, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, princípio que deve ser considerado como centro irradiador da interpretação de todo o ordenamento jurídico (art. 1º, III da Constituição).

Diante de tal quadro, importante trazer à reflexão as barreiras impostas ao acesso à justiça, com base em argumentos e fundamentos não amparados na Constituição, como o excessivo número de ações, suposta litigiosidade irresponsável e a necessidade de imposição de limites aos direitos postulados. Referidos argumentos constaram das discussões que culminaram com a aprovação da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017).

O direito de inafastabilidade de lesão ou o de ameaça de direito da jurisdição e de concessão de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos devem ser interpretados com base nos princípios da igualdade, da dignidade humana e do devido processo legal, que esteiam o direito de acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro, sendo inconcebíveis as alterações na legislação do trabalho, amparadas em justificativas meramente econômicas e discriminatórias e com os propósitos de afastar a litigiosidade (e não os conflitos, já que não deixarão de existir) e reduzir custos do Judiciário trabalhista.

O art. 5º, XXXV, da Constituição, sobre a inafastabilidade de ameaça ou lesão de direito da apreciação do Poder Judiciário, deve ser interpretado sempre conjuntamente com o 5º, LIV, dispositivo que prevê a cláusula do devido processo legal. Isso porque o direito de acesso à justiça abarca o direito à ordem justa, ao provimento efetivo, de acordo com o Direito, emanado de um processo legítimo, que propicie condições para o melhor resultado possível no caso *sub judice*.

Um dos fatores que obstam o efetivo acesso à justiça é o alto custo do processo, representado pelos honorários periciais, honorários advocatícios e custas, entre outros, o que interfere diretamente no resultado do processo, motivo pelo qual, para a garantia do inafastável direito de ação, a Constituição de 1988 ampliou as possibilidades de defesa dos direitos violados, inclusive com a concessão da assistência judiciária gratuita e integral.

¹²³ Mais de 40% das ações trabalhistas são para a cobrança de verbas rescisórias. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-15/40-acoes-trabalhistas-tratam-verbas-rescisorias>. Acesso em: 14 maio 2018.

¹²⁴ Segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, houve queda de 34% no ajuizamento das reclamações trabalhistas no primeiro ano de vigência da Reforma Trabalhista e a redução ficou no patamar de 30% no ano de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/queda-acoes-trabalhistas-estabilizou-30-peduzzi>. Acesso em: 21 jun.2021.

Sobre o tema, destaca Luiz Guilherme Marinoni:

[...] não adianta simplesmente proclamar que o direito de ação não pode ser inviabilizado por questões sociais. Na verdade, o direito fundamental de ação requer uma postura ativa do Estado não somente voltada à supressão dos obstáculos sociais ao seu uso, mas também à sua plena efetividade e tempestividade (art. 5º, XXXV e LXXVIII, CF).¹²⁵

O direito fundamental de ação, segundo Luiz Guilherme Marinoni, obriga o Estado a prestar a tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer direito que possa ter sido violado ou ameaçado. Não é um direito que exige que o Estado atue para protegê-lo, mas sim um direito que requer que o Estado exerça a função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva de todos os direitos levados ao seu conhecimento.¹²⁶

O direito de acesso à justiça significa a existência de uma ordem jurídica justa e baseia-se na ideia do cidadão com direitos previstos e respeitados, de forma legítima e lícita.

Para Cândido Rangel Dinamarco, o acesso à justiça é “a síntese de todos os princípios e garantias do processo; polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade”.¹²⁷

Como comenta José Carlos Barbosa Moreira, as Constituições ocupavam-se pouco do processo, já que, em geral, davam menor atenção ao processo civil do que ao penal, em relação ao qual tratavam de assegurar certas garantias à defesa. Referido panorama foi modificado com o advento da atual Constituição, na qual são bem mais amplas as disposições relativas ao direito processual. Consequência lógica desse fenômeno foi a exigência do exame e reexame das controvérsias processuais com base nas diretrizes contidas na Constituição e não apenas nos códigos processuais.

Ainda de acordo com Barbosa Moreira, a elevação de garantias processuais ao patamar constitucional, em 1988, “tem óbvia significação histórica, considerando que o país emergia de longo período de governos arbitrários, durante os quais tais garantias não eram fielmente observadas”. Assim, torna-se compreensível “o cuidado de impregnar a nova Constituição de valores inerentes ao Estado de Direito que então se restaurava”.¹²⁸

Calmon de Passos assevera que a constitucionalização do processo representou a maior novidade no campo do Direito Processual, na segunda metade do século XX. Ressalta que a partir de então, a noção de devido processo legal ganhou nova dimensão, adquirindo caráter mais abrangente “de garantia do devido processo constitucional”. Nesse sentido, o direito de ação, cuja autonomia fora teorizada no século XIX, foi erigido à categoria de direito fundamental e seu objeto passou a ser dever do Estado-juiz de prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir o Direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, mas com obediência irrestrita ao que foi proposto como devido processo constitucional.¹²⁹

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**: curso de processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 206. V. 1.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**: curso de processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206-207. V. 1.

¹²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 359.

¹²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo (Coords.). **Estudos de direito processual constitucional**: homenagem brasileira a Héctor Fix-zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-55.

¹²⁹ PASSOS, Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo sobre o tema. In: FIÚZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Bretãs C. (Coords.). **Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 14-15.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira menciona que a atual Constituição se preocupa com o aspecto social do processo, potencializando os meios postos à disposição do cidadão para sua luta contra a opressão política e econômica e que “o caráter individual e liberal do estatuto processual de 1973, essencialmente inspirado em modelos legislativos e ensinamentos doutrinários da Europa Continental”, já se encontrava, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, “em aberta contradição com as linhas mestras do sistema constitucional e as tradições do direito brasileiro”, o que foi superado, “por obra da pressão das forças sociais, primeiro por meio de legislação extravagante e depois, mediante reformas introduzidas no Código”.¹³⁰

Assim, o processo, no Estado Democrático de Direito, passou a ser entendido a partir dos princípios constitucionais de acesso à justiça, citando-se os seguintes: inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF); igualdade (art. 5º, *caput* da CF); legalidade (art. 5º, II da CF), assistência judiciária (art. 5º, LXXIV da CF), devido processo legal (art. 5º, LIV da CF); ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV); e duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF).

Cintra, Grinover e Dinamarco conceituam o direito processual constitucional como a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”, com a advertência de que não se trata de ramo autônomo do direito processual, mas de uma “colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição”.¹³¹

Paulo Henrique dos Santos Lucon destaca a relevância do estudo do chamado “direito processual constitucional”, por meio do qual o operador do direito “passa a se preocupar com os grandes temas constitucionais do processo civil”. Segundo afirma, a perspectiva do sistema processual torna-se relevante a partir da observância dos princípios, garantias e regramentos que a Constituição impõe e que sempre se deve ter uma visão crítica de todo o ordenamento jurídico, tendo em conta que as regras relacionadas com o processo são subordinadas às normas constitucionais de caráter amplo e hierarquicamente superiores, asseverando que:

O respeito aos preceitos constitucionais torna-se premissa ética na aplicação do direito processual. Mas a própria ordem constitucional sofre influências do processo, na medida em que será ele o instrumento de efetivação e preservação das normas constitucionais.¹³²

O processo é um instrumento a serviço da Constituição, motivo pelo qual a relação entre ambos é inafastável. Assim, tanto dispositivos que impõem barreiras econômicas para o acesso à Justiça do Trabalho, quanto para a interpretação constitucional da matéria pela magistratura trabalhista são inconstitucionais. O processo, ditado pelo texto constitucional como parte dos direitos do cidadão, exige, primordialmente, o acesso não só ao Poder Judiciário, mas à justiça, à ordem jurídica justa, como foi demonstrado. Por isso, é de todo ineficaz atribuir às pessoas direitos subjetivos materiais, sem lhes assegurar os institutos processuais e os meios procedimentais indispensáveis à realização do referido direito.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia afirma que o direito ao processo, intimamente ligado ao direito à jurisdição e à tutela jurisdicional, é garantia de natureza fundamental, por se tratar de indispensável meio de realização da justiça e que o processo deve ser efetivo, justo e célere, em sintonia com os preceitos jurídicos, fundamentais e constitucionais. Nessa esteira, o autor cita, entre outros princípios processuais constitucionais de maior relevância, a fundamentação das

¹³⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 148, 150-151.

¹³¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 85-86.

¹³² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário entre as partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91-92.

decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88), como parte dos elementos que concretizam o “devido processo legal substancial”, acrescentando que:

O provimento jurisdicional, produzido mediante o devido processo legal, deve estar em sintonia com o Direito, aplicado e interpretado em harmonia com as disposições constitucionais e os direitos fundamentais. Nesse aspecto, além do devido processo legal voltado ao aspecto do procedimento, o qual exige o contraditório e a ampla defesa, impõe o devido processo legal substancial, no sentido de garantir a realização e a efetividade dos direitos fundamentais, fazendo prevalecer as normas constitucionais.

A tutela jurisdicional justa, assim, é entendida como aquela que concretiza os mandamentos do Direito material, aplicados e interpretados em conformidade com a Constituição Federal e os direitos fundamentais.¹³³

Interessante destacar que, da exposição de motivos dada pela comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto de Código de Processo Civil, que originou o diploma em vigor, constou:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. [...] ¹³⁴

Por outro lado, constou no relatório da “Reforma Trabalhista” apresentando pelo então deputado federal Rogério Marinho (PSDB/RN):

a) Um dos problemas relacionados ao excesso de demandas na Justiça do Trabalho é a falta de onerosidade para se ingressar com uma ação, com a ausência de sucumbência e o grande número de pedidos de justiça gratuita; b) Essa litigância sem risco acaba por estimular o ajuizamento de ação trabalhista. É o que denominamos de litigância frívola. A assistência jurídica integral e gratuita é um direito assegurado constitucionalmente, porém o texto da Constituição Federal garante essa assistência aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).¹³⁵

Segundo o art. 99 do Código de Processo Civil, o pedido de gratuidade da justiça somente pode ser indeferido pelo juízo, “se houver nos autos elementos que evidenciem a falta de pressupostos legais para a concessão da gratuidade, devendo o magistrado, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos” e, prevê, ainda, que “é presumida como verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente pela pessoa natural”.

Note-se que, no Código de Processo Civil, não há qualquer previsão de custeio das despesas processuais para os beneficiários da justiça gratuita, tampouco de desconto dessas despesas dos créditos postulados em juízo, mesmo que, em outro processo, e somente no caso de

¹³³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. O direito processual do trabalho no contexto da teoria geral do processo e do direito processual constitucional. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coords.). **Contemporaneidade e trabalho**: aspectos materiais e processuais: estudos em homenagem aos 30 anos da Amatra 8. São Paulo: Ltr, 2011. p. 270-282.

¹³⁴ Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

¹³⁵ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=0272/17>. Acesso em: 8 jul. 2020.

impossibilidade, a obrigação ficará com a exigibilidade suspensa, pelo prazo legal, como previsto na Consolidação das Leis do Trabalho.

Pelo exposto, as modificações legislativas foram discriminatórias em relação aos trabalhadores em comparação às previsões do Código de Processo Civil e desconsideraram, por completo, a amplitude do direito de ingresso em Juízo na Constituição, por meio de “assistência jurídica integral e gratuita” (art. 5º, LXXIV), além de também ferirem a inafastabilidade de ameaça ou de lesão de direito da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

Ainda considerando as normas do Processo Civil, os argumentos trazidos na exposição de motivos do então projeto do Código de Processo Civil remeteram à necessidade de se reestruturarem as ferramentas processuais, de modo a dar efetividade sistêmica ao processo como instrumento garantido constitucionalmente. Pela relevância dos argumentos e estreita vinculação do o tema do artigo, importante destacar a seguinte passagem:

Os princípios e as garantias processuais inseridos no ordenamento constitucional, por conta desse movimento de ‘constitucionalização do processo’, não se limitam, no dizer de LUIGI PAOLO COMOGLIO, a reforçar do exterior uma mera ‘reserva legislativa’ para a regulamentação desse método [em referência ao processo como método institucional de resolução de conflitos sociais], mas impõem a esse último, e à sua disciplina, algumas condições mínimas de legalidade e retidão, cuja eficácia é potencialmente operante em qualquer fase (ou momento nevrálgico) do processo”. [...] Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.¹³⁶

Não por outros motivos, que da Parte Geral do Código de Processo Civil se destacam as normas fundamentais do processo civil (do art. 1º ao art. 12). Já os artigos de 13 a 15, dispõem sobre a aplicação das normas processuais.

Como foi exposto, o Código de Processo Civil de 2015 traz, em seu bojo, a superação do individualismo e do positivismo jurídico, ainda presentes no Código de Processo Civil de 1973, além de incorporar a observância aos princípios constitucionais.

Conforme se observa das normas fundamentais expostas no Código de Processo Civil, os princípios da paridade e do contraditório ocupam lugar de destaque, assim como a boa-fé objetiva. O CPC também exige do juiz uma postura mais atenta aos valores e voltada às necessidades sociais.

O processo civil será orientado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição, observadas as disposições do Código (art. 1º). Não se excluirá da apreciação judicial lesão ou ameaça de direito (Princípio da inafastabilidade da jurisdição; art. 3º). Deve-se possibilitar tratamento igualitário entre os litigantes, devendo o juiz zelar pelo contraditório (Art. 7º). Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais, às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (art. 8º).

Partindo de tais premissas, entre outras previstas no Código de Processo Civil, poderia falar-se em “nova” hermenêutica processual civil, porém trata-se, na verdade, de submeter todas as regras processuais à interpretação constitucional.

Segundo Lênio Streck, “os princípios são a institucionalização do mundo prático no direito e o modo de superação do modelo das regras do positivismo”. Por isso, “o Constitucionalismo contemporâneo resgata a realidade perdida, trazendo para dentro do direito os conflitos

¹³⁶ Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

sociais e todos os demais elementos que não faziam parte, até então, das preocupações do positivismo”.¹³⁷

O Código de Processo Civil traz o compromisso de priorizar as garantias constitucionais do processo. Assim, há de ser superada a “velha” tradição liberal-individualista-normativista. Na verdade, desde a Constituição de 1988, as garantias constitucionais do processo devem ser priorizadas na condução dos feitos, na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, todavia nem sempre é o que se vê na prática. A corrente de processualistas, que já adotava a instrumentalidade do processo como o único caminho, há muito vem enfatizando o giro hermenêutico promovido pela Constituição em vários segmentos do Direito, inclusive no Processo Civil. Assim, não se pode falar em uma “nova” hermenêutica processual, mas na efetiva incorporação das regras e princípios constitucionais no Código de Processo Civil.

A interpretação requer, além do conhecimento das normas jurídicas, a eleição de caminhos lógicos a serem seguidos, dos recursos a serem utilizados, ou ainda, dos métodos que podem ser adotados para se atingir um entendimento com foros de veracidade e legitimidade. Na contemporaneidade, exige-se interpretação muito além da mera literalidade, impondo-se a adoção de interpretação criativa do direito. Destaca-se, ainda, a necessária interpretação constitucional, em face da supremacia da Constituição e devido à exigência da máxima efetividade das regras e dos princípios adotados no referido diploma.

A Constituição não é um documento estático. O Brasil adotou o sistema aberto de regras e princípios, já que é próprio da dinâmica social estar em constante mutação. Os valores da Constituição conferem legitimidade a todo o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, a fim de viabilizar a harmonização das regras e dos princípios constitucionais, com observância à unidade, superioridade e máxima efetividade possível da Constituição, para interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, exige-se ponderação, externa mediante a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O princípio da proporcionalidade, também conhecido como mandato de proibição de excesso, possui a finalidade de guiar a atividade interpretativa.

Conforme Willis Santiago Guerra Filho, tal como desenhado no Direito Alemão, de onde se irradiou para os demais ordenamentos jurídicos, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três aspectos: “proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade”.¹³⁸

O positivismo só leva em conta a norma, deixando de considerar os objetivos sociais e os princípios. Segundo Ronald Dworkin, princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.¹³⁹

É importante ressaltar que a Consolidação das Leis do Trabalho traz normas processuais próprias e que o Código de Processo Civil continuará sendo aplicável subsidiariamente, de acordo com o art. 769 da CLT, devendo ser observada a existência de compatibilidade com o processo do trabalho. Ocorre, porém, que, quando as normas da Consolidação das Leis do Trabalho entram em choque frontal com a Constituição, deve-se adotar interpretação compatível, aplicando-se as normas do Código de Processo Civil, no que cabíveis, especialmente no que respeita ao acesso à justiça e à concessão de assistência jurídica, integral e gratuita.

¹³⁷ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 346-347.

¹³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. **Revista de informação legislativa 128**. Brasília, 1995, p. 225-229.

¹³⁹ DWORKIN, Ronaldo. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 36.



11 CASO XIMENES – CIDH

THEREZA CHRISTINA NAHAS¹⁴⁰

O caso Ximenes¹⁴¹ é emblemático e merece reflexão especialmente neste momento em que se discute, no país, a situação hospitalar e os recursos destinados à saúde pública brasileira em razão da Covid-19. O conhecido Caso Ximenes foi apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (daqui para frente, CIDH) em 22/11/1999, por meio de denúncia trazida por sua irmã. Em 30/9/2004 após a insistência do Brasil em não cumprir as recomendações sugeridas pela CIDH, o caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos (daqui para frente Corte IDH). Imputou-se, ao Brasil, a violação a obrigações relativas à garantia de direito tutelados nos artigos 4º (direito à vida) e 5º (direito à integridade pessoal), bem como os direitos a garantias judiciais (art. 8º) e à proteção judicial (art. 25), todos eles relacionados com o art. 1.1. (obrigação de respeitar os direitos) em prejuízo ao sr. Damiao Ximenes Lopes. Pediu-se a condenação do país em danos morais e materiais, assim como a adoção de providências para que não houvesse repetição da situação.

O caso Ximenes que chegou a Corte IDH expõe uma questão que está ligada não somente às estruturas hospitalares dos manicômios, mas também a discriminação, vitimização, invisibilidade social e violência física e psicológica, a maioria das vezes cultivada no próprio seio familiar e traspassada a terceiros. No documentário sobre Saúde Mental e Dignidade Humana, Samuel Barros Magalhaes chama a atenção para um lado absolutamente perverso, quando afirma: “o pior do manicômio não é a discussão em torno de sua utilidade ou de sua inutilidade, mas sim o fato de que, por haver manicômios, pessoas se revestem de um poder surgido não se sabe de onde, para isolar outras em seu interior, fundamentados em um simples diagnóstico que, se estiver errado, acaba por fabricar a loucura”.¹⁴²

A história do sr. Ximenes começa em sua juventude, quando apresenta uma doença mental depressiva de origem orgânica e que provoca alterações em seu cérebro. Em 1995, é internado por dois meses e, ao final, no momento em que a família se encontra com ele, nota sinais de violência física, justificando a Clínica Guararapes que tais lesões decorreram da tentativa de fuga por ele empreendida. A segunda internação ocorre em 1998 e decorre de outra crise que o acometeu em seguida a um acidente de trânsito em que ele estava envolvido. Em razão do trauma, saiu perambulando pelas ruas até ser encontrado e, novamente, levado à mesma clínica. Após a alta, retorna para casa e seus familiares notam novas lesões pelo seu corpo. Por fim, a última internação se deu por nova crise desencadeada em razão da suspensão dos medicamentos que fazia uso e lhe causavam vários efeitos colaterais, não restando outra alternativa que não a de voltar a clínica Guararapes, única com serviço público na cidade que morava (Sobral/Ceará) e de onde saiu morto.

¹⁴⁰ Pós-doutora e doutora pela Universidad Castilla La-Mancha (*campus* Albacete/Espanha); doutora pela PUC/SP; acadêmica titular da cadeira n. 43 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; juíza do trabalho titular da 2ª Vara do Trabalho de Itapeverica da Serra/SP; professora visitante na PUC/RS; membro da Comunidade Cielo-Laboral. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2361402097260893>.

¹⁴¹ Estudo resultando do grupo de estudos instituído pela Portaria Conjunta n. 04 de 9/6/2020 do CNJ, apresentado no Colóquio Acesso à Justiça: diálogo, diversidade e desenvolvimento, realizado virtualmente no dia 21/5/2021.

¹⁴² Documentário Saúde Mental e Dignidade Humana (27/5/2014). Disponível em: <https://youtu.be/Ult9ePwvEY>. Acesso em: 19 maio 2021.

O relato que se tem a seguir é um conjunto de violência física e psíquica contra o sr. Ximenes que resultou em sua morte, apenas se esclarecendo os fatos determinantes do falecimento em razão da luta que a família empreendeu para que se identificassem os culpados pelos espancamentos e omissões, dos tratamentos inadequados que lhe foram aplicados e que o tornou vítima não somente da doença que lhe acometia, mas, também, da forma degradante e dos métodos médicos inapropriados utilizados pelo hospital. Após várias investigações, realizadas por insistência da família, concluiu-se que a morte havia ocorrido por lesões traumáticas causadas por pedradas ou ponta pés e golpes que levaram a traumatismo no corpo e na cabeça e não por morte natural, registro este do primeiro laudo pericial.

Some-se a isso que, no dia da morte, a mãe do sr. Ximenes foi visitá-lo e ele estava agonizando. Não obstante a insistência da mãe em pedir socorro médico, foi ignorada. Não obstante seu cadáver apresentasse marcas de tortura, seus punhos estivessem desgarrados e com hematomas, suas mãos perfuradas com marcas de unha e parte do nariz golpeado, o primeiro laudo médico atestou que a morte havia se dado por parada cardiorrespiratória. Levado o corpo a Fortaleza, ante a insistência da família, novo laudo médico foi realizado e, dessa vez, atestado que a morte havia ocorrido por causa indeterminada. A família apresentou denúncia suspeitando da manipulação dos resultados e nunca obteve respostas, constatando-se concreta omissão tanto nas investigações quanto na apuração dos fatos, além daquela já verificada no tratamento clínico. Somem-se a isso dois outros fatos: (i) sr. Ximenes não era o único doente a sofrer maus-tratos: havia outros pacientes e seus familiares que tinham interesse na denúncia; (ii) o medo das famílias e vítimas em enfrentar a polícia e o hospital. A omissão do Estado em apurar os fatos foi o que motivou a família a apresentar a denúncia perante a CIDH. Na delegacia de polícia, o caso, não obstante denunciado, não foi investigado pelo delegado. O processo disciplinar contra ele nunca foi levado adiante apesar do desaparecimento e da ocultação de provas oferecidas com a denúncia. O Ministério Público tardou três anos para analisar a denúncia, mesmo sendo um caso de grande repercussão com inúmeras provas, o que levou a suspeita de que toda a demora tinha a intenção de tornar impune o delito cometido.

A Corte IDH procedeu a apreciação da questão sob três primas: (i) o alcance da reponsabilidade internacional do Estado brasileiro; (ii) os fundamentos e as obrigações do Estado no marco da sua responsabilidade gerada pelas violações a garantias expressas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos; (iii) a especial atenção que os Estados devem ter com as pessoas que sofrem de incapacidades mentais e sua especial vulnerabilidade.

O caso Ximenes não traz especificamente referências a matérias de natureza trabalhista, todavia há que refletir sobre aspectos muito relevantes no que concerne à aplicação de, ao menos, dois pontos que atingem as relações de trabalho e que se poderiam indicar, ao menos, como matéria transversal a ser considerada, especialmente em face do âmbito da agenda 2030 da ONU, no diz respeito ao cumprimento de dois objetivos, quais sejam, o Trabalho Decente (ODS n. 5) e Paz, Justiça e Instituições Eficazes (ODS n. 16).

No item 164 da decisão estudada, a Corte IDH ressalta que não foi observado pelo o órgão julgador interno a efetividade processual, isto é, a violação ao devido processo está na omissão das autoridades que deixaram de realizar ações e investigações fundamentais para a colheita de provas que pudesse viabilizar a apuração da verdade dos direitos; assim como pelas deficiências e falhas nas ações que foram entabuladas para apuração dos fatos. E, após a análise dos fatos que configuram esta afirmação e conclusão, a Corte expressa que a inexistência de sentença em 1ª instância depois de seis anos da morte violenta do sr. Ximenes indica que seus familiares se *“encuentran en una situación de denegación de justicia por parte de las autoridades estatales”*.¹⁴³

¹⁴³ Sentença Corte IDH, Caso Ximenes, item n. 164.

Há, ao menos, dois pontos de grande importância no cumprimento do acesso à justiça: um que se refere ao tempo processual e outro ao procedimento impresso na lei nacional para garantir a efetividade de direitos, ambos previstos como norma fundamental no direito brasileiro assegurados na Constituição Federal. O direito à tutela efetiva e justa é fundamento do Estado Constitucional e os meios que o Estado confere para sua concretização devem ser idôneos, de modo que o Estado brasileiro vem ampliando este leque de possibilidades, ou seja, não somente tem-se entendido que a tutela jurisdicional efetiva deve agasalhar não somente ameaças e reparações a danos, mas especialmente a prevenção deles, o que se vê, particularmente, nos esforços do CNJ em incentivar esta prática com o incentivo a juízos arbitrais e de mediação.¹⁴⁴

O processo como instrumento deve viabilizar a resposta jurisdicional rápida e efetiva, isto é, deve permitir que os direitos lesados ou violados sejam reconstituídos dentro do contexto democrático da sociedade, permitindo o alcance da paz social. O objetivo 16 tem por conteúdo garantir o acesso ilimitado à justiça, bem como intenciona que os Estados tenham instituições sólidas e articuladas com mecanismos que sejam capazes de estender proteção aos direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos, direitos estes fundamentais e necessários à vida digna e ao desenvolvimento sustentável, meta esta das Nações Unidas quando fixou a agenda 2030. Essa agenda tem por finalidade permitir ação mundial empreendida pela união das lideranças internacionais e locais, a fim de se lograr um mundo inclusivo, melhor e menos desigual. Há que considerar que os 17 objetivos traçados com suas 169 metas a serem cumpridas abordam as causas da pobreza e a necessidade da universalidade de que o desenvolvimento atinja a todas as pessoas para que possam ter uma vida melhor e mais digna. Assim as bases desses objetivos estão fundadas em três grandes guarda-chuvas: o crescimento econômico, a inclusão social e a proteção ao meio ambiente.

Não se pode alcançar a paz e promover a justiça social se as instituições que têm o poder-dever de solucionar conflitos de forma imparcial e servem de alicerce à garantia dos direitos (o que deve ser concretizado dentro de um tempo razoável, conferindo segurança às relações jurídicas e sociais), omite-se ou age contra os interesses sociais. Se há omissão estatal, demora injustificada na resposta, manipulação de provas e exercício irregular ou abusivo de poder, o Estado não está cumprindo com seu papel político conforme imposto pela Constituição Federal. Não foi por outra razão que a Emenda Constitucional 45/2004 inseriu, no art. 5º da CF, o inciso LXXVIII, garantindo a todos que, “no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. E o Código de Processo Civil (2015) repetiu esta garantia, em nível infraconstitucional, inserta na parte destinada às normas fundamentais, a necessária observância da razoável duração do processo.

É necessária observância da tutela tempestiva que nada mais significa que a:

[...] eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. O direito ao processo justo implica direito ao processo sem dilações indevidas, que se desenvolva temporalmente dentro de um tempo justo [...] a jurisprudência Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu critérios para aferição da duração razoável do processo. Nas primeiras formulações, a Corte erigiu como critérios: (i) a complexidade da causa; (ii) o comportamento das partes; e (iii) o comportamento do juiz na condução do processo.¹⁴⁵

¹⁴⁴ É interessante observar a Recomendação n. 50/2014 do CNJ, que recomenda, aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais, a realização de estudos e de ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação; Portaria 24 e, especialmente a Resolução 125 de 29/11/2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências e, no seu art. 4º, estabelece que compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

¹⁴⁵ MARINONI, L.G.; CRUZ ARENHART, S.; MITIDIERO, D. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 97-98.

Nesse mesmo sentido, pode-se depreender que a Corte IDH considerou tais elementos para concluir que:

*[...] el plazo en que se ha desarrollado el procedimiento penal en el caso sub judice no es razonable, ya que, a más de seis años, o 75 meses de iniciado, todavía no se ha dictado sentencia de primera instancia y no se han dado razones que puedan justificar esta demora. Este Tribunal considera que este período excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana, y constituye una violación del debido proceso”.*¹⁴⁶

A situação torna-se mais grave ante a omissão do Estado em dispor de recursos efetivos para poder garantir, em um prazo razoável, o direito ao acesso à justiça com observância das plenas garantias judiciais.¹⁴⁷ Importa recordar que a Corte considera que é um “*principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana*”.¹⁴⁸

O que pretendem os organismos internacionais na atualidade não é simplesmente incentivar as relações internacionais entre Estados, mas ir adiante com a proposição de um direito transacional, com a finalidade de nortear o direito interno para a construção de regras e aplicações jurisprudenciais que possam garantir a ordem transnacional calcada na cooperação global dando maior importância aos direitos humanos comuns e não, tão somente, aqueles desenhados pelos direitos internos de cada país, rompendo, assim, com a tentativa de imposição de uma ordem hegemônica em benefício de determinado Estado e estabelecendo-se um direito comum da humanidade, tanto de natureza objetiva como subjetiva.

O direito internacional ditado pelos organismos internacionais tem por função dar um norte aos países para que, internamente, possam pautar suas normas e condutas com o respeito a estes direitos humanos e fundamentais mínimos que, a despeito das soberanias estatais pretensamente intransponíveis, devem prevalecer sobre os individualismos nacionalistas.

Quando o Brasil subordina sua soberania e se torna um Estado membro da OEA, adota o compromisso de respeitar seus princípios pilares que são a democracia, os direitos humanos, a segurança e o desenvolvimento,¹⁴⁹ o que reveste a cada nacional brasileiro o *status* de sujeito internacional de direitos, deveres, responsabilidades (inclusive de ordem penal) e obrigações, também, na ordem internacional.

Faz parte da composição da OEA a CIDH, responsável pela salvaguarda daquilo que podemos nominar de direitos fundamentais e humanos das Américas;¹⁵⁰ e a Corte IDH, que exerce jurisdição contenciosa e consultiva e tem por competência a aplicação e interpretação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Carta esta que norteia os comportamentos mínimos que devem ser observados pelos Estados nos seus regramentos internos. Como sintetiza Juan Meza,

[...] no cabe duda de que el mejor camino para la internalización y para evitar los extremos de aquella eventual guerra entre jurisdicciones, es la noción de diálogo entre jueces. Pues, aunque sepamos que un Juez siempre estará

¹⁴⁶ **Sentença Corte IDH Caso Ximenes**, item 203.

¹⁴⁷ **Sentença Corte IDH Caso Ximenes**, item 205.

¹⁴⁸ **Sentença Corte IDH Caso Ximenes**, item 172.

¹⁴⁹ **OEA, quem somos?** Disponível em OEA: Quem Somos (oas.org). Acesso em: 19 maio 2021.

¹⁵⁰ Limite a extensão territorial destes direitos em razão das discussões quanto ao alcance das Cartas Internacionais e a sujeição dos países as orientações fixadas pelos organismos internacionais. Além disso, este trabalho está centrado em julgamento proferido pela CIDH e não em a pretensão de ir além das considerações que se propôs a apresentar.

circunscrito a un ámbito territorial (para el Juez doméstico), y que quedará sujeto a un conjunto de normas específicas (tanto para el Juez doméstico como para el internacional), la realidad actual nos impulsa a una apertura hacia otros universos o sistemas de reglas. Vivimos una etapa en la cual las fronteras territoriales ceden a los intercambios culturales, lingüísticos y sociales. Siendo la movilidad uno de los atributos más apreciados por el ser humano del siglo XXI, el carácter universal de los derechos debe encontrar una garantía efectiva que le permita desplazarse con tranquilidad de un país a otro para buscar mejores oportunidades, seguro de que sus derechos serán respetados sin importar el lugar en donde se encuentre.¹⁵¹

Portanto, concluo este primeiro ponto para dizer que devemos voltar os olhos a jurisprudência da Corte IDH, especialmente em um momento que estamos sendo dominados pela crise pandêmica e que necessitamos de respostas rápidas, eficientes e não divergentes, isto quer dizer, a eficiência da jurisdição deve garantir a segurança jurídica. É certo que evoluímos em um curto espaço de tempo, mas, como lembra o Ministro Alexandre Agra, em palestra proferida,

[...] o Judiciário precisa estar preparado para a sociedade digital e a tecnologia deve servir, como tem sido abraçada pelo CNJ e pelos Tribunais em geral, para realizar o princípio do devido processo legal e do tempo razoável: o judiciário passou por grandes desafios desde a máquina de escrever (...) o primeiro desafio da magistratura nesta era digital e abraçar e aceitar as novas tecnologias, ao contrário será por ela substituída (...) o magistrado precisa transcender”.¹⁵²

Aqui está a grande importância dos precedentes, o que certamente acelera o andamento das causas ante o aceno prévio dos tribunais para a pacificação da matéria segundo a interpretação conforme as regras constitucionais e supranacionais.

A má condução e instrução processual expõem o sistema de justiça nacional, dando azo às suspeitas sobre a existência de um Poder Judiciário estruturado, sério e consolidado, colocando em xeque a soberania e democracia nacional.

Outra conclusão que se pode chegar é que não devem sujeitar-se, à exigência do prequestionamento ou à impugnação específica e prévia desde a 1ª instância, as questões relativas à violação da Carta IDH, devendo as Cortes Superiores conhecerem a matéria, ainda que sua primeira arguição se faça na instância extraordinária ou de ofício pela Corte julgadora em âmbito nacional. A imposição de tal exigência poderá importar no acobertamento de violações que podem estar sendo cometidas pelo Estado Brasileiro, como o caso Ximenes.

A par desse ponto estrutural que considero essencial e de aplicação a todo procedimento processual, há outro que diz respeito ao direito a um ambiente saudável e adequado, o que está expresso no julgado e foi considerado como situação de séria violação à dignidade humana.

A Corte IDH considera que todas as pessoas que sofrem algum tipo de incapacidade são vulneráveis e, por isso, devem ser beneficiárias de uma proteção especial:

[...] en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción

¹⁵¹ SILVA MEZA, Juan N. El diálogo jurisprudencial y la internacionalización de los Derechos Humanos. In: **Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada (agosto de 2014)**. STIFTUNG, Konrad Adenaur. Disponível em: [Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada \(corteidh.or.cr\)](https://www.corteidh.or.cr). Acesso em: 9 maio 2021.

¹⁵² Palestra proferida por Alexandre Agra Belmonte, evento promovido pela Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Pensando o Brasil (19/5/2021). Disponível em: (11) ABDT Pensando o Brasil - Abertura - YouTube. Acesso em: 19 maio 2021.

*de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad [...] En tal sentido, los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales, como era el caso del señor Damião Ximenes Lopes. Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición.*¹⁵³

Considerando o objeto da reclamação, é evidente que o processo aqui analisado não teve por intenção discutir, em nenhum momento, a condição dos funcionários da própria clínica. Rita Monteiro, pesquisadora e socióloga, defendeu sua tese de doutorado sobre esse caso e colheu vários relatos:

[...] de extrema violência. Existem acusações de agressões, espancamentos e até estupros, cometidos tanto por internos como por funcionários da casa. Há relatos de permanência em solitária – espécie de cela onde o interno ficava totalmente isolado de todos e sem contato com o mundo exterior, castigos físicos e eletrochoque. Tem um relato muito contundente de um paciente que disse que recebia eletrochoque porque era epilético [...] uma mulher, ex-interna do Guararapes, que chegou a dormir muitas vezes em cima de formigueiros, após ser dopada com doses de medicamentos acima do recomendado. Um outro paciente, conforme a historiadora, sofreu um espancamento e morreu dias depois [...] um outro ex-interno do Hospital Guararapes, que sofreu maus-tratos na unidade, prestou depoimento na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Francisco das Chagas Melo contou que foi vítima de atos de violência, justificando não ter denunciado o caso à polícia por medo de represálias. O ex-interno acrescentou que soube de outros atos de violência e até morte na unidade. “A Casa de Repouso Guararapes era um lugar de violência, de abuso de poder e sem nenhum cuidado para com os pacientes.”¹⁵⁴

Conforme noticiado pela OMS, os serviços de saúde mental essenciais foram paralisados em 93% dos países afetados pela Covid-19, na mesma medida em que há provocado agravamento nos transtornos de saúde mental:

Muchas personas han aumentado su consumo de alcohol o drogas y sufren crecientes problemas de insomnio y ansiedad. Por otro lado, la misma Covid-19 puede traer consigo complicaciones neurológicas y mentales, como estados delirantes, agitación o accidentes cerebrovasculares. Las personas que padecen trastornos mentales, neurológicos o derivados del consumo de drogas también son más vulnerables a la infección del SARS-CoV-2 y podrían estar expuestos a un mayor riesgo de enfermedad grave e incluso de muerte [...] Los países señalaron perturbaciones generalizadas de muchos tipos en los servicios de salud mental esenciales: (i) Más del 60% de los países señaló perturbaciones de los servicios de salud mental destinados a las personas vulnerables, incluidos los niños y los adolescentes (72%), las personas mayores (70%) y las mujeres que requieren servicios prenatales o postnatales (61%). (ii) El 67% observaba perturbaciones en los servicios de

¹⁵³ Sentença Corte IDH Caso Ximenes, item 101 e 104.

¹⁵⁴ Notícia de jornal: Caso Damião Ximenes muda Política de Tratamento Psiquiátrico (30/8/2016). Disponível em: **GI – Caso Damião Ximenes muda política de tratamento psiquiátrico em Sobral – notícias em Ceará** (globo.com). Acesso em: 10 maio 2021.

orientación psicológica y de psicoterapia; el 65% en los servicios esenciales de reducción de riesgos; y el 45% en los tratamientos de mantenimiento con agonistas de opiáceos para los adictos a los opiáceos. (iii) Más de un tercio (35%) señaló perturbaciones en las intervenciones de emergencia, incluidas las destinadas a personas afectadas por convulsiones prolongadas, síndromes de abstinencia severos relacionados con el consumo de drogas y estados delirantes, que con frecuencia son la señal de graves trastornos médicos subyacentes. (iv) El 30% señaló perturbaciones en el acceso a los medicamentos destinados a tratar trastornos mentales, neurológicos y derivados del consumo de drogas. (v) En torno a tres cuartas partes señalaron perturbaciones al menos parciales en los servicios de salud mental de las escuelas y los lugares de trabajo (78% y 75% respectivamente).¹⁵⁵

Com o sistema de saúde colapsado na crise sanitária, é inquestionável como já vem apontando as pesquisas e a OMS, em vários países do mundo, que a mão de obra médica e de enfermagem tem sido uma das mais afetadas. Some-se a isso que é neste setor que se encontra outro grupo vulnerável e que mereceu uma destinação específica inclusive dentro da agenda 2030, que são as mulheres: na área sanitária, elas ocupam 73,2% dos postos de trabalho e estão submetidas a jornadas extenuantes, sendo intensamente sujeitas a maiores riscos laborais e com uma brecha salarial de 23% em relação aos homens.¹⁵⁶

Parece inquestionável que os trabalhadores de saúde que se dedicam aos cuidados de pessoas com transtornos mentais devem ter uma proteção especial, por estarem submetidos a uma carga muito maior de estresse e necessitam ter uma formação diferenciada, com jornadas e condições de trabalho também diferenciadas. O Brasil foi o primeiro país da América Latina a fundar grande manicômio com base no alienismo francês em 1852 (Hospício Nacional de Alienados) mantendo a:

[...] tradição asilar de abrigar desviantes de todos os tipos, regidos sob a égide das mais diversas intervenções e arbitrariedades [...] ao longo dos anos, a assistência psiquiátrica esteve atrelada ao tratamento restrito ao interior dos grandes hospícios, com internação prolongada e manutenção da segregação do portador de transtorno mental do espaço familiar e social. O foco de atenção não era a pessoa, mas a doença. Os portadores de transtorno mental eram marginalizados e desprovidos de autonomia, não sendo vistos como indivíduos ativos na sua terapêutica [...] À instituição hospitalar cabia a responsabilidade de eliminar os sintomas da desordem psíquica. Para o tratamento utilizavam recursos que iam desde a internação, técnicas de hidroterapia, administração excessiva de medicamentos, até aplicação de estímulos elétricos ou o uso de procedimentos cirúrgicos. O objetivo das instituições psiquiátricas era utilizar dispositivos que caminhassem na direção da correção do que sinalizava “anormalidade”.¹⁵⁷

Foi nesse meio que nasceu a enfermagem com a finalidade de vigiar os internos, de modo que não havia dignidade no tratamento, reproduzindo-se uma cadeia de violência, sem qualquer estímulo para voltar ao convívio social. Este, certamente, foi o ambiente que se manteve na Clínica de Guararapes, sendo forçoso reconhecer os esforços que a sociedade de medicina, especialmente, vem empreendendo desde 1978, para alterar o modelo que

¹⁵⁵ Notícia na página da OMS: **Los servicios de salud mental se están viendo perturbados por la Covid-19 en la mayoría de los países, según un estudio de la OMS (5/10/2020). Los servicios de salud mental se están viendo perturbados por la COVID-19 en la mayoría de los países, según un estudio de la OMS** ([who.int](https://www.who.int)). Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁵⁶ BARCENA, A. (2021, 23 de febrero). La Autonomía Económica de las Mujeres en la Recuperación Sostenible y con Igualdad. **60ª Reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y Caribe**. Disponível em: [Presentazione standard di PowerPoint \(cepal.org\)](https://www.cepal.org). Acesso em: 23 fev. 2021.

¹⁵⁷ NOEREMBERG GUIMARAES, A.; OLVEITA BORDA, L.; MULLER LAROCCA L.; ALVES MAFTUM, M. **Tratamento em saúde mental no modelo manicomial (1960 a 2000)**: histórias narradas por profissionais de enfermagem (abril-junho-2013). Disponível em: [v22n2a12.pdf \(scielo.br\)](https://scielo.br). Acesso em: 11 maio 2021.

vem influenciado pelo Movimento Reforma Psiquiátrica cujo marco normativo é a Lei n. 10.216/2001, cuja tramitação levou 12 anos e, finalmente, se logrou uma legislação destinada à proteção e aos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redirecionamento do modelo da assistência em saúde mental. Todavia, a tutela dispensada ao paciente é que lhe garante tratamento digno, proteção contra abuso e exploração, presença de médico e ambiente adequado.

Como se vê, a mudança de métodos terapêuticos cujo caminhar ainda está sendo trilhado, encontra, neste momento de pandemia, outro problema, qual seja o aumento de enfermidades mentais, ao mesmo tempo em que, se todos os recursos são destinados ao tratamento da Covid, em um cenário em que o sistema de saúde está colapsado e a mão de obra, em sua esmagadora maioria, é ocupada por mulheres, categoria esta que estatisticamente vem sendo apontada como uma das mais vulneráveis e afetadas pelas extensas jornadas de trabalho. Some-se a isso que há cuidadores e trabalhadores do setor de saúde que têm sofrido fortes pressões e discriminações dentro das respectivas famílias e no ambiente social e que estão no limite do estresse com crises de saúde mental igual ou pior que os pacientes que estão sob seus cuidados.

A pressão que decorre naturalmente da profissão desses profissionais, somadas às más condições ambientais, certamente são fatores que acabam desencadeando situações e violência. O laudo colhido pela Vigilância sanitária atestou, no bojo do Caso Ximenes, que:

[...] desde el punto de vista de la vigilancia sanitaria [...], el conjunto de las acciones y servicios referentes a la Casa de Reposo Guararapes, se encuentran fuera de los estándares de identidad y calidad aceptables [...Además,...] se puede afirmar que: (i) la unidad hospitalaria no ofrece a sus empleados aparatos de protección individual; [...] (ii) los empleados no se encuentran vacunados contra el tétanos ni la hepatitis B; (iii) los pacientes no tienen actividades de recreación en las áreas libres; (iv) el aislamiento de los pacientes es realizado en lugares inadecuados, sin estructura ni higiene; (v) el almacenamiento de los alimentos es inadecuado, lo cual provoca su putrefacción; (vi) el uso del congelador es inadecuado; (vii) las mesas del comedor están cubiertas con plásticos atornillados, [por lo que son] de difícil higiene; (viii) el cuadro de distribución de energía se encuentra dañado, lo cual puede provocar accidentes; (ix) las condiciones higiénicas del hospital son precarias (techo, paredes y piso necesitan limpieza)[, y] (x) las condiciones sanitarias son precarias (baños [se encuentran] dañados[,y] sin duchas, sin lavamanos, sin basurero, y el servicio sanitario [se encuentra] sin cobertura ni higiene).¹⁵⁸

Certamente, as más condições ambientais não afetavam somente os pacientes com transtornos, mas eram absolutamente inadequadas aos trabalhadores atingidos por um ambiente inadequado física e mentalmente, um campo propício para que doenças mentais e fisiológicas possam ser desenvolvidas. Como já mencionado por Samuel Barros, no início deste artigo, uma verdadeira fábrica de loucura em que aquele que se dispõe a cuidar e a zelar pela saúde e vida de pessoas com o mais alto grau de vulnerabilidade e enfermidades se torna capaz de cometer atrocidades e violência que acabam por piorar o estado de saúde, retirando-lhe, ainda mais, a saúde que quicá lhe resta, até chegar ao crime capital que é de quitar-lhe a vida.

A Corte IDH está apontando o dever de manter um ambiente de trabalho adequado e profissionais bem treinados, quando afirma que “[...] en los entornos institucionales, ya sea en hospitales públicos o privados, el personal médico encargado del cuidado de los pacientes, ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia”¹⁵⁹, aconselhando que haja estrita vigilância sobre esses estabelecimentos, cabendo ao

¹⁵⁸ **Sentença Corte IDH Caso Ximenes**, item 112.63.

¹⁵⁹ **Sentença Corte IDH Caso Ximenes**, item 105.

Estado “*el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación*”.¹⁶⁰

É evidente que o ambiente adverso influenciará, irremediavelmente, os atos de violência e de loucura a ponto de, em algumas situações, não ser possível traçar a linha divisória entre o paciente e seu cuidador.

Os itens 137 e seguintes da sentença dedicam-se aos deveres do Estado, especialmente a obrigação positiva que tem de prover as condições necessárias para manter a integridade física e a vida das pessoas que se encontram em posições de maior vulnerabilidade, o que, desde meu ponto de vista, merece atenção redobrada em situações limítrofes, como, por exemplo, aquelas que certamente se estão intensificando com a pandemia.

O que gostaria de deixar como a reflexão é que a condenação imposta ao Brasil não tem caráter apenas reparador do dano em benefício da família, indo mais além para determinar que:

*[...] debe continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales, conforme a los estándares internacionales en la materia y aquellos establecidos en la presente Sentencia.*¹⁶¹

Portanto, além da obrigação de pagar imposta em 4/07/2006, o que se deve perguntar é se o Estado estaria honrando com a obrigação que lhe foi imposta de proporcionar um sistema eficiente de cuidados às pessoas com transtornos mentais e se estará aparelhado suficiente para atender não somente os transtornos, permitam-me chamar, ordinários e tradicionais, já conhecidos, como também aqueles que surgirão, especialmente nos agentes de saúde, categoria esta que tem por função o dever de cuidar de pacientes, de todas as enfermidades. Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde, 20% dos agentes de saúde, em pesquisa realizada em Argentina, Guatemala, Peru, México em Chile e Venezuela, passaram a sofrer de depressão depois do início da pandemia. Dos 29 países analisados na América Latina, apenas dois financiam de forma adequada o atendimento.¹⁶²

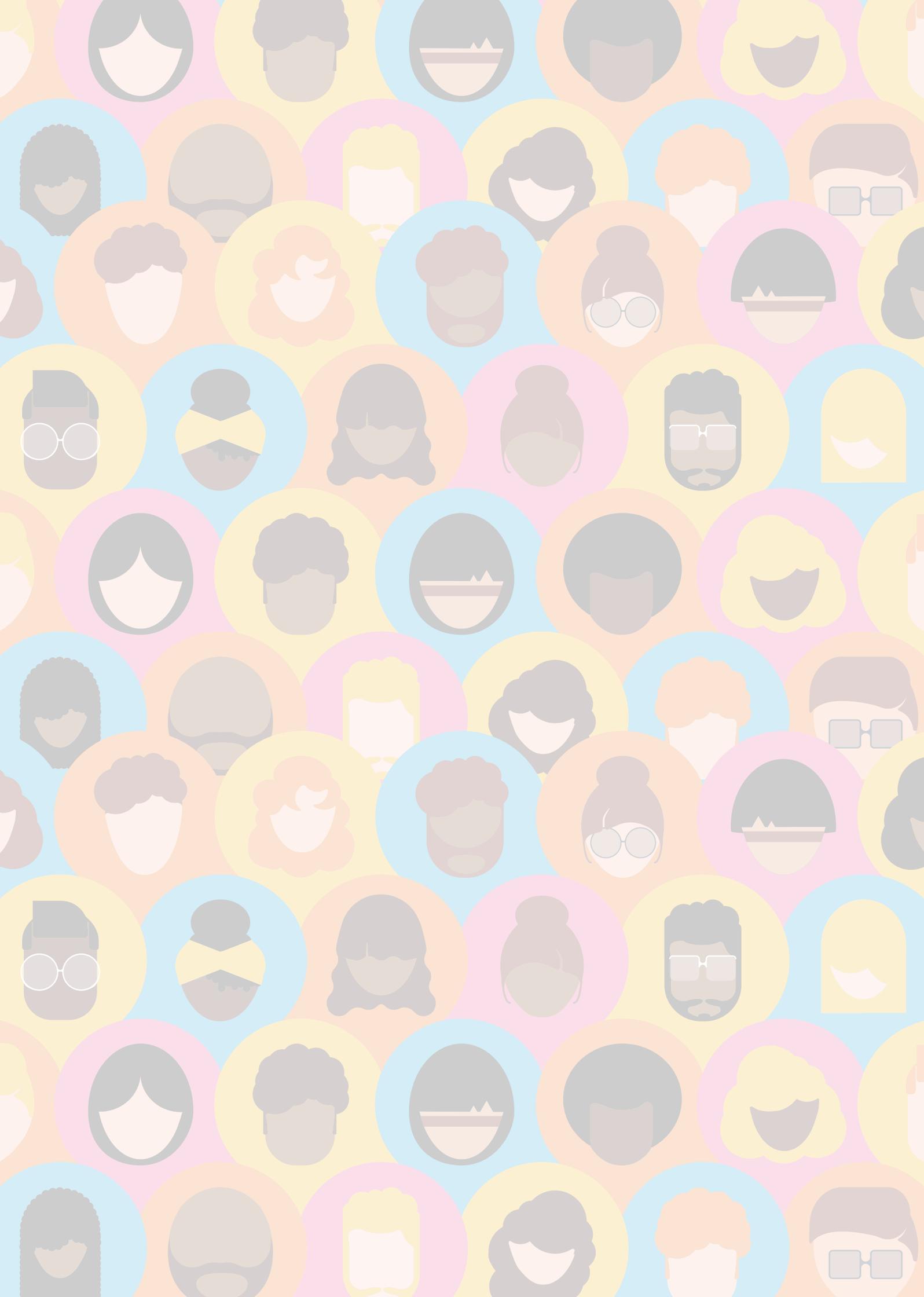
A pergunta que parece pertinente formular é: será que estamos cumprindo adequadamente a condenação imposta pela Corte? Quanto já progredimos? Será que progredimos? Ou, quiçá, o resultado final da pandemia não será apenas o acúmulo de um alto nível de pobreza e desigualdade, com o incremento de uma maior precarização do sistema sanitário nacional? Qual será o resultado da omissão ou debilidade estrutural sobre a saúde do trabalhadores, isto é, sobre a saúde daqueles que tem a função de cuidar, de socorrer, de re-inserir os enfermos na sociedade? Há alguma providência que poderá garantir a dignidade dos enfermos e seus cuidadores?

A intenção de tais decisões não é somente a de decidir o caso em concreto, mas reafirmar a obrigação que os Estados têm de cumprir com os compromissos assumidos no cenário internacional para realização da satisfação dos direitos humanos e fundamentais no âmbito interno. É chegada a hora de reconhecer que os conceitos estritos de jurisdição e soberania são flexibilizados pelas relações internacionais e que a cooperação entre países é necessária para se lograr um desenvolvimento sustentável social e econômico.

¹⁶⁰ **Sentença Corte IDH Caso Ximenes**, item 107/108.

¹⁶¹ **Sentença Corte IDH Caso Ximenes**, item 8 do dispositivo.

¹⁶² Notícia ONU News **Pandemia leva 20% de agentes de saúde nas Américas à depressão** (9/11/2020). Disponível em: [Pandemia leva 20% de agentes de saúde nas Américas à depressão | ONU News](#). Acesso em: 19 maio 2021.



12 A INTEGRAÇÃO DA AGENDA 2030 NO PODER JUDICIÁRIO

RAECLER BALDRESA¹⁶³

12.1 INTRODUÇÃO

O ano de 2015 havia sido o ano com a maior temperatura da história do planeta e foi marcado por diversos eventos de grande impacto em várias partes do globo. Houve o desastre ambiental de Mariana/MG, os atentados terroristas do Estado Islâmico e a escalada da crise de refugiados sírios, apenas para mencionar alguns. Não por simples acaso, foi também o ano em que representantes dos 193 Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) reuniram-se e decidiram firmar um plano de ação global para buscar a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões.

Mais de cinco anos depois, a situação de instabilidade social, política, econômica e ambiental permanece e foi agravada pela emergência de saúde pública que assolou o mundo com a pandemia de Covid-19, mantendo e impulsionando aquela iniciativa pioneira como prioridade máxima para humanidade.

A Agenda 2030 da ONU contempla 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas, que pretendem, sob a perspectiva econômica, a social e a ambiental, garantir vida digna para todos. Sustentam-se sobre cinco pilares fundamentais: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria.

Alcançar o desenvolvimento sustentável e honrar o compromisso com a Agenda 2030 a partir da adoção de medidas concretas é um desafio para todos os países em suas mais diferentes esferas. Trata-se de tarefa universal que deve ser desempenhada por governos, sociedade, instituições ou mesmo indivíduos isoladamente, sendo primordial a participação do Poder Judiciário.

Em novembro de 2019, a partir de proposta do Conselho Nacional de Justiça, houve a aprovação da Meta 09, que consiste exatamente na integração da Agenda 2030 ao Poder Judiciário Brasileiro. Com essa medida, o Poder Judiciário tornou-se precursor, no mundo, ao incluir a adesão ao pacto global em seu planejamento estratégico, institucionalizando a participação de todos os tribunais na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável previstos no compromisso firmado na ONU.

¹⁶³ Juíza Federal em São Paulo. Profa. Dra. em Direito Processual Penal – PUC/SP.

12.2 A ESCOLHA DO ODS E O DESENVOLVIMENTO DA META 09 PELO TRF3

Ao instituir a Meta 09, o Conselho Nacional de Justiça pretendeu que os tribunais, a partir de suas próprias realidades e considerando suas prioridades, escolhessem um ODS e realizassem ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltadas ao seu cumprimento durante o ano de 2020.

Para cumprir a meta, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que envolve a jurisdição de São Paulo e Mato Grosso do Sul, buscou se orientar por três diretrizes que seriam fundamentais na escolha do ODS a ser desenvolvido e na elaboração de um plano de ação: Articulação Interinstitucional, Tecnologia e Transparência.

Com efeito, a complexidade e magnitude dos problemas da atualidade impedem soluções isoladas por parte de apenas uma instituição e exigem a articulação entre vários órgãos na busca de protocolos de atuação e na construção de soluções de forma conjunta, sempre que possível. Além disso, o compartilhamento de informações das diversas instituições permite o cruzamento de dados e a construção de estratégias voltadas para a solução dos litígios de forma qualificada. A transparência das ações confere legitimidade às iniciativas e a tecnologia auxilia substancialmente nesse processo.

O advento da pandemia de Covid-19 e a situação de calamidade dela decorrente trouxeram justificado temor de aumento da judicialização em relação às questões envolvendo a saúde e o risco concreto de desorganização do sistema público com a intervenção do Poder Judiciário nessa área.

Ao mesmo tempo, a situação de urgência e de afastamento social reforçavam a ideia de que as soluções consensuais e a troca de informações entre as instituições envolvidas nos conflitos decorrentes da pandemia deveriam ser priorizadas.

Todos esses fatores foram fundamentais para que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região estruturasse uma plataforma interinstitucional virtual para a resolução de conflitos dessa natureza, envolvendo os representantes da União, do estado de São Paulo e do município de São Paulo da área da saúde, do Ministério Público Federal e Estadual, além da Defensoria Pública do Estado e a da União.

A plataforma permite a troca de informações e a solução de conflitos de forma consensual e preliminar, contando com um fluxo pré-processual e um fluxo processual que se desenvolvem no âmbito do Gabinete de Conciliação do Tribunal, a quem incumbe, também, o levantamento estatístico dos trabalhos desenvolvidos.

Com o início dos trabalhos e o aumento de demandas relativas à pauta econômica decorrentes da pandemia, especialmente quanto ao auxílio emergencial, outros órgãos passaram a participar da plataforma, tais como a Caixa Econômica Federal e a Advocacia-Geral da União, entre outros.

Esse era o contexto em março de 2020, quando o TRF3 deveria escolher um ODS para alcançar e elaborar um plano de ação, de acordo com o procedimento estabelecido pelo CNJ, segundo o qual os tribunais deveriam: a) escolher um dos 17 ODS; b) selecionar, por meio de consulta à sua base de dados, um dos três assuntos relacionados na Tabela Processual (TPU) mais demandados no Tribunal, relativos àquele ODS; e c) elaborar um Plano de Ação, no modelo 5W2H, para viabilizar o alcance da meta proposta para aquele assunto.

Para fins da Meta 09, entende-se por “desjudicialização” a redução do acervo de processos relacionados ao assunto específico da TPU, vinculado ao ODS escolhido. Observe-se, porém, que o objetivo também pode ser direcionado para a implementação de medidas preventivas. Assim, a meta será cumprida se, até o final do ano, o tribunal elaborar e encaminhar

o plano de ação para o assunto mais demandado correlacionado ao ODS (50% da meta) e executá-lo (50% da meta).

No caso do TRF3, se, em um primeiro momento, as iniciativas já em andamento indicavam que a escolha do ODS a ser alcançado deveria estar relacionada à saúde, com o desenvolvimento dos trabalhos na plataforma interinstitucional, verificou-se que o espectro de demandas ali debatidas relacionadas à pandemia ultrapassava o âmbito da saúde para envolver questões de ordem econômica e social essenciais, revelando maior complexidade a ser enfrentada.

De fato, o ODS 03 pretende “Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todas e todos, em todas as idades” e contempla, entre outros, o subitem que objetiva “atingir a cobertura universal de saúde, incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis para todos”.

Ocorre que a multiplicidade dos conflitos possíveis relacionados à pandemia – que não se limitam às questões relacionadas à saúde – também impulsionou o próprio CNJ a criar assunto específico no Sistema Geral de Tabelas Processuais Unificadas – Covid-19 – inserindo-o na hierarquia Questões de Alta Complexidade, Grande Impacto e Repercussão, vinculado ao ODS 11.

Em relação a esse Objetivo de Desenvolvimento Sustentável que pretende “tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”, destaca-se a existência de outros subitens, tais como: até 2030, reduzir significativamente o número de mortes e o número de pessoas afetadas por catástrofes e substancialmente diminuir as perdas econômicas diretas causadas por elas em relação ao produto interno bruto global, incluindo os desastres relacionados à água, com o foco em proteger os pobres e as pessoas em situação de vulnerabilidade.

De outro lado, havia também o ODS 16, que envolve todos os assuntos da tabela e objetiva “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”, possuindo como subitens, entre outros, os seguintes: Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos; Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis; Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis; Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais.

Nesse sentido, considerando a necessidade de desenvolvimento de um plano de trabalho que envolvesse todos os assuntos pertinentes ao combate da pandemia, tanto sob o aspecto de saúde, quanto sob os aspectos econômicos e sociais, optou-se pelo Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes.

12.3 A ELABORAÇÃO DO PLANO DE AÇÃO

Segundo o procedimento previsto pelo CNJ à época, para a elaboração do plano de ação haveria a necessidade de consulta à base de dados do Justiça em Números de 2019 para indicar os assuntos relacionados ao ODS escolhido e ao desenvolvimento da meta.

Ocorre que os assuntos decorrentes da Covid-19, evidentemente, não constavam da base de dados de 2019, tendo sido incluídos no Sistema de Gestão de Tabelas Processuais Unificadas no final de março de 2020, quando o CNJ editou a Portaria n. 57/2020, que o incluiu no ramo Questões de Alta Complexidade e Grande Repercussão.

De outro lado, a pluralidade de assuntos tratados na Plataforma Interinstitucional decorria de sua própria organicidade e do fato de que seu objetivo era justamente a prevenção de litígios. Escolher apenas um dos assuntos não traria dados reais do trabalho desenvolvido, sobretudo excluiria as informações relacionadas aos demais, apresentando resultados apenas parciais.

Nesse sentido, o TRF3 consultou o CNJ e sugeriu que o plano de ação fosse construído a partir das informações processuais constantes de seu banco de dados em 2020, o que foi acolhido e mantido para o desenvolvimento da Meta 09 para o ano de 2021.

Firmada a escolha do ODS a ser alcançado e o procedimento adotado para tanto, foi elaborado o plano de ação que deveria ser executado até o final de 2020 e deveria observar o modelo 5W2H, nos termos seguintes:

- (What) o que será feito – nome da ação
- (Why) por que será feito – objetivos
- (Where) onde será feito – unidade judiciária, departamento
- (When) quando será feito – cronograma
- (Who) por quem será feito – responsável
- (How) como será feito – metodologia, maneira que pretende alcançar os objetivos
- (How much) quanto vai custar – recursos – custos e quantidade

O plano de ação elaborado pelo TRF3 contemplava as seguintes iniciativas: a) instituir e consolidar a Plataforma Interinstitucional Virtual; b) registrar o trabalho desenvolvido; c) construir um painel de dados para acompanhamento e avaliação do projeto; d) criar indicadores para medir a prevenção e a desjudicialização; e) além de divulgar e tornar público o funcionamento e os resultados da plataforma, conforme está ilustrado nos quadros a seguir:

O que?	Por que?	Quando?	Quem?	Onde?	Como?	Quanto custa?
Estabelecer uma plataforma interinstitucional	Para buscar soluções consensuais aos conflitos decorrentes da pandemia	Março/abril de 2020	Presidência do Tribunal	TRF3	Edição de ato normativo Contato com as instituições e órgãos públicos	não há custo
Consolidar a plataforma (fluxo de trabalho)	Para resolver as demandas que chegam ao Judiciário pelas partes ou mesmo antes de serem interpostas, seja pelas Defensorias ou pelo Ministério Público, por exemplo	A partir de março de 2020	Gabinete da Conciliação	TRF3	Realização de reuniões periódicas com as instituições e órgãos públicos, realizadas pelo Teams, estabelecer o fluxo pré-processual e processual, além de formulário-padrão	não há custo
Registrar o trabalho	Para que se tenha publicidade e acompanhamento das decisões tomadas na plataforma	A partir de maio de 2020	Gabinete da Conciliação	TRF3	Registro da documentação no Sistema Eletrônico de Informações (SEI)	não há custo

O que?	Por que?	Quando?	Quem?	Onde?	Como?	Quanto custa?
Criar painel de dados	Para acompanhamento das demandas e auxiliar na gestão	até final de julho	Assessoria de Desenvolvimento Integrado e Gestão Estratégica	TRF3	Identificação dos dados que serão buscados nos sistemas processuais e se haverá inclusão de dados por planilha Excel; definição dos requisitos e dados que serão publicados no painel; desenvolvimento utilizando o Microsoft Power BI	não há custo
Criar indicadores para medir a prevenção e desjudicialização	Para demonstrar o resultado da plataforma	após a elaboração do painel de BI	Presidência do TRF3; Gabinete da Conciliação; Assessoria de Desenvolvimento Integrado e Gestão Estratégica	TRF3	A partir da elaboração do painel, sendo conhecido o volume de ações interpostas, bem como aquelas evitadas pela plataforma interinstitucional, será possível criar métricas para medir o percentual das resoluções prévias dentro do dado global	não há custo
Divulgar o funcionamento e resultados da plataforma	Para promover a transparência e dar conhecimento para a população do serviço prestado	ato contínuo	Assessoria de Comunicação Social	TRF3	Através de campanhas publicadas no site do TRF3, das Seções Judiciárias e dos Juizados; divulgação nas redes sociais do Tribunal.	não há custo

12.4 O FUNCIONAMENTO DA PLATAFORMA E OS RESULTADOS OBTIDOS

Resultado de ação conjunta entre a Presidência do TRF3 e o Gabinete de Conciliação do Tribunal, a Plataforma Interinstitucional Virtual foi instituída pela Resolução Pres n. 349, de 12 de maio de 2020, e, desde então, representantes de instituições federais, estaduais e municipais que atuam na Justiça Federal foram chamados para trocar informações, elaborar protocolos e antecipar conflitos.

O compartilhamento de informações e o cruzamento de dados de diversas instituições foi o ponto de partida para a resolução de processos em tramitação e para a construção de medidas preventivas que pretendiam a redução da judicialização dos conflitos. Além disso, a articulação entre os órgãos permitiu a criação de fluxos de trabalho de acordo com as demandas, auxiliando na organização interna das áreas administrativas.

Na Plataforma Interinstitucional Virtual as demandas são recebidas por e-mail no Gabinete da Conciliação que as encaminha para os entes envolvidos, operando como um espaço de diálogo e articulação entre cidadão, instituições e poder público, com a realização de reuniões periódicas e pautas por assunto. Além das demandas recebidas no Gabinete da Conciliação,

as varas federais também podem encaminhar os seus processos, antes mesmo da instrução, para que sejam discutidos na plataforma pelos participantes, que também podem submeter questões à discussão.

Durante todo o ano de 2020, foram realizadas diversas reuniões com a participação de representantes da União, do estado de São Paulo, do município de São Paulo, do Ministério Público Federal e Estadual, além da Defensoria Pública do Estado e da União. Como já mencionado, o aumento das demandas relacionadas à pauta econômica, outros órgãos passaram a participar da plataforma, tais como a Advocacia-Geral da União, a Caixa Econômica Federal e o Ministério da Cidadania.

Nesse período, houve discussões sobre fornecimento de equipamentos, habilitação de leitos de UTI, concessão de auxílio emergencial, tributos e vacinação, entre outros assuntos, registrando-se em ata os temas abordados e as principais soluções. A tramitação das demandas ocorreu, em grande parte, no Processo Judicial Eletrônico.

Como o monitoramento das ações decorrentes da pandemia de Covid-19 foi uma das iniciativas do plano de ação elaborado pelo TRF3, foi desenvolvido um painel de dados como forma de medir o resultado de todas as ações relacionadas à Plataforma Interinstitucional Virtual.

Os resultados do trabalho desenvolvido pelas diversas instituições na Plataforma foram extremamente positivos, tanto em termos quantitativos – na medida em que se obtiveram soluções consensuais e preventivas em mais de 50% das demandas encaminhadas para a plataforma – quanto em termos qualitativos – eis que quatro das sete ações civis públicas encerradas tiveram resultado favorável –, o que pode ser verificado no painel de dados disponível na internet do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região (<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieyZmNjRiZDYtMmRmOS00MTE1LWE5N2YtODQ5Y2E1NzhIMTNiliwidCI6jEx-MjBlOWFjLTRmMGUtNDkxOS1hZDY4LTU4ZTU5YzlwNDZjZiJ9>).

E, a partir da experiência positiva de 2020 com a Plataforma Covid-19, o TRF3 incluiu, no plano de ação para cumprimento da Meta 09, em 2021, a criação da Plataforma Interinstitucional Virtual Ambiental e Indígena, para reunir os diversos atores envolvidos nos litígios dessa natureza e buscar a pacificação social e a preservação do meio ambiente.

É o Poder Judiciário agindo como veículo para construção de soluções estratégicas e articuladas junto às demais instituições, como forma de contribuir para a Agenda 2030 e para o alcance dos ODS nela previstos, que, espera-se, seja o propósito que toda a humanidade deva perseguir.

São Paulo, junho/2021.

13 POVO XUCURU NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O ETERNO PROBLEMA DA GARANTIA DA PRORIEDADE DAS TERRAS TRADICIONAIS

LIZIANE PAIXÃO SILVA OLIVEIRA¹⁶⁴

13.1 INTRODUÇÃO

Entre nós, o direito dos povos indígenas aos territórios que tradicionalmente ocupam é objeto de reconhecimento desde o Alvará Régio de 1680. Reiterado pela Lei de Terras, de 1850, foi novamente objeto de marco regulatório na Lei de Terras dos Índios, que remonta ao fim da República Velha, em 1928. Esse reconhecimento (formal) foi confirmado nos textos constitucionais de 1934, 1937, 1946, 1969, bem como na Carta vigente desde 1988.¹⁶⁵ No entanto, a demora nos processos de demarcação, titulação e desintrusão, a par das incertezas relativas aos marcos temporais de ocupação, têm dificultado a garantia do direito à posse pacífica das terras ancestrais tradicionalmente ocupadas por diversos povos indígenas no território nacional.¹⁶⁶

O “Caso do Povo Indígena Xucuru” insere-se nesse contexto de violação à garantia do direito à propriedade coletiva, fomentado pela insegurança jurídica quanto ao uso e ao gozo pacífico da propriedade tradicional. O território ancestral do povo Xucuru, objeto da contenda que aqui será estudada, é localizado no município de Pesqueira, no estado de Pernambuco. Nesse espaço de 27.555 hectares vivem aproximadamente 7.700 indígenas, 2 mil famílias e 24 comunidades.¹⁶⁷ Trata-se de comunidade com características próprias, que exige atenção, pena que não se cumpram as diretrizes constitucionais que informam o assunto, especialmente sob o enfoque dos direitos humanos.

O presente ensaio destacará os principais pontos de decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no “Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros contra o Brasil”. Elencamos as conclusões da Corte, quanto à obrigação estatal relativa à garantia do direito à propriedade coletiva do Povo Xucuru, nos limites e extensão de um prazo judicial razoável, o que, no direito interno, nos remete ao inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, tal como incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Ao que consta, trata-se da primeira vez, desde o reconhecimento da competência contenciosa da Corte, em 10 de dezembro de 1998, que o Brasil é acionado por possível violação de direitos dos povos indígenas.¹⁶⁸ Trata-se de um caso emblemático.

¹⁶⁴ Doutora em direito pela Université d’Aix-Marseille III, professora dos Programas de Mestrado e Doutorado em direito do UniCEUB e da Unit.

¹⁶⁵ Constituição de 1934, artigo 129; Constituição de 1937, artigo 154; Constituição de 1946, artigo 216; Constituição de 1967, artigo 186; Constituição de 1988

¹⁶⁶ Sobre a demarcação territorial indígena e a teoria do marco temporal, sugere-se a leitura de ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINOCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz. **Índios, Direitos originários e territorialidade**. Brasília: ANPR, 2018. 517p.

¹⁶⁷ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021. p. 59 e 60.

¹⁶⁸ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

A discussão iniciou-se no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em 16 de outubro de 2002. Inicia-se com uma petição individual, endereçada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O suplicante, Movimento Nacional de Direitos Humanos (Região Nordeste), ao lado do Gabinete da Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), denunciou a violação pelo Brasil, da garantia à propriedade coletiva, ao prazo judicial razoável e à integridade física do povo Xucuru.

Depois de quase doze anos do requerimento inicial, em dia 28 de julho de 2015, a CIDH aprovou o Relatório de Mérito com diversas recomendações ao Brasil.¹⁶⁹ O Relatório de Mérito n. 44/15 responsabilizou o Brasil pela violação ao direito de propriedade (art. 21 da Convenção),¹⁷⁰ a par de desrespeito pelos direitos às garantias e à proteção judicial (art. 8.1¹⁷¹ e 25.1 da Convenção). Com o objetivo de sanar mencionadas violações, a Comissão recomendou ao Brasil que adotássemos medidas necessárias, incluindo propostas legislativas e ações administrativas, para garantir a desintrusão efetiva do território do povo Xucuru. Há também recomendação para que adotássemos medidas para finalizar processos judiciais atravessados por terceiros não indígenas. Por fim, recomendação para que reparássemos danos decorrentes da violação dos direitos enunciados, bem como medidas para evitar que tais violações ocorressem novamente com demais comunidades autóctones, no futuro, próximo ou distante.

O Brasil foi notificado pela Comissão em 16 de outubro de 2015. Constatou-se que até fevereiro de 2016 não se comprovam esforços estatais para atender as recomendações da Comissão. No entendimento da Comissão, o povo Xucuru ainda não exercia de modo pleno e pacífico o direito de propriedade sobre território ancestral. Diante da ausência de informações, por parte Estado notificado, relativo ao cumprimento das recomendações, a Comissão decidiu levar o caso à Corte IDH.

Em 16 de março de 2016, a Comissão peticionou junto à Corte suscitando a condenação do Brasil por descumprimento da norma internacional de proteção dos direitos humanos. No caso, a efetiva demarcação do território indígena Xucuru. Em linhas gerais, a Comissão solicitou que o Brasil fosse responsabilizado internacionalmente pela violação do direito à propriedade coletiva (art. 23 da Declaração Americana e art. 21 da Convenção Americana), pela violação do direito à integridade física (artigo 5 da Convenção) e pela violação da garantia judicial de prazo razoável e do direito à proteção judicial, (artigos 8.1 e 25.1 da Convenção).

O Brasil impugnou, argumentando que não houve violação do direito à propriedade coletiva. Não se questionou a natureza indígena da terra ou o direito de posse permanente do povo Xucuru, protegido constitucionalmente, como direito originário. Destacou-se, ainda, que a demarcação é procedimento declaratório de direito preexistente. Acrescentou-se que longo lapso temporal estaria diretamente conecto a complexidade fática do procedimento. Tal fato pode suscitar danos a direito de terceiros. Consequentemente, necessária a garantia a terceiros interessados, quanto à transparência, ao contraditório e à ampla defesa. Tentou-se desenhar o cumprimento do devido processo legal, pelo menos em seu sentido formal.

¹⁶⁹ Sobre a obrigatoriedade de cumprimento das recomendações da Comissão, ver HITTERS, J. C.; Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, 2008, p. 136. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.

¹⁷⁰ “Artigo 21. Direito à propriedade privada. 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social; 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei; 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.” (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS).

¹⁷¹ “Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS).

Cinco entidades (Clínica de Direitos Humanos da Universidade de Ottawa, da Fundação para o Devido Processo, do Núcleo de Estudos em Sistemas Internacionais de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná e da Rede de Cooperação Amazônica, Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos do Amazonas, Associação de Juízes para a Democracia e Defensoria Pública da União), na condição de *amici curiae*, encaminharam objeções e informações à Corte, esclarecendo algumas questões fáticas e jurídicas, relacionadas ao caso.¹⁷²

13.2 EXCEÇÕES PRELIMINARES E ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Em contestação, preliminarmente, o Brasil suscitou exceções. Protestou pela inadmissibilidade do caso. Alegou incompetência *ratione temporis*. Apontou incompetência *ratione materiae* e, por fim, enfatizou a falta de esgotamento dos recursos internos. Na visão da defesa apresentada pelo Brasil, a reclamação carecia de elementos intrínsecos e extrínsecos para prosperar.

A primeira exceção referia-se à alegação de inadmissibilidade do caso em virtude da publicação do Relatório Final de Mérito pela Comissão. Alegou-se o descumprimento dos artigos 50 e 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte julgou tal exceção improcedente, recorrendo às sentenças do Caso Trabalhadores da fazenda Brasil Verde e Favela Nova Brasil.¹⁷³ A Corte deu continuidade a uma tradição jurisprudencial. Fez referência a importantes precedentes.

De acordo com o entendimento da Corte, no Caso Trabalhadores da fazenda Brasil Verde, há dois relatórios: o preliminar (artigo 50) e o final (artigo 51). São relatórios distintos. O primeiro deles, com caráter confidencial – reservado, é encaminhado ao Estado com as considerações, recomendações e posicionamentos da Comissão, para que este solucione os problemas identificados. Passado o prazo para que o Estado atenda as recomendações e solucione os problemas, a Comissão poderá submeter o caso à Corte ou publicar o relatório, nos termos do artigo 51 da Convenção.¹⁷⁴ Para a Corte “o Relatório previsto no artigo 50 pode ser publicado, desde que isso ocorra depois da apresentação do caso à Corte”.¹⁷⁵

Assim, no caso do povo Xucuru, a Comissão procedeu como costumeiramente. Endereçou petição e em seguida publicou, em sua página *web*, o Relatório de Mérito. O objetivo é dar publicidade e transparência às suas atividades.

No que tange a incompetência com base na limitação temporal, o questionamento se fez tanto em relação aos fatos ocorridos antes da adesão à Convenção (6 de novembro de 1992) quanto ao reconhecimento da jurisdição da Corte (10 de dezembro de 1998). Reconheceu-se parcialmente fundamentadas as exceções, reafirmando competência somente para os fatos

¹⁷² Sobre a participação dos *Amici Curiae* conferir os parágrafos 11 a 13 da Sentença da Corte IDH. Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021. Para. 13 “[...] este Tribunal observa que, de acordo com o artigo 2.3 do Regulamento, quem apresenta um *amicus curiae* é uma pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que se conduz perante a Corte, com a finalidade de apresentar argumentos sobre os fatos constantes da apresentação do caso ou formular considerações jurídicas sobre a matéria do processo, ou seja, não é uma parte processual no litígio, e o documento é apresentado com o objetivo de esclarecer a Corte sobre algumas questões fáticas ou jurídicas relacionadas ao processo em tramitação no Tribunal [...]”.

¹⁷³ Corte IDH. **Caso favela Nova Brasília vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C No. 333, par. 24 a 29.

¹⁷⁴ Corte IDH. **Caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil**: sentença de 20 de outubro de 2016. Par. 23 a 28. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 1 junho 2021.

¹⁷⁵ Corte IDH. **Caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil**: sentença de 20 de outubro de 2016. Par. 26. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 1 jun. 2021.

ocorridos posteriormente ao reconhecimento de sua competência.¹⁷⁶ Aplicou-se a tradicional parêmia: *tempus regit actus*.

A alegação de incompetência para julgamento da violação à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi igualmente considerada improcedente. Entendeu-se que a violação às disposições da Convenção 169 não fora objeto do litígio. Entretanto, vale explicar que, para a Corte, sua competência abrange somente as violações da Convenção e outros instrumentos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Há limitações de escopo. Contudo, decidiu-se que o desenvolvimento do direito internacional dos Direitos Humanos sugere a utilização de outros instrumentos para fundamentar a aplicação da Convenção.¹⁷⁷ Trata-se de um momento avançada no direito das gentes. É possível observar na sentença do Caso Trabalhadores da fazenda Brasil Verde menções a Convenção Europeia de Direitos Humanos e aos posicionamentos da OIT para fundamentar a decisão.¹⁷⁸ No caso Favela Nova Brasília a Corte IDH fez referência julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos.¹⁷⁹ Trata-se do chamado “diálogo das Cortes”,¹⁸⁰ de fortíssima inspiração na literatura jurídica contemporânea.

O Brasil também invocou o não esgotamento dos recursos internos. O povo Xucuru possuiria diversos recursos jurídicos no âmbito nacional para pleitear indenizações, impugnar o processo de identificação, ou mesmo de retirada forçada de terceiros não indígenas do seu território. A Comissão destacou que esses argumentos são distintos dos levantados no trâmite de admissibilidade da Petição Individual. Não se especificou quais recursos precisavam ser esgotados no âmbito nacional antes do caso ser levado para a órbita internacional. Definiu-se que tal exceção era improcedente. O Brasil não apresentou tempestiva e precisamente os recursos judiciais pendentes no sistema nacional.¹⁸¹ Ao que parece, a argumentação era imprecisa.

13.3 ASPECTOS SUBSTANCIAIS: OS TEMAS DA PROPRIEDADE COLETIVA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Os direitos dos povos indígenas estão assegurados em diversos diplomas legais internacionais ratificados pelo Brasil. Como exemplo é possível destacar a Convenção 169 da OIT, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas. Esse conjunto normativo presta-se para garantir o direito à propriedade dos índios sobre terras tradicionalmente ocupadas. Nesse contexto, limitações ao direito de propriedade do Povo Xucuru, implicariam violação à norma internacional e responsabilidade para o Brasil.

¹⁷⁶ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 31. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁷⁷ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 35. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁷⁸ Corte IDH. **Caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil**: Sentença de 20 de outubro de 2016. par. 252 e 253.

¹⁷⁹ Corte IDH. **Caso favela Nova Brasília vs. Brasil**: sentença de 16 de fevereiro de 2017. Par. 188 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁸⁰ Sugere-se a consulta dos livros OLIVEIRA, Liziane P. S.; MARINHO, Maria E.; TELES, Solange. Diálogo entre juízes, Vol. 1. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/344484429_Livro_Dialogo_entre_juizes_2014; OLIVEIRA, Liziane Paixão S.; MARINHO, Maria Edelvacy; TELES, Solange. Diálogo entre juízes, Vol. 3. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/344381331_DIALOGO_ENTRE_JUIZES_Vol_III.

¹⁸¹ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 37 a 48. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10.05.2021

13.3.1 O direito à propriedade coletiva e sua violação

Ao longo dos últimos anos, a Corte Interamericana tem desempenhado papel importante na garantia do direito à propriedade dos povos indígenas.¹⁸² Esse tribunal tem reiteradamente alargado a concepção do direito à propriedade, tal como disposto no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁸³ Cuida-se de prerrogativa que transcende ao direito de propriedade em sua feição clássica, romanística, individual, e que incluiria a propriedade coletiva dos povos indígenas. Nessas comunidades, o território matiza elemento cultural, integra a identidade coletiva e transita muito além de simples delimitação geográfica.¹⁸⁴ É elemento essencial de definição antropológica. A existência da comunidade predica na concepção de uso, gozo, fruição e identificação com a terra. Mais do que mero referencial de sobrevivência material, nessas comunidades a propriedade da terra é traço definidor de cultura e de identidade.

Na decisão aqui comentada, a Corte reafirmou que o direito à propriedade protege o vínculo cultural, espiritual e material entre os povos indígenas e suas terras¹⁸⁵ e que o Estado tem a obrigação de delimitar, demarcar, titular e garantir o uso e gozo do território ancestral coletivo.¹⁸⁶ Cumpre igualmente ao Estado garantir a recuperação das terras tradicionalmente ocupadas para manutenção dos laços culturais quando a comunidade indígena tiver sido afastada do território por situação externa a sua vontade.¹⁸⁷ Essa decisão contempla a agenda de proteção aos povos indígenas, em sua integralidade.

Ainda que nos casos de conflito entre direitos de propriedade coletiva e individual, a Corte decidisse pela deferência à legalidade, à necessidade, à proporcionalidade, à utilidade pública e ao interesse social¹⁸⁸, no caso presente tal deferência é despicienda. Para a Corte a constituição brasileira de 88 “(...) confere preeminência ao direito à propriedade coletiva sobre o direito à propriedade privada, quando se estabelece a posse histórica e os laços tradicionais do povo indígena ou tradicional com o território, ou seja, os direitos dos povos indígenas ou originários prevalecem frente a terceiros de boa-fé e ocupantes não indígenas”¹⁸⁹. Vale dizer, a Corte estabeleceu que não existe conflito entre tais direitos, uma vez de que na norma brasileira há previsão de dever constitucional de proteção das terras indígenas, por parte do Estado.

¹⁸² Sobre a jurisprudência da Corte nessa matéria ler: Toro Huerta, Mauricio Iván del. “El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol 10, p. 49-95. 2010.

¹⁸³ A Corte IDH reconheceu a importância do território para a identidade coletiva dos povos indígenas em diferentes julgados, são exemplos as decisões proferidas nos casos *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*; *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. (Decisões disponíveis em: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/CIDH/R/DPI/corteidh.asp>).

¹⁸⁴ A Corte IDH afirmou esse entendimento em diversos casos a exemplo do **Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**. 2000. Par. 149; do **Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai**. 2006. Par. 118; do **Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai**. 2010. Par. 124, 131. (Decisões disponíveis em: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/CIDH/R/DPI/corteidh.asp>) TINEY, Juan. Tierra y territorio desde la cosmovisión del pueblo maya. **América Latina en Movimiento**. Quito: Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), v. 34, n. 459, 2010. p. 9

¹⁸⁵ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 125. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021; Corte IDH. **Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**: sentença 27 de junho de 2012, par. 145. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acesso em: 10 maio 2021. Sobre o tema ler: BRINGAS, Asier Martínez. La desconstrucción del concepto de propiedad: una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas. **Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, ano 4, n. 7, 2006, p. 123-148, jul./dez.

¹⁸⁶ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 116. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10.05.2021. Sobre o tema ver igualmente o Caso. Corte IDH. **Povo Kaliña e Lokono vs. Suriname**.

¹⁸⁷ Corte IDH. **Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay**. 2006. Par. 132. Corte IDH. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**. 2012. Par. 146.

¹⁸⁸ No Caso Comunidade indígena Yakye Axa, a Corte detalhou a aplicação dos critérios elencados.

¹⁸⁹ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 127. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

No conjunto de destaques, a Corte explicitou que, no direito interno brasileiro, a titulação das terras indígenas tem caráter declaratório e, não, constitutivo. A demarcação do território Xucuru reveste-se de procedimento de proteção do direito originário.¹⁹⁰ “O Indigenato é a fonte primária e congênita de posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é um título adquirido”.¹⁹¹

Por fim, a Corte consignou que o principal aspecto do conflito consiste na verificação da suficiência das ações realizadas pelo Brasil no sentido de garantir o direito à propriedade coletiva (artigo 21 da Convenção) e o prazo judicial razoável (artigo 8.1 da Convenção). É esse o limite fático e conceitual da discussão.

13.3.2 Violação do direito a uma garantia judicial em prazo razoável

A Convenção Americana capitula, nos artigos 8.1 e 25, o direito ao devido processo legal com prazo razoável. Para aferir a razoabilidade do prazo, a Corte leva em conta a complexidade do assunto, a atividade processual, a conduta das autoridades judiciais e o dano na situação jurídica dos envolvidos.¹⁹²

Em geral, a complexidade do assunto é aferida pela Corte com base na dificuldade da prova, no número de envolvidos, nos recursos e procedimentos pendentes no direito interno, no contexto dos fatos.¹⁹³ No Caso Xucuru, a Corte considerou que a complexidade da matéria ou as circunstâncias não justificariam o lapso temporal de dezembro de 1998 a novembro de 2005 para demarcação, titulação e desintração do território. Segundo o decidido, o Estado demandado não justificou a mora.¹⁹⁴ A Corte considerou injustificável o Estado levar aproximadamente 28 anos para concluir o processo, mesmo diante da complexidade do processo de desintração do território Xucuru, dado o volume de indenizações e a quantidade de terceiros não indígenas residentes no território. Ao tempo da decisão, 2018, ainda era possível identificar a permanência de algumas famílias não indígenas no território, bem como de ações questionando a titularidade da terra e a ausência de pagamento de indenização a ex-ocupantes do território.¹⁹⁵

A Corte Interamericana concluiu que os integrantes do povo Xucuru não podem ser responsabilizados pela demora no procedimento. O processo administrativo de demarcação, titulação e desintração era realizado pela Funai,¹⁹⁶ pelo que os interessados não tinham como acelerar o andamento da demanda administrativa. A responsabilidade pela mora é do Estado, e não da comunidade indígena. Para a Corte, a ação ou omissão do Estado é ponto central que resultou na intolerável duração do processo, isto é, entre a homologação presidencial do território e a solicitação de registro da propriedade, passou-se um ano. Mais. Entre o pedido de registro e sua efetivação, foram quase quatro anos, ainda que o procedimento não se revelasse de intensa complexidade. Diante dos elementos analisados, a Corte considerou que o tempo para conclusão do processo administrativo foi excessivo, injustificável implicando a violação do direito à garantia judicial de prazo razoável.¹⁹⁷

¹⁹⁰ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 128. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁹¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 868.

¹⁹² Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 135. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁹³ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 137. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁹⁴ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 138-139. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁹⁵ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 140-141, 153. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁹⁶ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 142-143. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁹⁷ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par.

No entender da Corte, não se questiona o direito do povo Xucuru ao território tradicional. O que está em jogo são as ações empreendidas pelo Brasil, isto é, se foram suficientes para garantir o direito, o uso e gozo pacífico das terras pelo povo Xucuru.¹⁹⁸ A Corte reconheceu a existência no direito brasileiro de disposições que garantem o direito à propriedade aos demandantes. O povo Xucuru obteve o reconhecimento formal da propriedade coletiva, ainda em 2005.

No entanto, considerou-se o atraso para completar a desintrusão do território como um dos fatores dos conflitos entre indígenas e terceiros. Para a Corte, nesse sentido, o Brasil descumpriu os artigos 21 e 25 da Convenção, por não garantir efetivamente o direito à propriedade, e também não garantir proteção judicial e segurança jurídica.¹⁹⁹ As ações empreendidas pelo Estado demandado não resguardaram o direito pacífico à propriedade,²⁰⁰ o prazo para conclusão do processo administrativo de titularidade do território, com prolongamento injustificável, que afetou negativamente a comunidade Xucuru.

Além disso, as ações judiciais que se arrastam por mais de 10 anos impactam a segurança jurídica dos Xucurus em relação ao seu território.²⁰¹ Por fim, a Corte declarou, por unanimidade, o Brasil responsável pela violação do artigo 8.1 da Convenção, ao não garantir o devido processo legal em prazo razoável, descumprindo, assim, a legislação aplicável (nacional e internacional), abalando as relações da comunidade interessada com sua natureza intrínseca, relativa à posse de uma terra de memória ancestral. De igual modo, responsável pela violação do artigo 21, por não garantir o direito à propriedade coletiva do povo Xucuru sobre suas terras tradicionais. O Brasil foi, no desate, condenado a criar um fundo em benefício dos Xucurus, no valor de um milhão de dólares estadunidenses.

13.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil foi condenado. A decisão aponta, como ponto central, a morosidade do sistema nacional para demarcação, titulação e desintrusão do território tradicional do Povo Xucuru. O lapso de aproximadamente 20 anos, no âmbito da competência da Corte para garantir o direito à propriedade coletiva, somada a existência de ações judiciais pendentes resultam em prejudicial insegurança jurídica.

Há expectativas de que essa decisão contribua para melhorar o sistema nacional, com vistas à garantia do direito à propriedade coletiva de outros povos indígenas. Resguardar o direito à propriedade é circunstância que marca a titulação, porém vai muito mais além das formalidades cartoriais. É preciso que se garanta, em prazo razoável, o exercício pacífico desse direito, com segurança fática e jurídica.

Esse rumoroso caso enfatiza a importância da Corte na construção e na adjudicação de direitos humanos de comunidades tradicionais. Evidencia que o direito interno, em virtude de suas peculiaridades é, muitas vezes, refém de rotinas e de procedimentos, que contemplam a formalidade, mas que se afastam da efetividade dos direitos. No plano prático, essa decisão tende a desarmar a tensão entre fato e valor, no sentido de apontar mecanismos de superação para o eterno problema da demarcação de terras tradicionalmente ocupadas.

149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁹⁸ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 150. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁹⁹ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 162. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

²⁰⁰ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 155. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

²⁰¹ Corte IDH. **Caso do povo indígena xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Par. 160-161. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz. **Índios, direitos originários e territorialidade**. Brasília: ANPR, 2018.

BRINGAS, Asier Martínez. La desconstrucción del concepto de propiedad: una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas. **Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, ano 4, n. 7, p. 123-148, jul./dez. 2006.

CORTE IDH. **Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador**: sentença 27 de junho de 2012, par. 145. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

CORTE IDH. **Caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil**: sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 1 jun. 2021.

CORTE IDH. **Caso favela Nova Brasília vs. Brasil**: sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

CORTE IDH. **Caso do povo indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2021.

CORTE IDH. **Caso comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**: sentença de 1 de fevereiro de 2000. Série C, n. 66, par. 149 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_66_esp.pdf. Acesso em: 13 maio 2021.

CORTE IDH. **Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay**: sentença de 6 de fevereiro de 2006, série C, n. 142. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf. Acesso em: 13 maio 2021.

CORTE IDH. **Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam**: sentença de 28 de novembro de 2007. Série C, n. 172. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acesso em: 13 maio 2021.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TINEY, Juan. Tierra y territorio desde la cosmovisión del Pueblo Maya. **América Latina en movimiento**. Quito: Agencia Latinoamericana de Información (ALAI), v. 34, n. 459, 2010. p. 9

TORO HUERTA, Mauricio Iván del. El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anu. Mex. Der. Inter**, Ciudad de México, v. 10, p. 49-95, enero 2010. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542010000100002&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 21 jun. 2021.

HITTERS, J. C.; Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, 2008, p. 136. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.

14 ACESSO À JUSTIÇA, INTERSECCIONALIDADE E A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS

LUCIANA PAULA CONFORTI²⁰²

Em meados de 2020, houve a divulgação da sentença relativa ao “Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil”. Trata-se da mais recente condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a radiografia das violações perpetradas pelo país.²⁰³

As atividades irregulares da fábrica foram desenvolvidas sem qualquer repressão pelas autoridades e, mesmo após a explosão do estabelecimento, nenhuma medida foi adotada pelo Poder Público em face dos responsáveis. Com a escassez de empregos na localidade, o trabalho precário, insalubre e perigoso foi visto como única fonte de sustento por várias famílias, o que levou à tragédia de grandes proporções, devido à mais completa omissão e ao absoluto descaso do Estado.

O caso é bastante emblemático e retrata mazelas permanentes da nossa sociedade, como violações da infância; exploração do trabalho infantil, pelo abismo que afasta crianças e jovens pobres e pretas de qualquer proteção do Estado; falhas de todo aparelho repressor, inclusive no acesso à justiça e na jurisprudência dos tribunais.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são de observância obrigatória no país,²⁰⁴ assim como as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, entre outros instrumentos de direitos humanos, impondo-se controle de convencionalidade, para a compatibilização do ordenamento jurídico interno com as normas de direito internacional e respectiva jurisprudência.

Sobre o tema, segundo Valerio Mazzuoli, Marcelle Faria e Kledson Oliveira:

A natureza vinculante da jurisprudência da Corte IDH indica o efeito estruturante que se pretende seja alcançado pelos seus julgados em face do funcionamento dos órgãos jurídicos internos de cada qual dos Estados-partes. Dessa maneira, pode-se afirmar que a Corte IDH julga “mais” que os casos específicos que lhe são apresentados, tendo em vista que, em cada sentença proferida, a corte acaba por avaliar o adequado funcionamento do sistema de Justiça do Estado condenado e sua (in)aptidão para a defesa e a proteção dos direitos humanos no país.²⁰⁵

²⁰² Juíza Titular do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região/PE. Doutora em direito, Estado e constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB-CNPq). Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho (APDT). Vice-Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) (biênio 2021-2023). Professora da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 6ª Região (Esmatra6).

²⁰³ Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2020/10/Sentencia_Fabrica_de_Fogos.pdf. Acesso em: 21 jun.2021.

²⁰⁴ O Brasil aderiu à Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no dia 10 de dezembro de 1998, um dia antes da explosão da fábrica de fogos em Santo Antônio de Jesus.

²⁰⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **O Brasil é**

Nesse sentido, para incorporar uma cultura de controle de convencionalidade, o primeiro passo é a ampla divulgação dessa jurisprudência. Afigura-se, também, como extremamente relevante a divulgação das decisões internacionais no âmbito trabalhista, devido aos retrocessos impostos na legislação do trabalho do Brasil, a partir da promulgação da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”.

Aliado ao que foi exposto, o ano de 2021 foi lançado como o Ano Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil, pela Organização das Nações Unidas (ONU), em colaboração com a Parceria Global. A iniciativa objetiva promover ações legislativas e práticas para erradicar o trabalho infantil em todo o mundo, com a adoção de ações específicas até dezembro de 2021. No dia 4 de agosto de 2020, a Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre as piores formas de trabalho infantil alcançou a histórica ratificação universal, o que significa dizer que todos os 187 países-membros que integram a OIT a subscreveram, feito jamais visto nos 100 anos de existência do referido organismo internacional.²⁰⁶

Oportuno refletir sobre o esforço mundial para a erradicação do trabalho infantil, não só pelo avanço cultural que representa ou poderá representar em alguns países, mas, sobretudo, diante das persistentes violações de direitos humanos no Brasil, inclusive com relação a crianças e adolescentes, sem a adoção de medidas investigativas, punitivas e reparatórias pelo Estado.

O art. 7º, XXXIII, da Constituição, proíbe o “trabalho noturno, perigoso ou insalubre” aos menores de 18 anos e idade e qualquer trabalho aos menores de 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos de idade. O trabalho com fogos de artifício é considerado uma das piores formas de trabalho infantil, vedado legalmente, por estar inserido entre as atividades que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executadas, podem prejudicar a saúde e segurança da criança e do adolescente.²⁰⁷

Outro ponto relevante a ser destacado é que, entre os países do G20, o Brasil é considerado o segundo em mortalidade por acidentes de trabalho, ficando atrás apenas do México,²⁰⁸ relegando-se a patamar inferior a proteção do meio ambiente de trabalho, em nome da “desburocratização de normas trabalhistas” e da necessidade de “desenvolvimento econômico do país”. Segundo dados divulgados no Observatório da Prevenção e da Erradicação do Trabalho Infantil, pelo Ministério Público do Trabalho em parceria com a OIT, o número de acidentes graves, envolvendo crianças com idades entre 5 e 13 anos, vítimas de trabalho infantil, aumentou 30% em 2020, em relação aos dados de 2019, sem contar o alto índice de subnotificações.²⁰⁹

O caso da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus, no estado da Bahia, devido à época da sentença, ainda não foi objeto de muitos debates, reclamando especial atenção em face da relevância dos temas tratados.

A Comissão Interamericana submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos no dia 19 de setembro de 2018, em razão das seguintes violações pelo Estado brasileiro:

novamente condenado pela Corte Interamericana. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-01/opiniao-brasil-novamente-condenado-corte-interamericana#:~:text=O%20Brasil%20%C3%A9%20novamente%20condenado%20pela%20Corte%20Interamericana&text=Todas%20as%20vezes%20que%20um,seja%2C%20ao%20menos%2C%20perfil%C3%Altica>. Acesso em: 20 nov.2020.

²⁰⁶ Sobre o tema, confira-se **Convenção da OIT faz história**: o compromisso global para erradicar o trabalho infantil. CONFORTI, Luciana Paula; PORTO, Noemia Garcia. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/convencao-da-oit-faz-historia-o-compromisso-global-para-erradicar-o-trabalho-infantil/>>. Acesso em: 14 nov.2020.

²⁰⁷ A atividade integra a Lista TIP – Piores Formas de Trabalho Infantil, anexa ao Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008, que regulamenta a Convenção n.182 da OIT (artigos 3º, alínea “d”, e 4º). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6481.htm. Acesso em: 14 nov. 2020.

²⁰⁸ Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/05/01/brasil-e-2o-pais-do-g20-em-mortalidade-por-acidentes-no-trabalho.ghtml>. Acesso em: 21 jun. 2021.

²⁰⁹ Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2021/06/numero-de-criancas-vitimas-de-acidente-de-trabalho-cresceu-30-em-2020.html>. Acesso em: 21 de jun.2 021.

- (i) dos direitos à vida e à integridade pessoal das vítimas, causando danos aos familiares, uma vez que o país não cumpriu suas obrigações de inspeção e fiscalização, conforme a legislação interna e o Direito Internacional;
- (ii) os direitos da criança;
- (iii) o direito ao trabalho, pois era do conhecimento do Estado que, na fábrica, vinham sendo cometidas graves irregularidades que implicavam alto risco e iminente perigo para a vida e a integridade pessoal dos trabalhadores;
- (iv) o princípio de igualdade e não discriminação, pois a fabricação de fogos de artifício era, no momento dos fatos, a principal e, inclusive, a única opção de trabalho dos habitantes do município, os quais, dada sua situação de pobreza, não tinham outra alternativa senão aceitar um trabalho de alto risco, com baixa remuneração e sem medidas de segurança adequadas; e
- (v) os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, pois nos processos civis, penais e trabalhistas conduzidos no caso, o Estado não garantiu o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação e punição dos responsáveis, nem a reparação das consequências das violações de direitos humanos ocorridas.

Para precisar o alcance da responsabilidade internacional do Brasil, a Corte analisou as violações alegadas da seguinte forma:

- 1) em primeiro lugar, referiu-se aos possíveis danos ao direito à vida e à integridade pessoal e aos direitos das crianças (artigos 4.1, 5.1 e 19 da Convenção) em relação ao artigo 1.1 da Convenção;
- 2) posteriormente, fez referência ao direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, aos direitos das crianças, ao direito à igualdade material e à proibição de discriminação (artigos 1.1, 19, 24 e 26 da Convenção);
- 3) em terceiro lugar, referiu-se aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25 da Convenção); e, por último,
- 4) abordou a análise do direito à integridade pessoal dos familiares das vítimas (artigo 5 da Convenção).

O caso trata do falecimento de dezenas de pessoas, de graves lesões corporais, em razão das queimaduras e de mutilações, na explosão da fábrica de fogos. Entre as vítimas, havia crianças e adolescentes, entre 11 e 17 anos de idade e quatro grávidas (duas delas menores de idade e as outras duas de 18 e 19 anos de idade). Em razão da explosão, morreram 60 pessoas e 6 sobreviveram. Entre os que faleceram, havia 40 mulheres, 19 meninas e 1 menino e entre os sobreviventes 3 mulheres, 2 meninos e 1 menina, perfazendo um total de 23 crianças e uma bebê, Vitória França da Silva, que estava no ventre da mãe, que posteriormente faleceu, e nasceu de forma prematura e com problemas de saúde.

O município de Santo Antônio de Jesus/BA está localizado no recôncavo baiano, a 187 km de Salvador, capital do estado, conhecida por uma significativa presença de pessoas afrodescendentes, já que, no século XVI, recebeu grande número de pessoas escravizadas para trabalhar na produção agrícola. Historicamente, trata-se de uma das áreas que integrou a antiga partilha de terras das Capitânicas Hereditárias e teve no extrativismo a sua primeira atividade produtiva, passando, posteriormente, ao plantio da cana-de-açúcar.²¹⁰

²¹⁰ Disponível em: <https://www.portalsaofrancisco.com.br/geografia/reconcavo-baiano>. Acesso em: 21 jun. 2021.

Como se sabe, a população afrodescendente no Brasil, inclusive depois da Abolição, enfrentou a negação de uma série de direitos por parte do Estado, pois o exercício da cidadania era extremamente restrito e os direitos à moradia, à propriedade e à entrada no mercado de trabalho foram praticamente interditados, o que restou reconhecido na sentença pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na região dos fatos, no período posterior à Abolição, muitos antigos escravos permaneceram em condições de servidão. Ademais, durante anos, viram-se imersos em relações trabalhistas marcadas pela informalidade e pelo uso predominante de mão de obra não qualificada, o que manteve boa parte da população em condições de pobreza.

O Brasil ocupa, depois da China, o segundo lugar na produção mundial de fogos de artifício e Santo Antônio de Jesus é a segunda cidade com maior produção no Brasil, sendo o polo de produção mais importante do nordeste do país. A primeira cidade do país na produção de fogos de artifício é Santo Antônio do Monte, em Minas Gerais, que, igualmente, registra alto índice “de acidentes de trabalho, geralmente fatais ou mutilantes”, além das doenças relacionadas com o trabalho. “O setor registra desrespeito às normatizações dos órgãos competentes e os trabalhadores se sentem desprotegidos”, já que “a ação dos órgãos de fiscalização não contribui” para a melhoria das condições de trabalho, tampouco “para assegurar condições de trabalho seguras”.²¹¹

Na fábrica de fogos em Santo Antônio de Jesus, o trabalho ocorria sem condições mínimas de segurança exigidas para uma atividade dessa natureza. Além da possibilidade de queimaduras, a atividade implica outros riscos para a saúde do trabalhador, como lesões por esforço repetitivo, irritação ocular e das vias respiratórias superiores e doenças pulmonares.

A fábrica desenvolvia atividades irregulares, apesar de possuir autorização do exército, já que o Estado não promoveu as inspeções e fiscalizações necessárias, o que motivou a fabricação e o armazenamento de explosivos sem observância às normas básicas de segurança, com violação “do direito a condições equitativas e satisfatórias, que garantam a segurança, a saúde e higiene no trabalho”. Na sentença, houve menção à necessária redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde e segurança, como previsto no art. 7º, XXII da Constituição brasileira e nas Convenções da OIT, n. 81 (Inspeção do Trabalho) e n. 155 (Segurança e Saúde no trabalho).²¹²

O caso traz, em seu bojo, a presença marcante de questões de gênero e raça, pois, como aponta a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o tipo de fabricação desses fogos (traque) se distingue pelo trabalho feminino, com a priorização de mulheres, inclusive crianças, jovens e idosas, sendo a maior parte afrodescendente, cerca de 60%, marcada por uma intensa precarização, exclusão do trabalho formal, dos direitos trabalhistas e da própria cidadania.

As trabalhadoras desse setor são, normalmente, mulheres que não concluíram o ensino fundamental, começaram a trabalhar na indústria entre 10 e 13 anos de idade e que aprenderam ofício com vizinhos e familiares, sem receber nenhum tipo de capacitação ou treinamento. São mulheres marginalizadas na sociedade, sem opções dignas de trabalho, principalmente nas regiões onde são localizadas as fábricas de fogos.

²¹¹ VIEIRA, Carlos Eduardo Carrusca; OLIVEIRA, Ana Cláudia de; SILVA, Ionára Alves da; COUTO, Rafaela Isabel. **Os bastidores da produção de fogos de artifício em Santo Antônio do Monte**: degradação das condições de trabalho e saúde dos pirotecnistas. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-37172012000100010>. Acesso em: 21 jun. 2021.

²¹² Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus, item 160. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2020/10/Sentencia_Fabrica_de_Fogos.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

Das provas que constam dos autos, infere-se que as mulheres introduziam os filhos na fabricação de traque, não só porque isso lhes permitia aumentar a produtividade, mas, também, porque não tinham com quem deixar as crianças.

Além disso, uma das principais fontes do trabalho do município era, e continua sendo, a fabricação de fogos de artifício de maneira sumamente arriscada para a vida e integridade pessoal das trabalhadoras e dos trabalhadores, ao ponto de a explosão, ocorrida no dia 11 de dezembro de 1998, não ter sido a primeira. Assim, não se pode falar em acidente, mas em tragédia anunciada, daí a condenação do Brasil, inclusive pela falta de prevenção, investigação e punição dos responsáveis.

Como se sabe, a garantia do acesso à justiça é fundamental para a consolidação de um regime democrático e de justiça social no continente americano e como fundamento do Estado de Direito e postulado básico da proteção do ser humano, pois, sem essa garantia, todos os demais direitos não passarão de meras disposições formais.

O Brasil foi responsabilizado pela violação de direitos e garantias fundamentais de meninas negras, crianças e adolescentes, vítimas da explosão do estabelecimento, com o reconhecimento da violação aos direitos às garantias judiciais em prazo razoável e à proteção judicial, assim como do dever de devida diligência, pois, nos processos civis, penais e trabalhistas conduzidos no caso, o Estado não garantiu a reparação das violações.

O Estado brasileiro também violou o direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, na medida em que falhou em seu dever de prevenir acidentes de trabalho, o que, nesse caso, tornou-se ainda mais relevante, devido à periculosidade e ao alto risco das atividades, o que terminou por afetar gravemente a vida e a integridade pessoal das trabalhadoras e dos trabalhadores.

A Corte também concluiu que o Estado descumpriu o artigo 19 da Convenção Americana (direito de proteção das crianças), tanto das que faleceram na explosão da fábrica de fogos, como daquelas que sobreviveram à explosão, ao não adotar as medidas de proteção adequadas e permitir que crianças, a partir de 11 anos de idade, estivessem trabalhando no momento da explosão.

Outra violação reconhecida na sentença foi à igualdade e ao dever de não discriminação. Na atual etapa de evolução do Direito Internacional, a igualdade e o dever de não discriminação são considerados princípios fundamentais, que integram o *jus cogens* e permeiam todo o ordenamento jurídico, nacional ou internacional.

No caso da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus, a Comissão afirmou que há um nexo entre o descumprimento das obrigações do Estado e a situação de pobreza que se vivia na localidade, de tal maneira que as condições de pobreza das trabalhadoras da fábrica de fogos de artifício teriam levado à violação de seu direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho sem discriminação. Isso indica que, neste caso, se trata de uma alegada discriminação estrutural em razão da pobreza.

Além da discriminação estrutural em função da condição de pobreza das vítimas, a Corte considerou que nelas confluíam diferentes desvantagens estruturais que impactaram sua vitimização. Essas desvantagens eram econômicas e sociais e se referiam a grupos determinados de pessoas, em razão da situação de pobreza, do recorte de gênero e raça – mulheres afrodescendentes, que enfrentam uma forma específica de discriminação por conta da confluência de todos esses fatores e, em alguns casos, pela gravidez, por serem meninas, ou por serem meninas e estarem grávidas.

Assim, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos trouxe a Teoria da Interseccionalidade de Kimberle Crenshaw²¹³ como subsídio para a condenação do Estado brasileiro, levando a efeito a consideração de que as trabalhadoras carregavam em si várias vias de discriminação, que se entrecruzam e potencializaram a vitimização, no lugar de apenas representar apenas múltiplos fatores de discriminação, sem qualquer entrelaçamento entre eles.

Nesse sentido, uma das maiores contribuições da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Trabalhadores da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus é a expressa menção à interseccionalidade, para a necessária adoção da perspectiva de gênero e racial nos julgamentos postos sob a apreciação do Poder Judiciário.

No referido caso, a Corte constatou que as “vítimas estavam imersas em padrões de discriminação estrutural e interseccional”, considerando que estavam diante de “situação de pobreza estrutural” e que eram, “em amplíssima maioria, mulheres e meninas afrodescendentes”, inclusive que “quatro delas estavam grávidas e não dispunham de nenhuma alternativa econômica senão aceitar um trabalho perigoso em condições de exploração”.²¹⁴

Ainda segundo a Corte, a “confluência desses fatores”, que revelam “grupo em especial situação de vulnerabilidade”, obriga ainda mais o Estado a respeitar e garantir os direitos. Apesar do exposto, de acordo com a sentença, o Brasil não adotou “medidas destinadas a garantir o exercício do direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias sem discriminação”, além disso, “a interseção de desvantagens comparativas fez que a experiência de vitimização neste caso fosse agravada”. No julgamento, houve a constatação, ainda, do déficit de alfabetização e baixo nível de escolaridade das vítimas, o que também contribuiu para afastá-las do mercado formal de trabalho, ainda que em outra localidade.²¹⁵

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já havia se pronunciado sobre a pobreza e proibição de discriminação por posição econômica, com identificação da pobreza como fator de vulnerabilidade. Tal posicionamento também foi externado no Caso Trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil, com a responsabilização do Estado brasileiro pela situação de discriminação estrutural histórica e escravização reiterada dos trabalhadores, em razão da posição econômica das vítimas e racial.²¹⁶

Assim, o Estado brasileiro deixa de fiscalizar e de mapear essas práticas ilegais, omitindo-se no fomento de ações afirmativas e na implementação de políticas públicas adequadas ao combate e erradicação do trabalho escravo e infantil; para a redução das desigualdades econômicas e sociais; para a não discriminação em matéria de emprego e remuneração entre brancos e pretos e, principalmente, para meninas e mulheres negras.²¹⁷

Relevante destacar a interseccionalidade reconhecida pela Corte, o que abre leque transformador para a interpretação da matéria nos países sujeitos à sua jurisdição, como o Brasil, devido à sua jurisprudência ser vinculante, como já foi exposto.

²¹³ CRENSHAW, Kimberle. **Demarginalizing the Intersection of Race and Sex**: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. University of Chicago Legal Forum, 1989.

²¹⁴ **Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus**: itens 197 e 198. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2020/10/Sentencia_Fabrica_de_Fogos.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

²¹⁵ **Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus**: itens 197 e 198. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2020/10/Sentencia_Fabrica_de_Fogos.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.

²¹⁶ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 21 jun. 2021.

²¹⁷ Integra a Agenda 2030 da ONU sobre o desenvolvimento sustentável, o Objetivo 5: “Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.” Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/#:~:text=A%20Agenda%202030%20%C3%A9%20um,dentro%20dos%20limites%20do%20planeta>. Acesso em: 20 nov. 2020.

Mais especificamente com relação à discriminação sofrida pelas mulheres, a sentença destacou preocupação, citando o relatório de 2012 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, da Organização das Nações Unidas, que apontou “que os estereótipos relacionados a gênero e raça” contribuem para a “segregação de mulheres afrodescendentes e indígenas nos empregos de menor qualidade”. Citou, ainda, que “a discriminação contra a população negra no Brasil foi uma constante histórica”, com base em dados do Comitê dos Direitos da Criança, de 2006. Nesse sentido, a Corte ressaltou que as “desvantagens econômicas e sociais”, quando analisadas em relação a determinados grupos, são ainda mais acentuadas.

Por todo o exposto, é essencial que o Poder Judiciário esteja atento, a fim de incorporar a equidade étnico-racial nas suas decisões, interpretar e aplicar a legislação com base nas normas internacionais de direitos humanos, principalmente a Convenção Americana de Direitos Humanos e as Convenções Internacionais do Trabalho, nos casos trabalhistas e com base na jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos, especialmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para o reconhecimento da dignidade humana e da igualdade material, como dever de não discriminação e julgamento com perspectiva de gênero e racial. Desconsiderar a importância da raça, do gênero e da pobreza nas análises jurisdicionais do trabalho no Brasil é limitar as possibilidades interpretativas, afastar o controle de convencionalidade e descumprir a Constituição.

Atento a todas essas questões, o Poder Judiciário poderá deixar de reproduzir estereótipos, relações assimétricas de poder ou de reafirmar estruturas desiguais e fundadas em alicerces intolerantes ou preconceituosos, a fim de evitar novas condenações do Estado brasileiro, pela negação do acesso à justiça e alcance à justa reparação das violações de direitos humanos.



15 A CRIAÇÃO DA UNIDADE DE FISCALIZAÇÃO E MONITORAMENTO DAS DELIBERAÇÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

LUÍS GERALDO SANT'ANA LANFREDI²¹⁸

ISABEL PENIDO DE CAMPOS MACHADO²¹⁹

15.1 INTRODUÇÃO

O Judiciário se (re)constituiu, no pós-1988, como um dos três pilares de poder da República, encarregado de responder de forma efetiva, quando provocado, aos casos de lesões ou ameaças de lesões aos direitos enunciados na Constituição e nos tratados de direitos humanos. Superado o período de exceção que tolhia a atuação do Judiciário²²⁰, a redemocratização priorizou o fortalecimento da independência judicial como forma de garantir a separação e o equilíbrio entre os poderes. Essa agenda traz, de um lado, a proteção aos juízes e juízas (individualmente considerados²²¹) e a proteção à instituição (dimensão coletiva voltada a assegurar os interesses dos jurisdicionados).²²² Busca também garantir eficiência e confiança na administração da justiça.

A partir de uma segunda etapa de reavaliação das experiências do Poder Judiciário obtidas em quase duas décadas pós-constituente, o Conselho Nacional de Justiça foi criado, em 2005, a partir da Emenda Constitucional n. 45. A reforma do judiciário propiciou a realização de ajustes importantes em relação ao controle, transparência e otimização da administração da justiça, conferindo ao órgão um *status* constitucional para a consecução de suas finalidades. Desde então, muitos projetos, resoluções e iniciativas pautam as transformações incrementais no sistema de justiça, além de conferirem respaldo à sobrevivência do Judiciário em períodos de crise (tal como a pandemia da Covid-19). Nesse sentido, o CNJ é

²¹⁸ Juiz Auxiliar da Presidência no Conselho Nacional de Justiça, onde atua como Coordenador Institucional da UMF Corte IDH do CNJ. É também Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). Doutorando em criminologia e sociologia jurídico penal pela Universidade de Barcelona. Mestre em processo penal pela Universidade de São Paulo e em criminologia e sociologia jurídico penal pela Universidade de Barcelona. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de São Paulo.

²¹⁹ Coordenadora Executiva da UMF Corte IDH do CNJ. Doutoranda em direito internacional dos direitos humanos pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Mestre em direitos humanos pela Nottingham University (Reino Unido). Bacharela em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Defensora Pública Federal de carreira, exerceu mandato de Defensora Pública Interamericana entre 2016-2019.

²²⁰ TORREÃO, Marcelo Pires. O poder judiciário e a dimensão da memória e da verdade na justiça de transição brasileira. In: MPF. **Justiça de Transição, direito à memória e à verdade**: boas práticas. Brasília: MPF, 2018. p. 457-460.

²²¹ Segundo a Corte IDH, no caso **Villaseñor Velarde y otros vs. Guatemala**: “[La] independencia judicial no es un ‘privilegio’ del juez o un fin en sí misma, sino que se justifica para posibilitar que los jueces o juezas cumplan adecuadamente su cometido, sin perjuicio de lo cual, conforme esta Corte ha ‘aclar[ado]’, ‘no solo debe analizarse en relación con el justiciable’, sino que, según las circunstancias del caso, puede vincularse con derechos convencionales propios del juez o jueza.” Corte IDH. **Caso Villaseñor Velarde y otros vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Serie C N. 374, §130. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_374_esp.pdf.

²²² Sobre o ponto, a Corte IDH enfatiza que a independência judicial, como garantia do jurisdicionado, “radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”.

um órgão público de matriz constitucional voltado ao enfrentamento dos desafios locais, com a missão de potencializar e fiscalizar a prestação jurisdicional.

Em um terceiro momento, nota-se o fenômeno da internacionalização do Judiciário. Essa tendência expansiva é também observada em vários outros órgãos públicos nacionais,²²³ seja pelas demandas contemporâneas, seja pela ampliação dos canais de comunicação, amplificados a partir da globalização e da comunicação em massa por redes sociais. Como não poderia deixar de ser, observa-se que, na última década, o CNJ passou a adotar iniciativas de internacionalização, seja pelo contato com instituições judiciais de outros países, seja por ações de capacitação ou, ainda, pela interação com organizações e tribunais internacionais (como a Corte Interamericana de Direitos Humanos). O primeiro passo foi dado com a tradução das sentenças do referido tribunal e a sua divulgação no sítio oficial.²²⁴ Posteriormente, a partir da assinatura de um memorando de entendimento, em dezembro de 2020, o CNJ e a Corte IDH firmaram compromissos conjuntos em suas agendas, diante do interesse comum na proteção dos direitos humanos e efetividade das decisões judiciais oriundas de tribunais brasileiros e dos tribunais internacionais aos quais o Brasil é parte.

A partir de projetos fomentados neste ambiente de cooperação técnica, em janeiro de 2021, foi adotada a Resolução n. 364 do CNJ,²²⁵ que instituiu a Unidade de Fiscalização e Monitoramento das Deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

15.2 A CRIAÇÃO DA UNIDADE DE FISCALIZAÇÃO E MONITORAMENTO DAS DELIBERAÇÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Com a sua criação, a UMF surge sobre o formato de um mecanismo nacional judicial de implementação,²²⁶ com o papel de articular e fomentar localmente as determinações internacionais. As deliberações envolvem as sentenças e as medidas provisórias da Corte IDH em relação ao Brasil, de caráter vinculante.²²⁷ Incluem, também, as opiniões consultivas. Apesar de formalmente não vinculantes, os pareceres consultivos indicam os parâmetros interpretativos que guiarão o tribunal na análise dos casos concretos e, portanto, são essenciais para a compreensão do sentido e alcance das obrigações convencionais.²²⁸ Há, ainda, os precedentes transformadores relacionados a outros Estados (com efeito indireto ao Brasil), uma vez que também refletem respostas institucionais às graves violações de direitos humanos observadas nas Américas.²²⁹

²²³ Veja-se, por exemplo, a atuação do Ministério Público Federal na cooperação jurídica internacional, bem como a Defensoria Pública por meio de funções como a de Defensor Público Interamericano.

²²⁴ C.f. CNJ. **Jurisprudência da Corte IDH**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/jurisprudencia-corte-idh/>.

²²⁵ CNJ. **Resolução 364, de 12 de janeiro de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3659>.

²²⁶ ONU. **National Mechanisms for reporting and follow-up: a practical guide to effective state engagement with international Human Rights Mechanisms**. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_PUB_16_1_NMRF_PracticalGuide.pdf. Acesso em 21 jun 2021.

²²⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²²⁸ De forma ilustrativa, observa-se que a nova resolução do CNJ sobre Pessoas Migrantes em conflito com a Lei cita, em seus considerandos, a histórica opinião consultiva n. 16/99, ao regulamentar um fluxo para a garantia da assistência consular a pessoas privadas de liberdade.

²²⁹ Ex. a implantação das audiências de custódia, no Brasil, se fundamentaram na interpretação dada pela Corte IDH no caso *Acosta Calderón vs. Equador* (2005). Apesar de não se referir diretamente ao Brasil, o referido precedente já enunciava que a inação brasileira em relação ao tema colocava em risco uma futura condenação por fatos análogos ao do caso acima mencionado.

Em seu mandato, a UMF mapeou oito sentenças da Corte IDH em relação ao Brasil, que ainda estão pendentes de cumprimento,²³⁰ bem como quatro medidas provisórias vigentes (relacionadas a espaços de privação de liberdade).²³¹ Ademais, destacou também 26 opiniões consultivas. Na sequência, a unidade tem estruturado um planejamento estratégico com o fim de identificar a atuação de órgãos governamentais brasileiros, propondo uma articulação voltada à obtenção dos resultados esperados. Além disso, a UMF tem por escopo promover (em conjunto com os demais envolvidos) o engajamento dos atores locais, coordenar esforços e propostas voltadas ao Poder Judiciário (sem prejuízo das gestões que o próprio Poder Executivo já articula no âmbito de suas atribuições), bem como estabelecer canais de consulta e participação da sociedade civil nos encaminhamentos e nas propostas formulados. Finalmente, o organismo deve gerir a sua capacidade de coletar informações como fonte autônoma, para apresentação de informes à Corte Interamericana. Dessa forma, o mandato do mecanismo tem buscado se estruturar a partir das condições essenciais elencadas para um efetivo mecanismo nacional de implementação, segundo os parâmetros indicados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos.²³² Somadas às capacidades e competências acima listadas, a UMF tem por missão a sistematização e divulgação dos parâmetros de direitos humanos desenvolvidos no âmbito do Sistema Interamericano para a promoção de uma cultura de controle de convencionalidade entre os juízes(as) e demais atores do sistema de justiça, o que inclui a proposta, a participação e o fomento às atividades de capacitação, com vistas ao aprimoramento sistêmico, em consonância com as obrigações internacionais assumidas.

Nos casos concretos, a atuação da unidade se dá por meio da participação nas audiências de supervisão das sentenças da Corte Interamericana, como fonte autônoma de informação.²³³ As últimas resoluções convocatórias de audiência tem reservado um espaço de manifestação autônoma ao órgão, com base no art. 69(2) do Regulamento da Corte IDH.²³⁴ É importante ressaltar que a atuação do CNJ não se confunde com a do Estado Brasileiro, que é apresentado internacionalmente pelo Ministério das Relações Exteriores, em uma articulação com a Advocacia-Geral da União e com o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. Enquanto o Estado apresenta à defesa e presta contas sobre as medidas concretas de implementação, a UMF/CNJ levanta informações e apresenta propostas complementares, construídas a partir da interação com as partes, com o fim de fomentar o cumprimento dos pontos pendentes, bem como o de ampliar o impacto dos julgados no sistema de justiça doméstico. Tal propósito se refere a um dos objetivos da teoria da reparação integral,²³⁵ abraçada pela Corte IDH em sua rica construção jurisprudencial, que é o de “reparar para prevenir”, em busca de garantias de não repetição.²³⁶ Na sequência, o presente artigo se estruturou a partir de um breve relato expositivo sobre os seis primeiros meses de vida da UMF.

²³⁰ Tratam-se dos casos Ximenes Lopes (2006), Garibaldi (2009), Gomes Lund e outros (2010), Trabalhadores da fazenda Brasil Verde (2016), Favela Nova Brasília (2017), Povo Indígena Xukuru e seus membros (2018), Herzog e outros (2018), bem como o recente “Empregados da Fábrica de Fogos Santo Antônio de Jesus” (2020).

²³¹ Tratam-se das Medidas Provisórias em relação à Unidade de Internação Socioeducativa/ES, Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho/RJ, Complexo Penitenciário de Curado/PE e Complexo Penitenciário de Pedrinhas/MA.

²³² ONU. **National Mechanisms for reporting and follow-up: a practical guide to effective state engagement with international Human Rights Mechanisms.** Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_PUB_16_1_NMRF_PracticalGuide.pdf. Acesso em 21 jun. 2021, p. 21.

²³³ Segundo o art. 69(2) do Regulamento da Corte IDH: “2. A Corte poderá requerer a outras fontes de informação dados relevantes sobre o caso que permitam apreciar o cumprimento. Para os mesmos efeitos poderá também requerer as perícias e relatórios que considere oportunos.”

²³⁴ *Id.*

²³⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 254-255. Na mesma linha, c.f.: LIMA, Raquel da Cruz. **O direito penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Belo Horizonte: CEI, 2018. p. 66.

²³⁶ A teoria da reparação integral é inspirada nos “Princípios Van Boven”, consolidado em um prestigiado documento publicado pela ONU. C.f. ONU. **Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário.** Adotados e proclamados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 60/147, de 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/diretrizes-recursoreparacao.pdf>.

15.3 CASO XIMENES LOPES: A PRIMEIRA SUPERVISÃO DE SENTENÇA

O primeiro desafio enfrentado pela UMF se deu a partir da notificação para audiência pública no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*.²³⁷ O caso refere-se à primeira condenação do Brasil, em sentença proferida em 2006. Em 1999, Damião Ximenes Lopes foi internado em uma casa de repouso no município de Sobral/CE, local em que sofreu severas ofensas à sua integridade física (espancamento, uso desproporcional de contenção mecânica, omissão de socorro médico) e veio a falecer após três dias. Após a tentativa de esgotamento dos recursos internos pelos familiares, a demanda foi admitida no sistema internacional, uma vez que o Sistema de Justiça Local não ofertou um remédio judicial em prazo razoável de duração.²³⁸ Ao proferir a sentença de mérito, a Corte Interamericana declarou a responsabilidade internacional do Estado (que, inclusive, já tinha sido parcialmente reconhecida) e fixou reparações aos familiares da vítima, tais como indenizações por danos morais, materiais, medidas satisfativas (como a imposição do dever de investigar, processar e punir os responsáveis); bem como medidas voltadas à garantir a não repetição do ocorrido (adoção e institucionalização de um programa de capacitação permanente para profissionais da área de saúde).²³⁹

Após a publicação da sentença, como regra de procedimento, a Corte IDH retém a jurisdição para acompanhar o cumprimento, por meio de um procedimento de supervisão.²⁴⁰ O rito adotado inclui a habitual solicitação de apresentação de relatórios periódicos pelas partes, sendo também facultada, ao tribunal, a realização de audiência pública de supervisão.²⁴¹ No caso em questão, ao longo dos anos, verifica-se que as reparações pecuniárias fixadas foram sendo paulatinamente cumpridas. A medida de satisfação ganhou um impulso a partir do Programa Justiça Plena²⁴² do CNJ. Muito antes da criação da UMF, o órgão já realizava atividades de monitoramento de processos relacionados aos casos submetidos a instâncias jurisdicionais (Corte Interamericana) e quase-jurisdicionais (CIDH, Comitês de Tratado da ONU) internacionais.

A partir do Programa Justiça Plena, os procedimentos criminais relacionados ao caso *Ximenes Lopes* passaram a ser monitorados e isso fez que retomassem o trâmite. No entanto, na última resolução publicada, a Corte IDH detectou que houve a extinção de punibilidade das pessoas que tinham sido denunciadas, em razão da prescrição. Por considerar que a reparação ditada na sentença não poderia mais ser alcançada (os crimes em questão não eram submetidos ao regime jurídico da imprescritibilidade), o tribunal declarou que a questão tinha sido descumprida de forma definitiva e determinou o levantamento da supervisão do ponto resolutivo da sentença que recaía sobre esse item específico.²⁴³

Por esse motivo, a audiência de supervisão de cumprimento do caso foi convocada exclusivamente para aferir o cumprimento do ponto resolutivo oitavo,²⁴⁴ que se referia ao dever de

²³⁷ Corte IDH. **Supervisão do cumprimento de sentença do caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Resolução de 25 de janeiro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximeneslopes_28_01_21.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021.

²³⁸ Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**: sentença de 4 de julho de 2006. Série C N. 149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021.

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ CAVALLARO, James; VARGAS, Claret; SANDOVAL, Clara; DUHAIME, Bernard. **Doctrine, practice and advocacy in the inter-american human rights system**. New York: Oxford University Press, 2019. p. 838.

²⁴¹ PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the inter-american court of human rights**. 2 ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

²⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil**: institucionalização e política. São Paulo: Direito GV, 2013.

²⁴³ Corte IDH. **Supervisão do cumprimento de sentença do caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Resolução de 25 de janeiro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximeneslopes_28_01_21.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021.

²⁴⁴ Segundo o ponto resolutivo n. 8 da sentença: "O Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para

institucionalizar um programa de capacitação em direitos humanos aos agentes de saúde, inserindo os parâmetros internacionais sobre saúde mental e pessoas com deficiência.²⁴⁵

Após as diligências adotadas pela UMF para a apuração preliminar sobre o estado de cumprimento da sentença, verificou-se que o Poder Executivo já tinha apresentado um plano de trabalho sobre o curso de capacitação, incluindo o conteúdo programático. Inclusive, o programa apresentado já fora aprovado pela Corte IDH. No entanto, diante da ausência de comprovação sobre a institucionalização da providência, a medida segue em *status* de descumprimento, o que só será revertido a partir da comprovação efetiva de implantação.

Em sua preparação para a participação na audiência, a UMF elaborou um sumário executivo²⁴⁶ com o objetivo de (i) mapear as medidas já adotadas pelo órgão em relação às capacitações dos atores do sistema de justiça em relação à temática de saúde mental, bem como a regulamentação adotada pelo órgão; e (ii) formular propostas de encaminhamento com o intuito de ampliar o impacto da sentença em relação ao sistema de justiça.

Já na audiência pública, o CNJ manifestou a adoção de encaminhamentos com o fim de fomentar a não repetição dos eventos que vitimaram Ximenes Lopes, a saber:

[...] a criação de Grupo de Trabalho para explorar os parâmetros internacionais sobre Saúde Mental, visando extrair dele, entre outras, a proposição de cursos de capacitação *on-line*, *podcasts* e um calendário anual de eventos de formação inicial e continuada para fomentar a especialização da atuação dos profissionais e gestores da saúde e de atores do sistema de justiça que lidam com esse contexto; a realização do “II Seminário Saúde Mental e lei” com a perspectiva de atualização dos desafios da implantação da Lei 10.216/01 após duas décadas de vigência”; a Regulamentação interinstitucional de sistema de inspeções em hospitais psiquiátricos e outros espaços em que haja internação involuntária; a regulamentação de inspeções em espaços de privação de liberdade de pacientes judiciários em conflito com a lei; o fortalecimento institucional para a atuação de órgãos independentes que já realizam inspeção, tais como o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, em particular o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT); a edição de resolução para a orientação destinada a juízes e juízas de todo o país sobre as formas de atuação especial para prevenir e reprimir as situações de tortura.²⁴⁷

Em seguimento aos encaminhamentos formulados, o Grupo de Trabalho sobre saúde mental foi instituído por meio de Portaria n. 145/2021,²⁴⁸ conforme anúncio público realizado pelo Ministro Luiz Fux em plenário do CNJ, com previsão de duração semestral.

todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos nesta Sentença, nos termos do parágrafo 250 da presente Sentença”. Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C N. 149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021.

²⁴⁵ Os principais parâmetros abordados no caso são: a autonomia da pessoa com deficiência e respeito à excepcionalidade da internação involuntária; dever de fiscalização/inspeções periódicas nos espaços em que houver internação, em instituições públicas ou privadas; excepcionalidade da utilização de contenção mecânica e sua adoção pelos meios menos restritivos e observância do melhor interesse do paciente (e não da “coletividade”). Como tais parâmetros foram ditados por uma sentença de 2006, diante do caráter evolutivo do direito internacional, verifica-se que a expansão da discussão a partir da Convenção da ONU sobre pessoas com Deficiência pode agregar os avanços posteriores, como a existência de prévio consentimento informado para intervenção em saúde.

²⁴⁶ C.f. CNJ. **Sumário Executivo do caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/publicacoes/>

²⁴⁷ LANFREDI, Luis Geraldo Sant’Ana. **Manifestação em audiência pública**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3jb6u-M2NJE>.

²⁴⁸ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado1257562021062160d08cd41e52b.pdf>.

15.4 A SEGUNDA EXPERIÊNCIA: AS MEDIDAS PROVISÓRIAS EM ESPAÇOS DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE

Após a participação na supervisão de cumprimento do caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, a UMF foi notificada a intervir na audiência pública conjunta em relação às quatro medidas provisórias adotadas em relação ao Brasil.²⁴⁹ As tutelas de urgência adotadas debruçam-se sobre situações de grave risco à vida, integridade física e à saúde de pessoas submetidas a espaços de privação de liberdade, seja em ambientes prisionais (caso de três delas) ou medidas socioeducativas impostas a adolescentes em conflito com a lei. As medidas provisórias em questão se referem à Unidade de Internação Socioeducativa/ES, ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho/RJ, ao Complexo Penitenciário de Curado/PE e ao Complexo Penitenciário de Pedrinhas/MA.²⁵⁰

Na convocatória, a Corte IDH solicitou que o órgão apresentasse um relatório, com informações a respeito de um questionário previamente encaminhado sobre dados a respeito do impacto da pandemia da Covid-19 em espaços de privação de liberdade, além de outras informações que fossem úteis para análise de supervisão de cumprimento das tutelas de urgência.²⁵¹ O CNJ apresentou as informações solicitadas e, posteriormente, submeteu o informe à diagramação e publicação em seu sítio, para que o diagnóstico e os encaminhamentos ficassem acessíveis ao público em geral.²⁵²

A preparação para essa audiência pública permitiu a compreensão sobre a potente interação entre a UMF e os outros setores do DMF do CNJ,²⁵³ que estão envolvidos em um auspicioso processo de implantação de uma política pública judiciária, voltada à superação do “estado de coisas inconstitucional”²⁵⁴ do sistema carcerário e de medidas socioeducativas. Trata-se do “Programa Fazendo Justiça”, resultante da parceria entre o CNJ e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), com o apoio do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, por meio do Departamento Penitenciário Nacional (Depen).

Assim, a realização de reuniões e estratégias conjuntas entre os profissionais envolvidos nas diferentes frentes permitiu compreender e traçar caminhos para a integração dos pontos resolutivos da Corte IDH (em suas resoluções sobre as unidades específicas listadas), com as propostas já incorporadas na política pública (que demandam ações de implementação), bem como da necessidade de inclusão de novas ações (para os problemas apontados pelos peticionários, que são ilustrativos dos bloqueios que atingem o sistema penal como um todo).

Após a coleta dos dados solicitados pela Corte, realização de reuniões com os peticionários, verificou-se que os principais pontos que impediam o adequado cumprimento das medidas provisórias seriam:

[...] a dificuldade de aplicação uniforme do “conceito de vaga” com base nos critérios da Res. 09/2011 do CNPCT, que afeta o dimensionamento da real capacidade dos estabelecimentos; os entraves para aplicação de medidas

²⁴⁹ Corte IDH. **Asunto de Unidad de Internación Socioeducativa, Complejo Penitenciario de Curado, Complejo Penitenciário de Pedrinhas e Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil**. Medidas Provisionales. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de abril de 2021.

²⁵⁰ Corte IDH. **Asunto de Unidad de Internación Socioeducativa, Complejo Penitenciario de Curado, Complejo Penitenciário de Pedrinhas e Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil**. Medidas Provisionales. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de abril de 2021.

²⁵¹ Corte IDH. **Asunto de Unidad de Internación Socioeducativa, Complejo Penitenciario de Curado, Complejo Penitenciário de Pedrinhas e Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil**. Medidas Provisionales. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de abril de 2021.

²⁵² CNJ. **Informe sobre as medidas provisórias em relação ao Brasil**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Medidas_Provisorias_adotadas_em_relacao_ao_Brasil_2021-06-16_V5.pdf.

²⁵³ A UMF foi inserida como unidade dentro do referido departamento, justamente por se tratar de um corpo técnico já com acúmulo e experiência em relação à tarefa de monitoramento e fiscalização.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na ADPF n. 347**. Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ em 09.09.2015.

concretas para redução da superlotação carcerária (como o computo em dobro do prazo vivenciado em privação de liberdade em condições degradantes); o agravamento dos problemas sanitários (salubridade e acesso à saúde) diante da pandemia da Covid 19 e o enfrentamento da tortura e da violência intramuros.²⁵⁵

Além dos pontos destacados acima, o minucioso informe apresentado aponta encaminhamentos desenhados especificamente para cada um dos contextos.

15.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação da Unidade de Fiscalização e Monitoramento reflete a tendência de diálogo do Poder Judiciário nacional com as cortes internacionais de direitos humanos, por meio de cooperação e convergência dos respectivos compromissos institucionais na promoção e na proteção a direitos humanos. A exposição das vivências e do material produzido nas duas primeiras audiências de supervisão delinea caminhos e possibilidades de atuação do recém-criado mecanismo. A experiência soma-se a outras relevantes iniciativas que dão visibilidade à proteção dos direitos humanos no CNJ, como é o caso do Observatório de Direitos Humanos.

Os primeiros passos ora narrados permitiram dar corpo ao plano de ação adotado nessa etapa inicial de estruturação. A unidade abraça a árdua tarefa de trazer as sentenças internacionais de volta para casa, criando uma cultura de cumprimento e de irradiação do seu impacto. Nessa jornada, a UMF surge para se enraizar como uma estrutura que vem para fortalecer a implementação das decisões da Corte IDH, viabilizando uma atmosfera de interlocução institucional favorável para que a República Federativa do Brasil possa cumprir com os compromissos internacionalmente assumidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Medida Cautelar na ADPF n. 347**. Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 09.09.2015.

CAVALLARO, James; VARGAS, Claret; SANDOVAL, Clara; DUHAIME, Bernard. **Doctrine, practice and advocacy in the Inter-American Human Rights System**. New York: Oxford University Press, 2019. p. 838.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Informe sobre as medidas provisórias em relação ao Brasil**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Medidas_Provisorias_adotadas_em_relacao_ao_Brasil_2021-06-16_V5.pdf.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Jurisprudência da Corte IDH**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/jurisprudencia-corte-idh/>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução 364, de 12 de janeiro de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3659>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sumário Executivo do caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/publicacoes/>.

²⁵⁵ LANFREDI, Luis Geraldo Sant'Ana. **Manifestação em audiência pública** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ob0F7C7BkVo>.

CORTE IDH. **Caso Villaseñor Velarde y otros vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2019. Série C, n. 374.

CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**: sentença de 4 de julho de 2006. Série C, n. 149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. Acesso em: 17 abr., 2021.

CORTE IDH. **Supervisão do cumprimento de sentença do caso Ximenes Lopes vs. Brasil**: resolução de 25 de janeiro de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximeneslopes_28_01_21.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021.

CORTE IDH. **Asunto de unidad de internación socioeducativa, Complejo Penitenciario de Curado, Complejo Penitenciario de Pedrinhas e Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil**. Medidas Provisionales. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de abril de 2021.

LANFREDI, Luis Geraldo Sant'Ana. **Manifestação em audiência pública**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ob0F7C7BkVo>.

LIMA, Raquel da Cruz. **O direito penal dos direitos humanos**: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Belo Horizonte: CEI, 2018. p. 66.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **National mechanisms for reporting and follow-up**: a practical guide to effective state engagement with international Human Rights Mechanisms. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_PUB_16_1_NMRF_PracticalGuide.pdf. Acesso em: 21 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário**. Adotados e proclamados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 60/147, de 16 de dezembro de 2005.

PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the inter-american court of human rights**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, p. 141-164, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TORREÃO, Marcelo Pires. O Poder Judiciário e a dimensão da memória e da verdade na justiça de transição brasileira. In: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Justiça de Transição, direito à memória e à verdade**: boas práticas. Brasília: MPF, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil**: institucionalização e política. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/diretrizes-recursoreparacao.pdf>.

16 AFERIÇÃO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI²⁵⁶

MARCELLE RODRIGUES DA COSTA E FARIA²⁵⁷

KLEDSON DIONYSIO DE OLIVEIRA²⁵⁸

16.1 INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade das leis é instituto cada vez mais em voga no Brasil e tem sido prioritariamente exercido pelo Poder Judiciário.²⁵⁹ O seu exercício decorre do exame de compatibilidade material das normas do direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. Tais tratados, portanto, são paradigmas de controle tanto da *produção* normativa doméstica (elaboração das leis) quanto da *aplicação* das normas já vigentes no Estado, razão pela qual guardam nível hierárquico superior às normas do direito interno.²⁶⁰

Esse exame de compatibilidade vertical material que o Poder Judiciário realiza na aplicação das normas internas tendo como paradigmas os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil decorre da jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, cujas origens remontam ao ano de 2006, no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Naquela ocasião, a Corte IDH assentou que cabe ao Poder Judiciário dos Estados o exercício do controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e os tratados de direitos humanos em vigor, para o que deve o Poder Judiciário levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.²⁶¹

²⁵⁶ Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Professor dos programas mestrado e doutorado da Universidade de Itaúna. Pós-doutor em ciências jurídico-políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em direito internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em direito pela Universidade Estadual Paulista, *campus* de Franca. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas. Advogado e membro-consultor da Comissão Especial de Direito Internacional do Conselho Federal da OAB.

²⁵⁷ Mestre em direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-graduada em direito ambiental pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Promotora de Justiça no estado de Mato Grosso. Presidente da “Confraria do Júri” (Associação Nacional dos Promotores de Justiça do Júri).

²⁵⁸ Mestre em direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-graduado em direito constitucional e direito processual civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Promotor de Justiça no estado de Mato Grosso. Integra o Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado.

²⁵⁹ Para o estudo pioneiro do tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018 [a primeira edição da obra é de agosto de 2009].

²⁶⁰ Na jurisprudência do STF, v. especialmente o RE 466.343-SP, Tribunal Pleno, rel. Cezar Peluso, j. 03.12.2008 (DJe 04.06.2009). Na doutrina, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 765 e ss.; e PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95 e ss.

²⁶¹ Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, n. 154, § 124, *verbis*: “Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle

Pouco tempo depois (em novembro de 2006), voltou a Corte IDH a se referir ao controle de convencionalidade, no Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru, reforçando o seu entendimento anterior e destacando algumas especificidades desse controle, entre as quais a de caber ao Poder Judiciário controlar *ex officio* a convencionalidade das leis, no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Naquela ocasião, a Corte IDH determinou expressamente que “os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também ‘de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes”.²⁶²

No entanto, a partir do julgamento do caso *Gelman vs. Uruguai*, de 24 de fevereiro de 2011, a Corte IDH passou a entender (em uma evolução jurisprudencial qualitativa e promissora) que todos os órgãos do Estado – e não somente o Poder Judiciário – devem ser responsáveis pelo exercício do controle de convencionalidade das leis. No julgamento do caso *Gelman*, a Corte IDH decidiu que todos os órgãos do Estado, “incluídos” os juízes, devem se submeter à autoridade dos tratados de direitos humanos, cabendo aos juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis exercer *ex officio* o controle de convencionalidade das normas internas relativamente a essas convenções, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes. Nas palavras da Corte IDH:

[q]uando um Estado é parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, estão a ele submetidos, o qual os obriga a velar a que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, pelo que os juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis têm a obrigação de exercer *ex officio* um ‘controle de convencionalidade’ entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, e nesta tarefa devem levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.²⁶³

Como se nota, a partir do julgamento do Caso *Gelman vs. Uruguai*, a Corte IDH ampliou sobremaneira a obrigação de controle de convencionalidade a todos os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes.²⁶⁴ Entre esses órgãos, seguramente estão – além de todo o Poder Judiciário – a Polícia Judiciária Civil,²⁶⁵ a Defensoria Pública²⁶⁶ e o Ministério Público.²⁶⁷ Tal faz com que o controle de convencionalidade passe a ser instituto jurídico do Estado

de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”.

²⁶² Corte IDH, **Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2006, Série C, n. 158, § 128.

²⁶³ Corte IDH, **Caso Gelman vs. Uruguai**, Mérito e Reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, n. 221, § 193.

²⁶⁴ A mesma concepção foi reafirmada em outros casos, como, *v.g.*, no **Caso Andrade Salmón vs. Bolívia**, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 1.º de dezembro de 2016, Série C, n. 330, § 93.

²⁶⁵ No que tange à Polícia Judiciária Civil, contudo, tem-se que esta apenas afere a convencionalidade das leis, sem propriamente controlar essa mesma convencionalidade (*v. infra* a diferenciação entre aferição e controle de convencionalidade), dado que o Delegado de Polícia não detém, no âmbito de suas respectivas competências, o poder de subtrair da ordem jurídica a norma inconvencional. Seja como for, o seu papel é de suma importância na aferição (prévia) de convencionalidade das leis no Brasil, pois assim atuando melhora o sistema de justiça como um todo no País. Sobre o tema, *v. MAZZUOLI*, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 418 (item 4.4 – Aferição de convencionalidade pelo Delegado de Polícia).

²⁶⁶ Sobre o tema, *v. MAZZUOLI*, Valerio de Oliveira; ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública: instituição essencial ao controle de convencionalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, vol. 22, n. 43, jan.-jun. 2020, p. 17-27.

²⁶⁷ Para detalhes, *v. MAZZUOLI*, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021 [em que todo este estudo está baseado].

como um todo, e não apenas do Poder Judiciário, espalhando-se para outras instituições que participam da administração da Justiça *lato sensu*. Além de salutar às instituições democráticas do Estado, a decisão do Caso Gelman vs. Uruguai teve também o mérito de servir de “cláusula de barreira” para que assuntos que possam ser resolvidos no âmbito interno, à luz do exame de convencionalidade, só sejam levados ao plano internacional (Comissão Interamericana e Corte IDH) após a manifestação de todos os órgãos internos vinculados à administração da Justiça, o que, a um só tempo, traz economia ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos e demanda dos órgãos estatais uma efetiva atuação interna (exame de convencionalidade) à luz das normas internacionais de direitos humanos ratificadas e em vigor no Estado.

No que tange ao Ministério Público, sabe-se ser este – nos termos do art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – “instituição permanente” e “essencial à função jurisdicional do Estado”, ao qual incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Como instituição que zela pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, não há dúvidas incumbir-lhe a esmerada aplicação das normas internacionais de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil é parte, quer no plano processual quanto no plano extraprocessual. De fato, se o Ministério Público é órgão legitimado a exercer o controle de constitucionalidade das leis, não há razão para que deixe de realizar o exame de compatibilidade vertical material entre as normas do direito brasileiro com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor, pugnano pela adaptação ou invalidação de eventuais leis contrárias aos dispositivos pactuados.²⁶⁸

Portanto, é premente que se estude o papel do Ministério Público no exame de convencionalidade das leis brasileiras, notadamente porque, à luz da Constituição Federal de 1988, a instituição é “essencial à função jurisdicional do Estado”, sem a qual a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis não logram efetiva proteção no Brasil. Nesse contexto, a efetiva primazia dos direitos humanos – segundo o estabelecido pelas regras de direito internacional – depende diretamente da consolidação de um Ministério Público pós-moderno, que não se limite à tradicional fiscalização das leis, segundo a já ultrapassada nomenclatura de *custos legis*. Doravante, o Ministério Público é instituição que também opera no exame das normas internacionais de que o Estado é parte, normas tais que complementam a coleção de leis nacionais e, conseqüentemente, ampliam o mosaico normativo de proteção dos direitos humanos em vigor no Brasil. Há nítida transição, como se nota, do Ministério Público *custos legis* – fiscal das normas internas (Constituição e as leis) – para o Ministério Público *custos juris*, agora responsável pela fiscalização de cumprimento e/ou aplicação de todas as normas em vigor na ordem jurídica brasileira, com especial enfoque para as decorrentes de tratados de que a República Federativa do Brasil é parte (CF, art. 5º, § 2º).²⁶⁹ Em outras palavras, o Ministério Público do terceiro milênio deve ser capaz de enxergar para além dos limites estatais e de suas normas internas, compreendendo que, por sobre a instituição, recai a enorme responsabilidade de garantir o cumprimento das normas internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, em diálogo construtivo com as normas de direito interno, em verdadeira atividade de *custos juris*.²⁷⁰

Não há dúvidas de que, na prática, para haver a efetiva proteção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira, todos os membros do Ministério Público devem conhecer o teor dos instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e aqui em vigor,

²⁶⁸ Nesse sentido, cf. CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. **Ministério Público resolutivo e proteção dos direitos humanos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 75.

²⁶⁹ *Verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²⁷⁰ A designação evolutiva do Ministério Público como *custos juris* à luz das funções institucionais previstas no art. 127 da Constituição Federal é reconhecida pela jurisprudência da Suprema Corte, como se pode notar em: STF, **RE 1.134.423/AM**, rel. Alexandre de Moraes, j. 06.06.2018, DJe 12.06.2018; STF, **RE 846.790/DF**, rel. Marco Aurélio, j. 23.12.2014, DJe 03.02.2015; e STF, **HC 84.367/RJ**, rel. Carlos Britto, j. 09.11.2004, DJU 18.02.2005, p. 33.

bem assim seu impacto – é dizer, se as normas que os compõem são mais ou menos benéficas – no direito brasileiro, à luz do princípio internacional *pro homine*.²⁷¹

O Ministério Público certamente não é o único órgão integrante do sistema de justiça a que compete a aferição e o controle de convencionalidade das leis, obrigação que deve recair sobre todos os órgãos do referido sistema, de acordo com as suas correspondentes atribuições previstas na Constituição e nas leis. No entanto, a sua posição constitucional de guardião da ordem jurídica o torna porta-voz importante dos trabalhos de aferição e controle de convencionalidade das normas do direito interno, visando à prevalência e à efetividade dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

No âmbito processual o Ministério Público apenas afere a convencionalidade das leis (I), ao passo que, no plano extraprocessual, há hipóteses de verdadeiro controle de convencionalidade pelo Ministério Público (II). Trata-se de dois eixos temáticos que incidem diretamente – como se verá no decorrer deste estudo – nas atribuições do Ministério Público e que não foram explorados, até o momento, no direito pátrio, razão pela qual merece aqui o devido desenvolvimento.

16.2 AFERIÇÃO DE CONVENCIONALIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Inicialmente, deve-se diferenciar o que se entende por aferição e por controle de convencionalidade das leis, certo de que são institutos distintos, não obstante materialmente bastante similares.²⁷² Há, portanto, casos em que o Ministério Público apenas aferirá a convencionalidade das leis (inclusive com desdobramentos, como se verá) e casos em que propriamente controlará essa mesma convencionalidade. Neste item I estudaremos os casos de aferição de convencionalidade pelo Ministério Público.

Denomina-se aferição de convencionalidade a análise sobre a compatibilidade das normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos, sem invalidação da norma sobre a qual recai a aferição, é dizer, sem que se retire da norma, por ato institucional, a sua validade intrínseca. Exemplo de aferição de convencionalidade ocorre quando a Corte IDH diz ser inconveniente uma lei interna por meio de uma Opinião Consultiva, isto é, por expediente sem força de *res judicata*. Em casos tais, há apenas aferição da convencionalidade da norma, sem propriamente invalidar tal norma por inconveniente.

Já o controle de convencionalidade é o exercício pelo qual a norma interna inconveniente é declarada propriamente inválida pelo órgão controlador, com poder para tanto. Nesses casos, para além da verificação (aferição) da convencionalidade da norma, há verdadeiro controle (invalidação) de sua convencionalidade, pois há retirada da produção de efeitos jurídicos da lei declarada inconveniente. Assim, dentro do exame de convencionalidade *lato sensu*, é possível haver aferição – no caso do Ministério Público, por provocação ou *sponte sua* – de inconveniente da norma, para além de verdadeiro *controle* (retirada de efeitos) em razão dessa mesma inconveniente.

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário é o órgão do Estado que mais controla a convencionalidade das leis, considerando que é sua função precípua julgar e decidir controvérsias concretas postas *sub judice*. Há casos, no entanto, em que o Ministério Público também será capaz de controlar a convencionalidade das leis, pois dará a última palavra sobre a

²⁷¹ Sobre o princípio *pro homine*, cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; RIBEIRO, Dilton. The *pro homine* principle as an enshrined feature of international human rights law. **The Indonesian Journal of International & Comparative Law**, vol. III, issue 1, January 2016, p. 77-99; e DE CLÉMENT, Zlata Drnas. La complejidad del principio *pro homine*. **Jurisprudencia Argentina**, fascículo n. 12, Buenos Aires, mar./2015, p. 98-111.

²⁷² A distinção entre aferição e controle de convencionalidade foi desenvolvida pioneiramente por: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, *cit.*, p. 51 e ss.

validade da norma interna à luz da norma internacional paradigma, na determinação da sua atuação institucional. Este tema, estudaremos no item II, *infra*. Agora, merecem ser estudados os casos em que o Ministério Público afere a convencionalidade das leis, quer quando atua por provocação (§ 1º) ou quando atua no controle abstrato de normas, tanto *sponte sua* como a título de *custos juris* (§ 2º).

16.2.1 § 1º – Aferição de convencionalidade por provocação

A Constituição Federal brasileira (art. 127) estabeleceu, expressamente, as funções típicas do Ministério Público, órgão essencial à função jurisdicional do Estado, entre as quais está a “defesa da ordem jurídica” em todas as suas intervenções, nas atividades processuais e extraprocessuais, atuando como parte ou como *custos juris*. Além da defesa da ordem jurídica, o Ministério Público também defende o regime democrático e os interesses sociais, possuindo, portanto, o importante papel, na consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, de construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), pautada na tutela dos direitos fundamentais (constitucionais) e humanos (internacionais).

Como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público deve sempre, na defesa da ordem jurídica, aferir a convencionalidade dos atos normativos postos em questão nas demandas processuais em que atuar como interveniente. Isso porque, como órgão interveniente, possui ônus e faculdades no processo e atua na defesa de um interesse, seja de pessoas determinadas (incapazes, fundações etc.), de um grupo determinável de pessoas (interesses coletivos e individuais homogêneos) ou de um grupo indeterminável de pessoas (interesses difusos).

Deve-se ter em conta, no entanto, que, mesmo nas hipóteses em que atua como interveniente em razão da natureza do interesse contido na demanda, na condição de *custos juris*, o Ministério Público permanece submetido ao dever de fiscalização da ordem jurídica, e, por conseguinte, a sua atuação institucional não equivale à defesa do interesse subjetivado. Conclui-se, assim, que a atuação do agente ministerial na condição de interveniente deve ser pautada pela independência e pela imparcialidade, na busca da melhor interpretação e aplicação do direito interno à luz das normas convencionais de que o Estado é parte.

Entre todas as hipóteses em que atua o Ministério Público, certo é que, em várias delas, age por provocação, é dizer, como órgão interveniente ou *custos juris*. Em casos tais, pode-se nominar “aferição de convencionalidade por provocação” os casos em que o órgão ministerial se manifesta em determinado processo. Aqui se vai verificar quando o Ministério Público atua como órgão interveniente na ação civil pública e na ação popular (A) e quando atua como *custos juris* nos termos do Código de Processo Civil (B).

16.2.1.1 Aferição por provocação na ação civil pública e na ação popular

A ação civil pública é instrumento para a defesa em juízo de interesses transindividuais, visando à responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, tendo como legitimados não somente o Ministério Público, mas também a União, os estados, os municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações, desde que presentes os requisitos previstos na Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Quando o Ministério Público não for o proponente da ação, atuará como órgão interveniente na qualidade de *custos juris*, devido ao interesse público primário que move a demanda judicial, atuando sempre na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais (Lei n. 7.347/1985, art. 5º, § 1º).

Como interveniente, o órgão ministerial terá vista dos autos após as partes, devendo ser intimado de todos os atos processuais, podendo requerer produção de provas ou medidas

processuais, oportunidade em que, antes de adentrar ao mérito, deverá verificar a compatibilidade das normas internas com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. Da mesma forma, quando da análise do mérito processual, perquirirá o Ministério Público a aplicação e interpretação dos tratados e das convenções de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. No momento em que se manifesta nos autos, o Ministério Público, como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, deve se posicionar pelo afastamento da norma contrária aos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, se for mais benéfica a tutela prevista na norma convencional, em homenagem ao princípio internacional *pro homine* ou *pro persona*. Assim, em caso de conflito entre a norma interna e a prevista por tratado de direitos humanos em vigor no país, deve o Ministério Público optar pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida (princípio *pro homine*), pois o que se visa é a *otimização* e a *maximização* dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos.²⁷³

As convenções e os tratados de direitos humanos são conquistas sociais que refletem os valores buscados pela sociedade internacional, correspondendo a um padrão mínimo (plataforma básica) de proteção, razão pela qual o Ministério Público tem de acompanhar os avanços humanistas que devem guiar a sua atuação, na defesa dos interesses que tutela, mormente da ordem jurídica. Na defesa desses interesses, deve o Ministério Público aferir sempre a convencionalidade das leis quando atua como interveniente ou *custos juris*, para o fim de propor a adaptação das normas internas menos benéficas aos comandos (mais benéficos, se for o caso) dos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil.

Portanto, defender a ordem jurídica enseja a defesa da Constituição Federal e de todos os tratados de direitos humanos de que o Estado é parte. Assim, quando o Ministério Público for chamado ao processo como guardião da ordem jurídica, deverá perquirir a correta aplicação das convenções internacionais como também a sua interpretação, princípios e diretrizes, valendo-se, para tanto, dos precedentes jurisprudenciais da Corte IDH, que possuem força vinculante (*res judicata*) nos casos em que os Estados são partes, e força interpretativa (*res interpretata*) para terceiros Estados,²⁷⁴ desde que também sejam partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.²⁷⁵ Mas não só: também deve o Ministério Público aferir a convencionalidade das leis internas levando em conta as Opiniões Consultivas da Corte IDH, no caso de inexistir jurisprudência da Corte sobre determinado tema. Tais Opiniões Consultivas manifestam o entendimento da Corte IDH em assuntos dos mais importantes, levados à apreciação do tribunal em sede de aferição de convencionalidade internacional.²⁷⁶

O mesmo raciocínio deve ser utilizado quando o Ministério Público atua como *custos juris* em sede de ação popular. Esta vem prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

A intervenção do Ministério Público na ação popular dá-se em decorrência do próprio objeto da lide, de natureza indisponível e com relevância social. Em casos tais, incumbirá ao órgão

²⁷³ Sobre essa otimização e maximização dos sistemas, cf. BIDART CAMPOS, Germán J. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1995. p. 282.

²⁷⁴ Sobre as qualidades de *res judicata* e *res interpretata* das sentenças da Corte IDH, v. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) – Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*, **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 19.º año, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013, p. 607-638.

²⁷⁵ A jurisprudência (casos contenciosos) da Corte IDH pode ser consultada *on-line* em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.

²⁷⁶ As Opiniões Consultivas da Corte IDH podem ser consultadas *on-line* em: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm.

ministerial aferir a convencionalidade das normas em jogo e manifestar pela sua aplicação ou inaplicação, caso sejam consentâneas ou não consentâneas com os comandos previstos em instrumentos internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte.

Nesses dois contextos – da ação civil pública e da ação popular – e, ainda, quando o conteúdo da demanda impuser a intervenção do órgão ministerial a título de *custos juris*, deverá o Ministério Público proceder ao exame de compatibilidade vertical material das normas internas com os comandos dos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado. Assim fazendo, o *Parquet* está seguindo a jurisprudência da Corte IDH estabelecida a partir do *Caso Gelman vs. Uruguai* e, conseqüentemente, zelando pela unidade da ordem jurídica brasileira, que é composta por normas internas e internacionais, que perfazem um só conjunto da “coleção de normas” em vigor no Brasil.

Ademais, consoante o comando expresso no art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, os Estados-partes se comprometem a adotar as “medidas necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades” reconhecidos pela Convenção. E, como órgão essencial do Estado, o Ministério Público vincula-se ao que a República Federativa do Brasil assumiu no plano internacional, perante o direito internacional dos direitos humanos, em especial perante o sistema interamericano de direitos humanos (em nosso entorno geográfico). Em razão dessa lógica, deve o Ministério Público tomar as medidas que lhe competem para assegurar o gozo e a fruição dos direitos e das garantias constitucional e internacionalmente consagrados.

Da mesma forma, deve o Ministério Público aferir a convencionalidade quando participa do processo de mandado de segurança (art. 12 da Lei n. 12.016, de 2009), do processo de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da Lei Complementar n. 73/1993), no processo de alimentos (art. 9º da Lei n. 5.478/1968) e nos casos dos arts. 57, 67, § 1º, 76, § 3º, 109 e 200 da Lei n. 6.015/1973.

16.2.1.2 Aferição por provocação na condição de *custos juris* nos termos do Código de Processo Civil

O art. 178 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) previu a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica nos processos que envolvam (i) interesse público ou social, (ii) interesse de incapaz e (iii) litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, para o fim de velar pela justiça do processo e de sua decisão.²⁷⁷

Considerando que o que justifica a intervenção do órgão ministerial é o interesse público primário, ou seja, o bem comum, sempre na defesa da ordem jurídica, o órgão interveniente, como órgão estatal, deve aferir a compatibilidade da norma doméstica que fundamenta o pedido com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País.

O Ministério Público, quando chamado a intervir, antes de apreciar o mérito, tem por obrigação compatibilizar a norma doméstica com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor, ainda que sua manifestação vá de encontro à pretensão da parte ou ao interesse que motiva a sua intervenção no feito, amparado pelo princípio da independência funcional, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Para o STJ, “não está obrigado o representante do Ministério Público a manifestar-se, sempre, em favor do litigante incapaz”, pois “[e]stando convencido de que a postulação do menor não apresenta nenhum fomento de juridicidade, é-lhe possível opinar pela sua improcedência”.²⁷⁸

²⁷⁷ Esclareça-se que, tendo a Constituição conferido ao Ministério Público independência funcional, cabe exclusivamente à instituição decidir se o interesse público e social justifica a sua intervenção. Nesse sentido, v. STF, RE 98.941-2/SP, rel. Djaci Falcão, DJU 04.10.1984, p. 16.288.

²⁷⁸ STJ, REsp 135.744/SP, 4ª Turma, rel. Barros Monteiro, j. 24.06.2003, DJU 22.09.2003, p. 327.

Quando da análise do mérito processual, o Ministério Público deve estabelecer o diálogo entre a norma internacional e a doméstica para se levarem a efeito os parâmetros protetivos de direitos humanos na aplicação do direito, sempre buscando a interpretação com maior espectro de proteção (interpretação *pro homine*).

Nesse diálogo que dever ser travado pelo *Parquet*, na sua atuação *custos juris*, há que se levar em conta os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, instância última de interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, buscando a integridade do sistema nacional de proteção, aperfeiçoando a sua eficácia, de forma a gerar estabilidade e segurança jurídica. Assim, se verificar que a normativa convencional é mais benéfica que a prevista pela legislação interna de regência, deverá manifestar-se pela aplicação imediata do tratado, à luz do princípio internacional *pro homine* ou *pro persona*.

Por outro lado, o STJ já decidiu que haverá intervenção obrigatória do Ministério Público quando evidenciado o interesse de comunidades indígenas no feito, com fundamento no art. 232 da Constituição da República, segundo o qual “[o]s índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.²⁷⁹ Assim, da mesma forma, ao participar de processos de interesse dos índios, suas comunidades e organizações, deve o *Parquet* aferir a convencionalidade das leis antes de apreciar o mérito da lide, verificando se não houve violação de direitos e garantias de povos indígenas previstos em instrumentos internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil.

Nessa oportunidade, cabe lembrar que a Corte IDH, ao julgar o Caso Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus Membros vs. Honduras (2015), decidiu que o Estado deve interpretar e aplicar a sua legislação nos termos da jurisprudência interamericana e dos padrões internacionais aplicáveis à matéria respectiva.²⁸⁰ Nesse caso, a Corte IDH advertiu o Estado sobre “a relevância da devida interpretação da legislação e aplicação do controle de convencionalidade, à luz da jurisprudência da Corte e dos padrões internacionais aplicáveis [à matéria em causa], a fim de garantir os direitos da propriedade coletiva indígena e tribal”.²⁸¹ Tal significa que o Ministério Público, ao aferir a convencionalidade das normas domésticas, deve considerar não somente os tratados e convenções internacionais (globais e regionais) ratificados e em vigor no Estado, senão também a própria jurisprudência da Corte IDH sobre a questão de fundo versada na demanda, pois as sentenças da Corte IDH valem a título de coisa julgada (*res judicata*) para o Estado-réu na ação internacional e como “coisa interpretada” (*res interpretata*) para terceiros Estados.²⁸²

Assim, quando o Ministério Público atua como *custos juris*, por força do art. 232 do Constituição Federal e do art. 178, III, do Código de Processo Civil, deverá aferir a convencionalidade das leis brasileiras à luz das normas internacionais de proteção dos povos indígenas e da jurisprudência da Corte IDH relativa à matéria, como, *v.g.*, os casos Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, de 2001, Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, de 2005, Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, de 2010, e Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname, de 2015 (apenas para citar alguns, entre tantos outros).

A Corte Interamericana, nos precedentes citados, tem declarado expressamente, *v.g.*, o direito dos povos indígenas ao território coletivo que tradicionalmente usam e ocupam para a manutenção de sua cultura, tradições e subsistência, imputando ao Estado a “obrigação de adotar medidas especiais para reconhecer, respeitar, proteger e garantir, a seus

²⁷⁹ STJ, **REsp. 660.225/PA**, 1ª Turma, rel. Luiz Fux, rel. para o acórdão Teori Zavascki, j. 13.03.2007, DJ 12.04.2007, p. 213.

²⁸⁰ CIDH, **Caso Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus Membros vs. Honduras**, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 08.10.2015, Série C, n. 304, § 211.

²⁸¹ *Idem*, *ibidem*.

²⁸² V. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional...**, *op. cit.*, p. 607-638.

integrantes, o direito de propriedade comunal relativo a esse território”.²⁸³ Esse posicionamento deve ser norte obrigatório para a aferição de convencionalidade pelo Ministério Público quando a questão *sub judice* versar o tema em apreço no Brasil, ainda que a decisão do tribunal interamericano não tenha sido contra o nosso País, dado que – repita-se – as suas sentenças valem para terceiros Estados a título de *res interpretata*, vinculando a interpretação jurídica do comando convencional a todos os órgãos do Estado integrantes da administração da Justiça.

16.2.2 § 2º – Aferição de convencionalidade no controle abstrato de normas, *sponte sua* ou como *custos juris*

Conforme já elucidado, não basta que a legislação infraconstitucional seja compatível com a Constituição Federal, mas também consoante à ordem jurídica como um todo, inclusive com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico interno, uma vez que, conforme interpretação do STF, tais instrumentos guardam hierarquia superior às leis no Brasil.²⁸⁴

Ademais, as normas jurídicas nacionais devem ainda conformar-se à jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos, em especial a Corte IDH, que é o tribunal de direitos humanos que vincula os Estados-partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como, v.g., o Brasil. Assim, as normas domésticas, para serem vigentes e válidas em nosso país, devem estar de acordo tanto com a Constituição Federal quanto com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado e, ainda, estar em conformidade com a jurisprudência (acaso existente, sobre determinado tema) da Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁸⁵

Dessa forma, todos os órgãos do Estado devem interpretar e aplicar a lei doméstica consoante os tratados internacionais de direitos humanos aqui em vigor, compatibilizando-as ou conformando-as segundo o mandamento (quando *mais benéfico*) desses tratados, devendo o Ministério Público, a seu turno, assim proceder a título de tutor da ordem jurídica, por expressa determinação constitucional (CF, art. 127). Isso porque os tratados internacionais de direitos humanos, após internalizados, possuem imediata eficácia e têm o efeito de paralisar as normas internas menos benéficas, até que elas sejam conformadas, interpretadas e aplicadas nos termos das convenções internalizadas e aqui em vigor.

A possibilidade de controle de convencionalidade difuso encontra-se no nosso ordenamento jurídico desde 5 de outubro de 1988, quando veio à luz a atual Constituição Federal brasileira, nos termos do seu art. 5º, § 2º, que assegura que os direitos e as garantias previstos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes de tratados de direitos internacionais de que o Brasil seja parte, prevendo uma dupla fonte normativa do sistema brasileiro de direitos e garantias: as normas de direitos fundamentais (constitucionais) e as de direitos humanos (internacionais).

Portanto, os direitos conferidos por tratados internacionais internalizados possuem índole e nível de normas constitucionais e, conseqüentemente, aplicabilidade imediata, o que leva à necessidade de se aferir a compatibilidade vertical da legislação doméstica com os direitos e as garantias previstos pelas convenções. Todos os órgãos do Estado – incluído o Ministério Público, em todos os âmbitos – têm o dever, no momento do desempenho de suas funções,

²⁸³ Corte IDH, **Caso Kaliña e Lokono vs. Suriname**: mérito, reparação e custas, sentença de 25 de novembro de 2015, Série C, n. 309, § 125.

²⁸⁴ STF, **RE 466.343-SP**, Tribunal Pleno, rel. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, DJe 04.06.2009.

²⁸⁵ A propósito, v. Corte IDH, **Caso trabalhadores demitidos do congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru**: exceções Preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 24 de novembro de 2006, Série C, n. 158, § 128.

de controlar essa convencionalidade *ex officio*, cabendo ao Poder Judiciário, antes de apreciar o mérito da questão *sub judice*, exercer o controle difuso de convencionalidade.

Todavia, a Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe a possibilidade do controle também concentrado de convencionalidade no Brasil, acrescentando o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo equivalência entre os tratados internacionais de direitos humanos e as emendas constitucionais, desde que se submetam ao procedimento especial previsto – três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos. Assim, os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos aprovados por dois turnos nas duas casas do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos parlamentares, possuirão “equivalência” de emendas constitucionais no Brasil, podendo ser paradigmas de controle concentrado de convencionalidade.²⁸⁶

Os tratados de direitos humanos aprovados por maioria qualificada no Parlamento federal e ratificados pelo Presidente da República, uma vez integrantes da ordem jurídica brasileira, possuem o condão de “reformular” a Constituição (pois equivalem às emendas constitucionais) e não poderão ser denunciados pelo Poder Executivo, uma vez que são fruto do poder reformador (norma constitucional material e formal) e paradigmas, portanto, do controle concentrado de convencionalidade das leis.

Atualmente, o Brasil aprovou, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, três importantes tratados de direitos humanos que garantem direitos às pessoas com deficiência, quais sejam: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Protocolo Facultativo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ambos internalizados pelo Decreto n. 6.949/2009) e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso (Decreto n. 9.522/2018). Esses são os três únicos instrumentos internacionais de direitos humanos aprovados até o momento (janeiro de 2021) com equivalência de emenda constitucional no Brasil, em vigor interno com esse *status* diferenciado. Sendo “equivalentes” às emendas constitucionais, são paradigma do controle concentrado de convencionalidade, podendo os legitimados do art. 103 da Constituição proporem, perante o STF, as ações do controle abstrato de normas para o fim de invalidar leis internas contrárias aos comandos (mais benéficos) desses tratados internacionais.

Entre os legitimados a propor, perante o STF, as ações de controle abstrato de normas está o Procurador-Geral da República (CF, art. 103, VI), que é o chefe do Ministério Público da União (CF, art. 128, § 1º). Tem-se, nesse caso, então, a legitimidade do chefe do Ministério Público da União para deflagrar também o controle abstrato (concentrado) de convencionalidade, para o fim de adaptar/invalidar as leis internas contrárias aos comandos (mais benéficos) dos tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais.

O chefe do Ministério Público da União, no controle concentrado de convencionalidade, atua como legitimado constitucional, deflagrando, perante o STF, a ação de controle respectiva e, assim agindo – aferindo a compatibilidade vertical da norma com o tratado de direitos humanos –, realiza o primeiro juízo de convencionalidade. Caso entenda pela incompatibilidade normativa da lei em relação ao tratado, caberá a propositura ou (i) da ação direta de inconvenção (art. 103, VI), ou (ii) da ação declaratória de convencionalidade (art. 103, VI), (iii) da ação direta de inconvenção por omissão (art. 103, § 2º) e (iv) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º). Outrossim, ainda que não atue como parte, o Ministério Público Federal, na defesa da ordem jurídica, participa do processo deflagrado pelos demais colegitimados na qualidade de *custos juris*.

²⁸⁶ O estudo dos controles difuso e concentrado de convencionalidade foi pioneiramente desenvolvido no Brasil por: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, *op. cit.*, p. 158 e ss.

Em seguida serão analisadas as duas formas de atuação do *Parquet* no controle abstrato de normas: primeiramente, quando a aferição de convencionalidade se dá por iniciativa do Ministério Público, quando deflagra *sponte sua* o controle concentrado perante o STF (A) e, depois, quando a instituição é provocada a se manifestar nesse mesmo controle concentrado, atuando como *custos juris* nas ações convencionais deflagradas pelos demais legitimados previstos no art. 103 da Constituição Federal (B).

16.2.2.1 Aferição de convencionalidade por iniciativa própria (aferição *sponte sua*)

O Ministério Público, no uso de suas atribuições constitucionais, especialmente na defesa da ordem jurídica, possui legitimidade para questionar a constitucionalidade das normas internas, devendo aferir, da mesma forma, se a legislação está em consonância com os tratados internacionais de direitos humanos internalizados equivalentes às emendas constitucionais (caso de controle concentrado). Caso verifique que a legislação doméstica apresenta descompasso com a tutela dos direitos humanos consagrada em tratados de que o Brasil é parte, deve promover o controle de convencionalidade, por meio do controle abstrato de normas, nos termos da Lei n. 9.868/1999.

Isso porque a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, possibilitando que os tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado ali previsto (idêntico ao das emendas constitucionais) passassem a “equivaler” às emendas constitucionais, o que possibilitou – em verdade, fez surgir – o controle concentrado de normas, tendo como paradigmas, exclusivamente os tratados internacionais de direitos humanos assim internalizados no Brasil.

Entre os tratados aprovados com essa equivalência de emenda em nosso país, está a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e internalizada no Brasil pelo Decreto n. 6.949/2009. A partir de sua incorporação ao direito pátrio com equivalência de emenda, foi possível, ao Procurador-Geral da República, aferir, *sponte sua*, a inconvenção da Lei n. 8.742/1993 (Lei de Organização da Assistência Social – LOAS) e, na defesa dos interesses sociais das pessoas com deficiência, ajuizou a ADPF 182, em que defendeu que o art. 20, § 2º, da norma não havia sido recepcionado pela Convenção da ONU. O Procurador-Geral da República requereu, ao propor a ADPF 182, que fosse concedido o Benefício de Prestação Continuada (BPC) às pessoas com deficiência conceituadas na Convenção de Nova Iorque, que prevê um espectro maior de proteção a essa categoria de pessoas que o então vigente conceito legal brasileiro, requerendo o reconhecimento de que o art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, não havia sido recepcionado pela Convenção. Não há dúvidas de que, nesse caso, o Ministério Público exerceu, por iniciativa própria, a fiscalização (aferição) de convencionalidade concentrada (abstrata).

Frise-se que a referida ADPF – que foi a primeira ação de controle concentrado de convencionalidade proposta no Brasil – perdeu o seu objeto, tendo em vista que a Lei n. 12.470/2011, alterando o art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, atribuiu às pessoas com deficiência o exato conceito previsto pela Convenção de Nova Iorque (no que se pode falar ter havido controle legislativo de convencionalidade da referida Lei, fruto da previsão de a ADPF proposta ser julgada procedente pelo STF). Posteriormente, a Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) manteve o mesmo entendimento e a conformidade conceitual de “pessoa com deficiência” com o que previsto pela Convenção internacional, o que levou o STF a arquivar a ADPF por perda superveniente de seu objeto.²⁸⁷

²⁸⁷ STF, **ADPF 182/DF**, rel. Celso de Mello, Medida Cautelar, decisão de arquivamento de 24.04.2020.

Importante destacar que, ainda que a Convenção de Belém do Pará não tenha integrado o ordenamento jurídico brasileiro com fundamento no art. 5º, § 3º, da Constituição, o Procurador-Geral da República, ao propor em sede de controle concentrado a ADI 4424/DF, referente à Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006, que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher), fundamentou o seu pedido de interpretação conforme a Constituição da República na Recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos amparada na Convenção, internalizada como norma supralegal.

Na oportunidade, o Ministério Público requereu, na defesa da mulher vítima de violência doméstica, a interpretação conforme a Constituição da República, para que fosse afastada a condição de representação da ofendida para a deflagração da ação penal pública – prevista na Lei n. 9.099/1995, nos delitos perpetrados contra a mulher. O pedido teve por base Recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que concluiu que o procedimento previsto na Lei dos Juizados Especiais configurava proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado, determinando que o Estado brasileiro incorporasse à sua legislação – nos termos do art. 7º, “c”, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994 (“Convenção de Belém do Pará”) – “normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis”, dentre outras medidas legislativas necessárias ao cumprimento da Convenção.²⁸⁸

A aferição de convencionalidade foi realizada pelo Ministério Público com fundamento na referida Recomendação da Comissão Interamericana, que reconheceu que o Brasil deveria estabelecer alteração legislativa e implementação de políticas públicas interdisciplinares para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres.

No STF, o voto do relator, *Ministro* Marco Aurélio, ponderou que a Lei Maria da Penha deveria ser interpretada conforme a Constituição e “com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estes últimos normas de caráter supralegal, também aptos a nortear a interpretação da legislação ordinária”. Ao final do julgamento, concluiu o STF que o pedido do Ministério Público deveria ser acolhido para interpretar a Lei Maria da Penha nos termos dos arts. 5º, I, e 226, § 8º, ao entender que a ação penal relativa à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.²⁸⁹

Esses exemplos bem demonstram que o Ministério Público, diante de um tratado internacional que versa sobre direitos humanos, estabelecendo nova ordem jurídica, é instituição competente para compatibilizar e integrar as normas do direito interno com os comandos previstos nas normas internacionais protetivas, requerendo – por própria iniciativa, *sponte sua* – o controle dos atos normativos ao Poder Judiciário.

16.2.2.2 Aferição de convencionalidade por provocação (*custos juris*) no controle concentrado

O Ministério Público, no exercício de suas atribuições, tem legitimidade constitucional para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do que dispõem as Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/1999, respectivamente.

Contudo, a competência para propositura das ações constitucionais de controle abstrato de normas é concorrente disjuntiva, pois também tem como legitimados o Presidente da

²⁸⁸ V. Comissão IDH, **Relatório n. 54/2001**, Caso 12.051, 4 de abril de 2001.

²⁸⁹ STF – Ação Penal – Violência doméstica contra a mulher – Lesão corporal – Natureza. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. (**ADI 4424**, rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 09.02.2012, DJe-148, RTJ vol. 229-01, p. 361).

República, a Mesa da Câmara do Deputados, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (CF, art. 103).

No entanto, ainda que não tenha proposto a ação, o Ministério Público atuará no feito como fiscal da ordem jurídica, manifestando-se como *custos juris*, e, ao ser provocado, deve aferir a convencionalidade da norma questionada, sempre no cumprimento de suas funções institucionais estabelecidas pela Constituição. Portanto, compatibilizar a norma questionada com os tratados de direitos humanos internalizados e em vigor – ainda que não tenha sido o autor da ação constitucional em sede de controle concentrado – é função ministerial, que se manifestará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, atuando, quando provocado, como elemento de transformação social, contribuindo para construção de uma sociedade mais justa e humanista.

Por exemplo, o Procurador-Geral da República foi provocado a se posicionar na ADPF 320/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que tinha como fundamento o caráter vinculante das decisões da Corte IDH, por força da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com o escopo de que o STF declarasse que a Lei de Anistia brasileira (Lei n. 6.683/1979) não se aplicava aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos, militares ou civis, bem assim aos delitos continuados ou permanentes, após a data de expiração do diploma legal. Tal provocação decorre tanto do art. 103, § 1º, da Constituição da República, quanto do art. 5º, § 2º, da Lei n. 9.882/1999, que regula o processo e julgamento da ADPF, que dispõe que “[o] relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias”.

O partido político requereu, na ADPF, que os órgãos do Estado brasileiro dessem cumprimento integral à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, que também ficou conhecido como “Caso da Guerrilha do Araguaia”. Instado a se manifestar, o Procurador-Geral da República entendeu (aferiu) que a Lei de Anistia brasileira era contrária à Convenção Americana, especialmente após o Brasil ser condenado pela Corte IDH no Caso *Gomes Lund*, e ressaltou que a submissão do Brasil à jurisdição da Corte IDH decorreu de sua soberania e voluntariedade, nos termos do Decreto n. 4.463/2002, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nos termos do art. 1º do Decreto, ficou “reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

Na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais (*custos juris*), ao proceder a aferição de convencionalidade, destacou o Ministério Público Federal que somente seria possível negar eficácia à Convenção Americana se fosse declarado inconstitucional o ato de incorporação desse instrumento ao direito brasileiro, o que evidentemente não ocorreu. No exercício de seu mister, o Procurador-Geral da República insistiu, acertadamente, que a República Federativa do Brasil haveria de cumprir o que determinado pela Corte Interamericana, a cujas decisões se submete, sublinhando que o país foi internacionalmente condenado pela falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por delitos de lesa-humanidade, não sujeitos à extinção de punibilidade por prescrição.²⁹⁰

²⁹⁰ MPF, Procuradoria-Geral da República, **Parecer n. 4.433/AsJConst/SAJ/PGR**, de 28.08.2014.

Em suma, aferir a convencionalidade das leis e dos atos dos poderes do Estado, quando provocado a se manifestar a título de *custos juris*, é missão do Ministério Público que se traduz em importante instrumento à disposição do *Parquet* para a defesa da ordem jurídica.

16.3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como se acabou de verificar, o Ministério Público exerce importante papel na aferição de convencionalidade das leis no âmbito de processos judiciais, casos em que o Poder Judiciário detém a última palavra; por essa razão, entendemos que o Ministério Público afere (e não controla) a convencionalidade das leis nesses casos, quer por provocação ou por ato próprio (*sponte sua*). Hipóteses há, no entanto, em que o Ministério Público poderá controlar propriamente a convencionalidade das leis (casos extraprocessuais), quando a sua atuação funcional tem como pressuposto e justificativa a realização do referido controle. Tais casos são ligados à atuação ministerial no âmbito de procedimentos investigatórios destinados à tutela de interesses de ordem metaindividual e à análise de inquéritos policiais e de procedimentos de investigação criminal, destinados a embasar a promoção da ação penal pública.

Como já se viu, segundo a jurisprudência da Corte IDH, firmada a partir do julgamento do caso *Gelman vs. Uruguai*, tanto os juízes como os órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis – como é indubitavelmente o caso do Ministério Público – têm a obrigação de exercer *ex officio* o controle de convencionalidade entre as normas internas e os tratados de direitos humanos em vigor no Estado, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, devendo, para tanto, levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que dele tem feito a Corte Interamericana.²⁹¹

Deve-se reconhecer, portanto, que o Poder Judiciário e os órgãos indispensáveis à administração da Justiça realizam o controle de convencionalidade quando desempenham as suas funções institucionais, assumindo, como verdadeiro pressuposto de atuação, a análise e a ponderação da ordem jurídica interna à luz dos tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte IDH. Justifica-se o posicionamento apresentado porque, conforme demonstrado, o controle de convencionalidade deve se desenvolver no âmbito das atribuições correspondentes de cada um dos órgãos de administração da Justiça, bem assim no plano processual que lhes corresponda.

Por entrecortar pelos limites de atribuição de todos os níveis dos órgãos de administração da Justiça, o controle de convencionalidade não é providência que se aperfeiçoa a partir ou ao cabo de determinado marco processual ou mediante referendo de um órgão controlador em específico. A Corte IDH, no julgamento do caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, deixou claro que a Convenção Americana não estabelece um modelo a ser seguido pelos Estados para a realização do controle de convencionalidade, obrigação a ser observada por todos os órgãos vinculados à administração da Justiça, em todos os seus níveis.²⁹²

Dessa maneira, o controle de convencionalidade exigido pela jurisprudência da Corte IDH relativamente a todos os órgãos do sistema de Justiça, segundo as suas respectivas competências e em todos os seus níveis, não é apenas aquele que reflete a supressão definitiva da norma inconveniente, senão também o que pauta a atuação funcional de cada instituição segundo as normativas convencionais sobre a legislação interna. Pode-se dizer, portanto, que o Ministério Público – como instituição permanente do Estado – efetivamente realiza o controle de convencionalidade das leis quando a sua própria atuação institucional se afigura literalmente *controlada* por essas mesmas normas de direito internacional.

²⁹¹ Corte IDH, **Caso Gelman vs. Uruguai**: mérito e reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, n. 221, § 193.

²⁹² Corte IDH, **Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname**: exceções preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 30 de janeiro de 2014, Série C, n. 276, § 124.

Realizado o controle de convencionalidade pelo órgão do Ministério Público no âmbito de suas atribuições e no plano processual que lhe compete, cabe ao órgão do Poder Judiciário, também no âmbito de suas atribuições e no plano processual correspondente, realizar igual controle de convencionalidade das leis. Importa ressaltar que, encontrando-se todos os juízes e órgãos integrantes do sistema de justiça obrigados ao referido controle, o desatendimento de tal dever por parte de quaisquer deles não exime ou anula a atuação *ex officio* dos demais órgãos no desempenho dessa mesma obrigação-função. Por se realizar, na maior parte das vezes, no âmbito de um processo integrado por diferentes órgãos dotados de atribuições institucionais específicas, reafirma-se que o controle de convencionalidade, em regra, não se exaure, na prática, de um ato isolado, a cargo de um único órgão ou instituição, mas deve ser providência assumida e encadeada por todos os órgãos do sistema de justiça.

Não se pode, portanto, pensar que *não haveria* controle de convencionalidade pelo Ministério Público no caso de a demanda por ele proposta depender de apreciação pelo Poder Judiciário, pois, se fosse assim, também não haveria controle de convencionalidade (ou constitucionalidade) por um magistrado de primeira instância que vê sua decisão ser reformada pelo tribunal superior. Assim, da mesma forma que pode o magistrado de primeira instância realizar um perfeito controle de constitucionalidade ou de convencionalidade das leis, porém os tribunais de instâncias superiores deixarem de cumprir tal obrigação por entenderem contrariamente, afigura-se também perfeitamente possível que o membro do Ministério Público venha a atuar na realização de suas funções institucionais pautado pelo necessário controle de constitucionalidade ou de convencionalidade, independentemente de o órgão do Poder Judiciário deixar de realizar esse controle ou exercê-lo de modo diverso.

Em tais hipóteses, o que existe, portanto, são critérios distintos de controle capazes de chegar a soluções eventualmente diversas – pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário – e, assim, não há que se falar que inexistam controle pelo órgão ministerial, que analisa primariamente (antes do Judiciário) a convencionalidade de determinada lei.

Importa analisar, portanto, diante do quadro de funções institucionais do Ministério Público, em quais hipóteses os seus membros não apenas podem, mas devem efetivamente realizar o controle de convencionalidade das leis no Brasil. Necessário, portanto, estudar os casos ligados à atuação ministerial no âmbito dos procedimentos investigatórios destinados à tutela de interesses metaindividuais (§ 1º) e no que tange à persecução criminal (§ 2º).

16.3.1 § 1º – Controle de convencionalidade nos procedimentos de tutela de interesses metaindividuais

Entre as funções institucionais que a ordem constitucional confere ao Ministério Público, merece especial destaque a promoção do inquérito civil, destinado – nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal – à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A aptidão do inquérito civil e das ferramentas que o integram para a proteção de direitos de natureza essencialmente indivisível e transindividual legitima essas ferramentas jurídicas como instrumentos primordiais à proteção objetiva dos direitos humanos, não podendo a sua tramitação, por conseguinte, prescindir de um incessante processo de controle de convencionalidade.

A função ministerial de defesa da ordem jurídica somente pode ser adequadamente cumprida desde que preservados os princípios estruturantes dessa ordem, com destaque para o atendimento da hierarquia das normas. Dessa maneira, no âmbito do inquérito civil, que representa ferramenta constitucional privativa de investigação do Ministério Público para o cumprimento de suas funções, deve o órgão ministerial atentar não apenas para a adequação dos fatos investigados à lei, senão também para a aferição e adequação da própria lei à Constituição e aos tratados internacionais de direitos humanos, observando, ainda, a jurisprudência da Corte IDH.

O controle de convencionalidade pelo Ministério Público nos procedimentos de tutela de interesses metaindividuais há de ser investigado relativamente à promoção da ação civil pública (A) e no que tange à celebração de compromissos de ajustamento de conduta (B).

16.3.1.1 Controle de convencionalidade na promoção da ação civil pública

A ação civil pública é o instrumento jurídico que visa à responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, nos termos da Lei n. 7.347/1985. Entre os seus legitimados está, evidentemente, o Ministério Público (art. 5º, I). Quando o órgão ministerial propõe uma ação civil pública para a proteção dos referidos interesses, deve levar em conta tanto a Constituição e as leis nacionais como as disposições presentes nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, realizando, além do controle de constitucionalidade, o devido controle de convencionalidade das leis.

Nesse contexto, independentemente do posicionamento posteriormente assumido pelo Poder Judiciário, certo é que o Ministério Público desempenha o controle de convencionalidade – segundo o apontado pela jurisprudência da Corte IDH no Caso *Gelman vs. Uruguai* – quando a sua atuação funcional, representada pelo ajuizamento da ação civil pública, é deflagrada com vigilância ao teor dos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil.

Ressalte-se, por oportuno, que o controle de convencionalidade exigido pela Corte IDH não se subsume, no Brasil, à efetiva retirada da norma objetada do ordenamento jurídico, tal como se dá no controle abstrato de normas (controle concentrado) perante o STF. O controle de convencionalidade que prega a Corte IDH é prioritariamente difuso, pois incumbe a todos os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça.²⁹³ Quando realizado o controle difuso de convencionalidade, não há retirada da norma do ordenamento jurídico e a decisão da causa não tem como objeto propriamente a inconveniência da lei, o que não significa que não tenha havido controle da convencionalidade da norma, pois o mister do poder controlador tem como pressuposto a resolução da equação normativa a que se adiciona o direito convencional.

Nesse contexto, o controle de convencionalidade que é exercido pelo Ministério Público por oportunidade da propositura da ação civil pública tem natureza difusa, devendo se encontrar fundamentadamente exposto na causa de pedir da demanda, e, embora não implique a retirada da vigência da norma interna em desacordo com o direito internacional dos direitos humanos, determina a atuação ministerial contra um caso definido de violação a bens jurídicos de interesse de toda a sociedade. Denota-se, portanto, que é o controle de convencionalidade exercido pelo Ministério Público na fase extraprocessual que pode permitir à instituição deflagrar e definir os moldes da resposta do Estado contra o agente violador da ordem jurídica. Em encadeamento com o controle exercido pelo Ministério Público, no âmbito do Poder Judiciário, o controle de convencionalidade – nos limites das ações civis públicas – é exercido de maneira incidental e, por conseguinte, exposto no plano da fundamentação dos seus julgados, também sem implicar a retirada da vigência da norma interna inconveniente, mas determinando, ao agente violador da norma, o atendimento da providência decorrente daquele controle.

Demonstra-se, assim, que, ao ajuizar a ação civil pública, o Ministério Público não se limita apenas em reclamar, ao Poder Judiciário, o controle de convencionalidade das leis, mas, antes, realiza tal providência como pressuposto de sua atuação protetiva dos bens jurídicos de interesse da sociedade, provocando o sistema de justiça a – exercendo o mesmo controle, agora em outro plano – garantir proteção aos bens jurídicos violados ou ameaçados de violação. É por essa razão que pode o Ministério Público, em tese, realizar perfeito controle de convencionalidade das leis internas, e, como consequência, ajuizar a ação civil pública, sem que o Poder Judiciário realize idêntica providência.

²⁹³ Corte IDH, **Caso Gelman vs. Uruguai**, Mérito e Reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, n. 221, § 193.

Com o propósito de ilustrar esse entendimento, mencione-se que o Ministério Público Federal ajuizou, no ano de 2012, ação civil pública em face da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), visando à obtenção de acesso aos dados de 45 crianças ou mais que, de acordo com o censo demográfico de 2010, não se encontravam regularmente registradas nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais. O IBGE alegava que não poderia informar os dados das crianças que identificou sem registro de nascimento, argumentando o sigilo dos dados coletados, com base no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 161/1967, e no art. 1º, § 1º, da Lei n. 5.534/1968.²⁹⁴

Diante desse quadro, além do controle de constitucionalidade dos atos normativos internos suscitados pelo IBGE, o MPF também realizou o controle de convencionalidade daquelas normas, resultando na propositura de ação civil pública em face da fundação federal, visando à defesa de dezenas de crianças sem registro de nascimento, observado que, no caso concreto, as disposições de direito interno afrontavam os direitos estabelecidos nos arts. 18 (direito ao nome), 19 (direito da criança à proteção da família, da sociedade e do Estado) e 20 (direito à nacionalidade) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), bem como os arts. 1º, 2º, 7º e 8º da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança (1989).

Apesar de haver deferido a medida liminar requerida pelo MPF, o juízo federal de primeira instância, a nosso sentir, não realizou o devido controle de convencionalidade no caso, sob o entendimento de que o afastamento do sigilo de dados dos recenseamentos prejudicaria a finalidade dos estudos do IBGE. No entanto, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao receber o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, alinhou-se ao controle de convencionalidade desenvolvido pelo *Parquet*, reconhecendo a obrigação de cumprimento liminar da medida reclamada na ação civil pública, com o fundamento declarado no voto do relator de que “a Convenção sobre os Direitos da Criança também prescreve em seu texto o direito ao nome, ao registro de nascimento e a todos os elementos que configuram a identidade”.²⁹⁵

No entanto, a medida liminar concedida por oportunidade do julgamento do recurso de apelação pelo TRF-3 foi objeto de suspensão pela Presidência do STF, sob o entendimento de que “o afastamento do sigilo estatístico imposto pela decisão contrastada dispõe de potencialidade lesiva à ordem pública, por abalar a confiança daqueles que prestam as informações aos entrevistadores do IBGE, comprometendo a fidelidade e veracidade dos dados fornecidos e, por conseguinte, a própria finalidade daquele Instituto, a subsidiar a elaboração de políticas públicas em benefício da sociedade”.²⁹⁶ Verifica-se, portanto, que, embora o MPF e o TRF-3 tenham realizado o controle de convencionalidade das normas internas, a nosso sentir o juízo de primeira instância e o STF não o fizeram.

O desenvolvimento do exemplo apresentado, em que se notam divergências quanto ao entendimento dos órgãos de diferentes níveis do mesmo sistema de justiça quanto à prevalência ou não das disposições convencionais em face da legislação interna de sigilo suscitada pela Administração Pública, não significa, contudo, que não houve controle de convencionalidade pelo órgão ministerial, que, no nosso entendimento, controlou devidamente a convencionalidade das normas citadas, mediante a deflagração da medida jurídica apropriada à defesa dos direitos das crianças que se encontravam sob estado de violação não admitida por tratados internacionais de que o Brasil é signatário.

²⁹⁴ MPF, Procuradoria da República de Bauru/SP, **Ação civil pública de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipatória**. Ref. peça de informação n. 1.34.003.000276/2012-76, distribuição: 13.08.2012 – Juízo da 1ª Vara Federal de Bauru/SP.

²⁹⁵ TRF-3, **Apelação Cível n. 0005687-25.2012.4.03.6108/SP**, 4ª Turma, voto do rel. Marcelo Saraiva, j. 07.12.2016, DJe 20.01.2017.

²⁹⁶ STF, Presidência, **Medida Cautelar na Suspensão de Liminar n. 1.103-SP**, j. 02.05.2017.

A aprofundar a certeza de que o controle de convencionalidade realizado no âmbito do sistema de justiça não é privativo de quaisquer das instituições que integram as suas engrenagens, mas encadeado entre os órgãos que participam do seu funcionamento, deve-se observar o fato de que, em razão da obrigação de inércia dos órgãos jurisdicionais, o controle de convencionalidade a ser realizado *ex officio* pelo Poder Judiciário depende da propositura de uma demanda cuja promoção pressupõe o exercício desse mesmo controle por parte de seus legitimados. Visualiza-se aqui, com clareza, o cumprimento da determinação extraída da jurisprudência da Corte IDH, de que o controle de convencionalidade deve ser realizado por todos os níveis dos órgãos vinculados ao sistema de justiça, segundo a competência e o plano processual de cada um deles, haja vista que cabe ao Poder Judiciário julgar as demandas processuais, compete ao Ministério Público exercer a ampla valoração do arcabouço normativo que integra a ordem jurídica para deflagrar ou não em juízo as medidas de proteção de interesses metaindividuais cabíveis, competindo a ambas as instituições o exercício do controle de convencionalidade em cada um daqueles momentos procedimentais.

16.3.1.2 Compromissos de ajustamento de conduta para adequação às exigências convencionais

Outra hipótese em que há controle de convencionalidade pelo Ministério Público em procedimentos de tutela de interesses metaindividuais dá-se quando o órgão ministerial celebra compromissos de ajustamento de conduta para adequação às exigências convencionais.

Deve-se ressaltar que, além de peça preliminar e preparatória para o ajuizamento da ação civil pública, visando à aferição e ao consequente acionamento do Poder Judiciário para a proteção dos bens e interesses acima mencionados, o inquérito civil também permite que o Ministério Público tome compromisso de ajustamento de conduta de quaisquer interessados, com o propósito de adequar a sua atuação às “exigências legais”, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).²⁹⁷

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por sua vez, editou a Resolução n. 179/2017, pela qual entende ser o compromisso de ajustamento de conduta “instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração” (art. 1º, *caput*). Perceba-se que a redação do dispositivo é sobremaneira mais ampla que a do art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, pois, além da referência às “exigências legais”, amplia tal controle às “exigências constitucionais”. Contudo, deve-se interpretar as expressões “exigências legais” e “exigências constitucionais” como toda a coleção de normas em vigor no Estado brasileiro, entre as quais se incluem todas as convenções internacionais – nesse caso, de direitos humanos ou não – em vigor no Estado. Assim, é premente compreender que todos os membros ministeriais devem também realizar o controle das normas domésticas conforme as “exigências convencionais”, haja vista que a ordem jurídica que compete ao Ministério Público defender também é integrada por todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e em vigor entre nós.

Dessa maneira, quando o inquérito civil se encerra, não com a propositura de uma ação civil pública perante o sistema de justiça, mas com a tomada extrajudicial de compromisso de ajustamento de conduta dos interessados, pode e deve o agente ministerial não apenas aferir, senão efetivamente controlar a convencionalidade da legislação aplicável à matéria, verdadeiro pressuposto da atuação funcional do membro do Ministério Público.

²⁹⁷ *Verbis*: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

A amplíssima importância social do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta pode ser ilustrada pela possibilidade de que esse compromisso seja celebrado não apenas por particulares, na resolução de um específico caso concreto, mas também, v.g., pelo próprio Estado, para o fim de que, no âmbito de sua atuação coletiva ou difusa, respeite, a despeito de disposições legais diversas, procedimentos consentâneos com as normas internacionais de direitos humanos em vigor no Estado ou com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, pode o órgão ministerial exigir o cumprimento de obrigações dispostas no plano internacional que não estejam sendo efetivamente observadas, ou, ao contrário, exigir que se suspenda a realização de ações que, embora amparadas pela legislação interna, não encontrem adequação no plano dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

O Ministério Público do Estado do Ceará, v.g., celebrou Termo de Ajustamento de Conduta com a Cia. Energética do Ceará (Enel), fundamentado no art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), internalizado no Brasil pelo Decreto n. 591/1992, para definir o conceito de “direito à moradia”, e, naquela oportunidade, entendeu que a moradia constitui direito humano além do direito a um teto, abrangendo, também, o direito à moradia adequada e digna, por compreender os seus aspectos essenciais como o acesso à água e à energia elétrica.²⁹⁸ Ao celebrar o negócio jurídico, o Ministério Público controlou a convencionalidade para compatibilizar o ordenamento jurídico à proteção do direito à moradia digna, abrangida pelo PIDESC, que previu espectro maior de proteção ao direito universal, fixando como obrigação da concessionária de serviço público solucionar a demanda de 128 mil consumidores afetados pelo recebimento de fatura de consumo de energia referente a meses distintos, com mesmo vencimento, ocasionada pela mudança do sistema interno da empresa, bem como resolver a demanda dos consumidores perante a Delegacia do Consumidor, nos outros termos da sinalagma.²⁹⁹

O Ministério Público Federal, por sua vez, já controlou a convencionalidade de lei à luz da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, norma internalizada nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, ao celebrar Termo de Ajustamento de Conduta com a Associação Brasileira de Editoras de Livros Escolares (Abrelivros), fundamentado nos arts. 2º e 21 da Convenção, que impõem obrigação aos Estados-partes de adotarem medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o direito de buscar, receber e compartilhar informações, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas. À luz das normas convencionais citadas, que consideram discriminação qualquer forma de exclusão ou restrição baseada em deficiência, no que se inclui a recusa de adaptação razoável, cada uma das editoras filiadas à Abrelivros, assumiu, perante o MPF, a obrigação de, em suas páginas digitais na Internet, criar um ícone destinado à solicitação de livros que não estejam disponíveis diretamente para a venda em formato acessível.

Evidencia-se, assim, a importância da iniciativa ministerial, porque a produção de livros apenas em formato impresso deixaria à margem de seu acesso aquelas pessoas que não conseguissem ler ou, ainda, manusear as suas páginas, citando-se, como exemplo, as pessoas cegas ou com baixa visão, bem como com dislexia, paralisadas ou de membros superiores amputados. Denota-se, portanto, que o Compromisso de Ajustamento de Conduta mencionado, baseado em tratado internacional de direitos humanos, assegurou o atendimento de direitos das pessoas com deficiências que não se encontravam estabelecidos na legislação nacional.

²⁹⁸ Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/05/11.10.2019-Termo-de-Ajustamento-de-Conduto-ENEL.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

²⁹⁹ Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/05/11.10.2019-Termo-de-Ajustamento-de-Conduto-ENEL.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

Ainda no plano do inquérito civil, o Ministério Público possui ampla independência para a realização do controle de convencionalidade das leis quando procede o seu arquivamento, ao decidir pela inexistência de fundamento para a propositura de ação civil pública, não sendo o caso de tomada de compromisso de ajustamento de conduta, hipótese em que a eficácia do ato realizado nessa seara apenas se submete ao requisito de homologação pelo órgão revisional da própria instituição ministerial. Aqui, da mesma forma, haverá efetivo controle de convencionalidade levado a cabo pelo órgão ministerial, pois sua decisão controlatória não escapa ao âmbito da própria instituição. Diferentemente são os casos de mera aferição de convencionalidade, que, como já vimos, escapam ao âmbito da própria instituição, dado que caberá a outro órgão – o Poder Judiciário – dar a última palavra sobre o exame de convencionalidade (v. item I, *supra*).

Em suma, fora das hipóteses de ajuizamento de ação civil pública ou de celebração de compromisso de ajustamento de conduta, ao promover o arquivamento de inquérito civil ou de procedimentos de investigação correlatos, instaurados com o propósito inicial de promover a tutela de direitos e de interesses metaindividuais, o órgão ministerial pode reconhecer que determinada conduta objeto de apuração, apesar de evidenciar contrariedade com as normas internas, afigura-se plenamente alinhada com previsões contidas em tratados internacionais de direitos humanos ou na jurisprudência da Corte IDH. Em casos tais, o Ministério Público, ao promover o arquivamento do inquérito civil ou de procedimentos de investigação correlatos, está controlando a convencionalidade das leis ao entender que as normas internas – que justificariam a continuidade dos referidos procedimentos investigatórios – são incompatíveis com garantias internacionais previstas em tratados de direitos humanos ou na jurisprudência da Corte IDH.

Confirma-se, portanto, que, em sede de inquérito civil, o controle de convencionalidade não ocorre propriamente por meio da judicialização da matéria objeto de investigação, podendo ser objeto de resolução na esfera extraprocessual, por meio da celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou do arquivamento sem essa providência. Aprofunda-se, dessa maneira, a certeza de que o manejo da ação civil pública não representa simples caminho de busca pelo controle de convencionalidade no âmbito do Poder Judiciário, mas precipuamente um dos desfechos processualmente previstos do controle de convencionalidade ministerial, que, conforme apontado, se opera por múltiplas vias, inclusive, quando do arquivamento do procedimento de investigação.

16.3.2 § 2º – Controle de convencionalidade e persecução criminal

Entende-se, por persecução penal, o conjunto de medidas que compõem a investigação criminal, destinado ao isento esclarecimento da verdade dos fatos, bem como o manejo da correspondente ação penal, ao que se somam as decorrentes providências processuais necessárias à responsabilização do agente violador dos direitos da vítima. Perseguindo a defesa da ordem jurídica, ao longo de todo o itinerário percorrido ou acompanhado pelo Ministério Público no curso da persecução penal, deve se fazer presente o controle de compatibilidade das normas jurídicas internas, de natureza material ou processual, com o direito convencional.

Dessa maneira, o membro ministerial que, v.g., não determina o arquivamento de inquérito policial e promove ação penal pública em desacordo com tratado de direitos humanos, embora amplamente fundamentado pela legislação interna, não realiza o adequado controle de convencionalidade a que se encontra obrigado, oportunidade em que o Poder Judiciário deve rejeitar a denúncia oferecida, realizando o devido controle de convencionalidade que o membro do Ministério Público não realizou no momento processual oportuno. É certo, por outro lado, que o membro ministerial que, contrariando frontalmente o direito interno, sustenta a realização de medidas de persecução penal amparadas em normas convencionais, atua em autêntica defesa da ordem jurídica, providência essa que se espera seja acompanhada pelo Judiciário.

O controle de convencionalidade a ser exercido pelo membro do Ministério Público deve se fazer presente em todo o processo de persecução penal, desde a fiscalização dos procedimentos de investigação, o seu eventual arquivamento, o ajuizamento da ação penal pública e a sua correspondente tramitação. Verifiquemos, pois, como o Ministério Público controla a convencionalidade no arquivamento de inquérito policial e de procedimento de investigação criminal (A) e na promoção de ação penal pública (B).

16.3.2.1 Arquivamento de inquérito policial e de procedimento de investigação criminal e controle de convencionalidade

A nova redação conferida ao art. 28 do Código de Processo Penal (CPP) pela Lei n. 13.964/19 (“Pacote Anticrime”) teve o propósito de conferir alinhamento do processo penal com o sistema acusatório, cujas raízes se encontram estabelecidas no art. 129, I, da Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública.

Respeitando o sistema acusatório, a decisão de arquivamento de qualquer investigação criminal concernente a crimes de ação pública deve se resolver no âmbito do próprio Ministério Público. Segundo esse cenário, será o membro ministerial que realizará o arquivamento da investigação criminal, sem a necessidade de remessa dos autos correspondentes a qualquer instância do Poder Judiciário. Realizada a comunicação da decisão ministerial de arquivamento à vítima, ao investigado e à autoridade policial, os autos da investigação devem ser remetidos ao órgão de revisão competente do Ministério Público.

Em hipóteses tais, o Ministério Público pode realizar de maneira imediata o controle de convencionalidade da legislação aplicável ao caso, deixando de permitir a continuidade de atos de investigação ou deixando de promover a correspondente ação penal nos casos em que verificar pretensão contrária a quaisquer mandamentos previstos em tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil. Acrescente-se que, nessas hipóteses, se houver eventual insatisfação da vítima com os fundamentos do arquivamento promovido pelo Ministério Público, poderá ela postular a submissão da matéria à competente instância revisora da instituição ministerial, sem que, no entanto, o assunto seja submetido à deliberação do Poder Judiciário. Portanto, em tais casos, não há dúvidas de que o órgão ministerial controlou a convencionalidade das leis, especialmente porque a decisão tomada no caso concreto não escapa aos limites da própria instituição, sem seguimento ao Poder Judiciário.

O controle de convencionalidade que deve ser realizado pelo Ministério Público em tais casos pode recair tanto sobre a tipificação da conduta objeto de investigação quanto sobre a legalidade dos procedimentos de investigação desenvolvidos pela autoridade policial. Na primeira hipótese, pode o membro ministerial determinar o arquivamento de investigações por entender que normas convencionais ou que a jurisprudência da Corte IDH isentam de tipicidade a conduta apurada.³⁰⁰ No segundo caso, a determinação de arquivamento pode se operar pela constatação de que a atividade de investigação violou direitos e garantias estabelecidos no plano internacional, ensejando inconveniências que, no caso concreto, estão a impedir a promoção da ação penal.

Tais apontamentos prestam-se, ainda, para aprofundar a importância do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, tal como determina a Constituição Federal

³⁰⁰ Nesse sentido, cite-se o posicionamento da 5ª Turma do STJ, que, realizando o controle de convencionalidade do art. 331 do Código Penal em face do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, descriminalizou a conduta tipificada como desacato, ressaltando que “punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo [sic] abolissem suas respectivas leis de desacato.” (STJ, **RE 1.640.084/SP**, 5ª Turma, rel. Ribeiro Dantas, j. 15.12.2016, DJe 01.02.2017).

no art. 129, VII,³⁰¹ com o propósito de impor o efetivo controle de atuações policiais eventualmente capazes de comprometer a observância dos direitos humanos de investigados ou de vítimas de ilícitos, em prejuízo do desenvolvimento de um processo de persecução penal regular e eficiente.

16.3.2.2 Promoção da ação penal pública e controle de convencionalidade

O esclarecimento da verdade dos fatos por meio de um procedimento de investigação adequado e eficiente, e, sendo o caso, a deflagração da ação penal destinada a impor a responsabilização criminal dos agentes violadores dos direitos das vítimas representam medidas de proteção objetiva dos direitos humanos e de respeito à dignidade humana dos ofendidos pela criminalidade.³⁰² Dessa maneira, o controle de convencionalidade, por oportunidade da promoção da ação penal pública, pode se fazer presente para o afastamento de normas internas que prejudiquem indevidamente a persecução penal em juízo.

É importante ter em conta, da mesma forma, que o controle de convencionalidade também incide para garantir a regularidade do desenvolvimento de todas as fases da persecução penal, que, conforme já apontado, não se esgota e não se limita ao oferecimento formal da denúncia (inclusive em favor do investigado ou acusado). Em ambas as hipóteses, tem papel determinante a atuação do Ministério Público.

Com o propósito de ilustrar esse entendimento, relembre-se que o Procurador-Geral da República propôs, perante o STF, a ADI 4.424/DF, visando conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), para o fim de que o crime de lesões corporais consideradas de natureza leve, praticado contra a mulher em ambiente doméstico, se processasse mediante ação penal pública incondicionada (v. item, I, § 2º, A, *supra*). Naquela oportunidade, como já se viu, o chefe do Ministério Público da União, além da apresentação dos fundamentos constitucionais cabíveis à matéria, realizou a aferição de convencionalidade do direito interno, demonstrando que a exigência legal de representação da vítima para a persecução penal e a responsabilização do seu agente agressor estava a desrespeitar o disposto no art. 5(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura a todos os indivíduos “o direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

É importante acrescentar que a aferição de convencionalidade realizado pelo Ministério Público na referida ADI não se desenvolveu apenas com base na Convenção Americana, senão também à luz da jurisprudência da Corte IDH, haja vista que suscitou a aplicação do julgamento do caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, de 1988, ao sustentar que, “se o aparato estatal atua de modo a que a violação reste impune e não se restabeleça à vítima a plenitude de seus direitos, ‘pode-se afirmar que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição’”.

Seguindo a linha adotada pelo Procurador-Geral da República, o STF, após fundamentar a inconstitucionalidade e a inconveniência da legislação processual penal que exigia a representação da vítima para a responsabilização penal de seu agressor, declarou que “[a] ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.³⁰³

³⁰¹ *Verbis*: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar”.

³⁰² Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Proteção objetiva dos direitos humanos e fundamentais e dignidade das vítimas da criminalidade**: fundamentos das obrigações processuais penais positivas do Estado. Dissertação (Mestrado em Direito). Cuiabá: Universidade Federal de Mato Grosso, 2020.

³⁰³ STF, **ADI 4424**, Tribunal Pleno, rel. Marco Aurélio, j. 09.02.2012, DJe-148, RTJ vol. 229-01.

A aferição de inconveniência realizada pelo Procurador-Geral da República e o controle realizado de forma concentrada pelo STF no caso em referência comprovam que todos os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário deveriam realizar igual controle de constitucionalidade e de convencionalidade, para o fim de promover a persecução penal, e, sendo o caso, impor a responsabilização criminal de agentes agressores em situações de falta de representação da vítima de lesões corporais em âmbito doméstico, mesmo quando a legislação processual exigia tal providência.

O controle de convencionalidade pelos membros do Ministério Público, reconhecendo a invalidade da norma que exigia a representação da vítima para a persecução penal do seu agressor, com a conseguinte promoção das correspondentes ações penais públicas visando à responsabilização criminal dos agentes criminosos, bem assim o controle de convencionalidade da mesma norma pelo Poder Judiciário, realizando o processamento das demandas criminais propostas, são obrigações dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário absolutamente independentes do controle concentrado realizado pelo STF. No entanto, a incerteza prática da efetiva aplicação do controle de convencionalidade em tal hipótese pelo sistema de justiça criminal brasileiro serve para demonstrar a necessidade do aprofundamento das instituições e dos seus integrantes no tratamento da matéria.

Nesse mesmo sentido, ressalte-se o dever de controle de convencionalidade imposto a todos os órgãos do sistema de justiça criminal brasileiro pela Corte IDH a partir do caso *Trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, julgado em 20 de outubro de 2016, que reconheceu a imprescritibilidade do crime de redução a condição análoga à de escravo, previsto pelo art. 149 do Código Penal brasileiro.³⁰⁴

Dessa maneira, se, mesmo à vista da jurisprudência da Corte IDH acima apresentada, o órgão do Poder Judiciário decidiu absolver sumariamente o réu na ação penal proposta pelo Ministério Público, com fundamento na prescrição do crime de redução a condição análoga à de escravo, obedecendo as regras de direito penal e processual penal internas (art. 109, inc. III, do CP e art. 397, inc. IV, do CPP), certo é que estaria deixando de realizar o devido controle de convencionalidade no caso concreto. No entanto, não se pode deixar de reconhecer que, atuando segundo a jurisprudência da Corte IDH, o membro ministerial que promoveu a ação penal pública, afastando na hipótese a incidência das regras prescricionais dispostas no art. 109 do Código Penal, efetivamente realizou o controle de convencionalidade naquele mesmo caso, e, como consequência, deflagrou, no âmbito de suas atribuições, e, segundo os critérios processuais correspondentes, a resposta esperada do Estado brasileiro pelo sistema interamericano de proteção de direitos humanos a um caso patente de violação que a ordem internacional considera expressamente imprescritível.

Importa lembrar, ainda, que o controle de convencionalidade no âmbito dos procedimentos de investigação e de persecução penal não se resume estritamente ao ato isolado de propor a ação penal pública, mas também abrange todas as providências de atuação funcional do Ministério Público, visando à regularidade de sua tramitação, haja vista que a ação penal deve ser proposta para atender à finalidade de efetiva proteção dos direitos das vítimas e da defesa objetiva dos direitos humanos e fundamentais, com respeito a todas as regras concernentes ao devido processo legal.

³⁰⁴ Corte IDH, **Caso Trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil**: exceções preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 22 de outubro de 2016, Série C, n. 318, § 454: “[...] Além disso, a Corte constatou o caráter imprescritível do delito de escravidão e de suas formas análogas no Direito Internacional, como consequência de seu caráter de delitos de Direito Internacional, cuja proibição alcançou o *status de jus cogens* (par. 249 *supra*). Ademais, a Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência constante, os delitos que representem graves violações de direitos humanos não podem ser objeto de prescrição. Consequentemente, o Brasil não pode aplicar a prescrição a este caso e a outros similares”.

Ilustrando a hipótese, convém apresentar dois casos sobre o mesmo tema, em que o Ministério Público Militar e o Ministério Público Federal atuaram em hipóteses que exigiram aferição e controle de convencionalidade, respectivamente, de um mesmo dispositivo da legislação ordinária (Código Penal Militar). Nos casos que serão apresentados, os diferentes órgãos do Ministério Público apresentaram idêntico entendimento acerca da matéria, no entanto as respostas perfilhadas pelo Superior Tribunal Militar (STM) e pela Justiça Federal se revelaram completamente antagônicas na resolução da questão.

No primeiro caso, o Ministério Público Militar, realizando o controle de convencionalidade do art. 9, III, do Código Penal Militar, à luz do art. 8(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, interpôs recurso em sentido estrito perante o Superior Tribunal Militar, com o propósito de que fosse determinada a remessa à Justiça Federal de inquérito policial militar instaurado contra civil. No entanto, o STM não realizou o adequado controle de convencionalidade da questão, entendendo que os fatos “se amoldam, em tese, à caracterização de crime militar [...] notando-se a perfeita subsunção do fato à norma”, motivo pelo qual a negativa da competência do foro militar representaria ofensa ao princípio do juiz natural.³⁰⁵ Em contraposição aos argumentos ministeriais que fundamentavam a inconvenção do processamento de civis perante instâncias militares, o STM se limitou a assegurar que tal situação não violaria a Convenção Americana. No entanto, a Corte IDH, que detém a competência (*Kompetenz-Kompetenz*) de realizar a interpretação em última palavra da Convenção, no julgamento do caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, foi claríssima em declarar que, em nenhuma circunstância (repita-se: nenhuma), um civil pode ser submetido à jurisdição de um tribunal militar.³⁰⁶

No segundo caso, o Ministério Público Federal, por provocação do juízo, apresentou parecer em que realizou a aferição de convencionalidade daquela mesma norma do Código Penal Militar, posicionando-se pela fixação de competência da Justiça Federal para o conhecimento de termo circunstanciado lavrado em razão da prática de crime de desobediência supostamente cometido por civil contra militar. Nesse segundo caso, após ampla fundamentação lastreada na Convenção Americana e na jurisprudência da Corte IDH sobre o assunto, o magistrado federal competente declarou a:

[...] inconstitucionalidade, inconvenção e não recepção dos dispositivos do Código Penal Militar [...] que tipificam crimes militares por civis em tempos de paz e autorizam a competência da Justiça Militar para julgar civis em tempos de paz, por violação aos arts. 5º, *caput*, LIII, e § 2º, 123 e 124 da Constituição de 1988, e ao art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica, como aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.³⁰⁷

Como se denota, no âmbito da persecução penal, a conduta do Ministério Público no controle da convencionalidade é fator primordial para impedir a impunidade de agentes violadores de direitos humanos das vítimas da criminalidade, mediante a remoção de entraves legais incompatíveis com tratados internacionais sobre direitos humanos e a jurisprudência da Corte IDH, bem como se presta a garantir o atendimento de direitos e deveres processuais assentados nessas mesmas fontes normativas, em favor dos interesses de investigados e de acusados.

³⁰⁵ STM, **Recurso em Sentido Estrito n. 56-75.2016.7.10.0010/CE**, rel. Alte. Esq. Carlos Augusto de Sousa, j. 26.10.2017.

³⁰⁶ *Verbis*: “En cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares.” (Corte IDH, **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**: mérito, reparações e custas, sentença de 22 de novembro de 2005, Série C, n. 135).

³⁰⁷ 8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. **Termo Circunstanciado n. 5038654-35.2019.4.02.5101/RJ**, Juiz Federal Frederico Montedonio Rego. Rio de Janeiro, 15 de outubro de 2019.

16.4 CONCLUSÃO

Ao cabo desta exposição, pode-se concluir que o Ministério Público brasileiro, na sua condição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é instituição que tem por mister fiscalizar e garantir o cumprimento de todo o mosaico normativo em vigor no Estado, inclusive os tratados internacionais de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil é parte, além de assegurar, por meio de todos os instrumentos processuais e extraprocessuais de sua alçada, a prevalência da interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às normas de direitos humanos em vigor no Brasil, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A atuação do Ministério Público brasileiro na aferição e no controle de convencionalidade alcança especial dimensionamento e primazia porque, enquanto os demais órgãos integrantes do sistema de justiça, nos termos da jurisprudência da Corte IDH, devem realizar o controle de convencionalidade “no âmbito de suas competências”, o Ministério Público tem como sua competência a própria fiscalização da ordem jurídica, tal como estabelecido pelo art. 127 da Constituição Federal de 1988. Perceba-se, portanto, o *plus* que tem o Ministério Público relativamente às outras instituições essenciais à Justiça, exatamente pelo fato de a “defesa da ordem jurídica” ser a sua própria competência institucional-constitucional. Em outras palavras, enquanto os demais órgãos do sistema de justiça, no desempenho das suas finalidades institucionais, devem observar a convencionalidade das leis, para o Ministério Público o exame (aferição e controle) de convencionalidade é a sua ínsita finalidade institucional, razão pela qual a fiscalização do cumprimento/aplicação dos tratados de direitos humanos pela instituição se faz com muito maior vigor.

Prova disso é que o Ministério Público, ao lado do Poder Judiciário, é a única instituição essencial à Justiça que pode efetivamente controlar a convencionalidade (para além de aferir essa mesma convencionalidade) das leis nacionais, no âmbito de suas competências institucionais-constitucionais, a exemplo do que ocorre no arquivamento de inquérito policial e de procedimento de investigação criminal e quando promove a ação penal pública. Aqui, como se nota, trata-se de controle de convencionalidade *ultima ratio*, que não está a depender de chancela (ou deliberação) do Poder Judiciário, ficando o respectivo controle no âmbito da própria instituição.

Em suma, a obrigação constitucional congênita de fiscalizar a ordem jurídica e, com ela, desenvolver o exame de convencionalidade no manejo da integralidade das ferramentas constitucionais e legais de atuação ministerial, torna obrigatório que todos os membros do Ministério Público – de todos os seus ramos e níveis de atuação – detenham conhecimento das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana, além das condições e dos efeitos de sua integração ao sistema jurídico nacional. A seguir esses passos, o Ministério Público brasileiro cumprirá importante missão para além da que lhe destina a Constituição, consagrando-se instituição também *convencional* de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

REFERÊNCIAS

BIDART CAMPOS, Germán J. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**. Buenos Aires: Ediar, 1995. T. III.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. **Ministério Público resolutivo e proteção dos direitos humanos**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

DE CLÉMENT, Zlata Drnas. La complejidad del principio *pro homine*. **Jurisprudencia Argentina**, fascículo n. 12, Buenos Aires, p. 98-111, mar./2015.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) – Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 19.º año, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013. p. 607-638.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; RIBEIRO, Dilton. The *pro homine* principle as an enshrined feature of international human rights law. **The Indonesian Journal of International & Comparative Law**, v. III, issue 1, January 2016, p. 77-99.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública: instituição essencial ao controle de convencionalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, v. 22, n. 43, p. 17-27, jan.-jun. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Proteção objetiva dos direitos humanos e fundamentais e dignidade das vítimas da criminalidade**: fundamentos das obrigações processuais penais positivas do Estado. Dissertação (Mestrado em Direito). Cuiabá: Universidade Federal de Mato Grosso, 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

17 CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL

PROF. ANDERSON MARCOS DOS SANTOS

17.1 INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), é composto por dois órgãos criados, em 1969, pela Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica – a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que atua na promoção da observância e defesa dos direitos humanos e também oferece ações de responsabilidade internacional contra os Estados-membros –, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que atua no julgamento das referidas ações.

Em razão das circunstâncias políticas do país – vivíamos uma ditadura militar –, o Brasil não aderiu ao Sistema Interamericano desde a sua origem. Apenas em 1992, ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e, em 1998, reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Atualmente, existem 14 casos referentes ao país, entre eles, o caso Trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil.

17.2 O CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL

A Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, em 20 de outubro de 2016, proferiu sentença no caso Trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil, por meio da qual considerou o Estado brasileiro internacionalmente responsável, com base na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por violação do direito do indivíduo a não ser submetido a escravidão e tráfico de pessoas; por discriminação estrutural histórica em razão da posição econômica das vítimas; por violação das garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável; e por violação do direito à proteção judicial. Além disso, a Corte ordenou ao Estado a adoção de algumas medidas de reparação aos trabalhadores.

O caso refere-se à omissão do Estado na submissão de trabalhadores à situação de trabalho escravo contemporâneo na fazenda Brasil Verde, onde 128 vítimas foram resgatadas. A fazenda está localizada no município de Sapucaia, no sul do estado do Pará, e tinha como proprietário, no momento dos fatos, o Sr. João Luiz Quagliato Neto. O trâmite teve início em 12 de novembro de 1998, quando a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentaram a petição com as denúncias à Comissão Interamericana.

17.3 TEMPORALIDADE DOS FATOS

Considerando que o Estado brasileiro reconheceu a competência da Corte Interamericana somente em 10 de dezembro de 1998, esse Tribunal, na sua decisão, entendeu que, somente a partir dessa data, poderia condenar o país. Contudo, estabeleceu que seriam objetos de sua apreciação os atos de caráter contínuo ou permanente que se estendessem durante todo o tempo em que o fato havia se mantido em desconformidade com a obrigação internacional, alcançando, assim, situações fáticas que se iniciaram antes da data referida.

Assim, ainda fora da competência temporal da Corte, os fatos que levaram as organizações a denunciarem o Brasil perante a Corte Interamericana tiveram início em dezembro de 1988, quando a Comissão Pastoral da Terra e a Diocese de Conceição de Araguaia apresentaram denúncia perante a Polícia Federal pela prática de trabalho escravo contemporâneo na fazenda Brasil Verde e pelo desaparecimento de dois jovens, Iron Canuto da Silva, de 17 anos, e de Luis Ferreira da Cruz, de 16 anos, o que resultou na visita da Polícia Federal, em fevereiro de 1989, à Fazenda. O relatório policial, contudo, afirmou que não foram encontrados vestígios de trabalho escravo no local, mas tão somente a existência de baixos salários e infrações à legislação trabalhista.

Ainda por insistência da Comissão Pastoral da Terra (CPT), que pediu a intervenção da Procuradoria Geral da República, a Delegacia Regional do Trabalho do Estado do Pará realizou visita de fiscalização à fazenda Brasil Verde em junho e julho de 1993, e também afirmou não ter encontrado a configuração da prática de escravidão, apenas relatando terem sido encontrados 49 trabalhadores sem seus registros.

Apesar de signatário de acordos e tratados internacionais, o Estado brasileiro somente assumiu a existência do trabalho escravo contemporâneo perante o país e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1995. A partir disso, teve início uma mudança na política nacional de combate ao trabalho escravo contemporâneo do Estado brasileiro. O Decreto n. 1.538 criou o Grupo Interministerial para Erradicar o Trabalho Forçado (GERTRAF), constituído pela articulação de diversas áreas do governo brasileiro, contando com representantes de sete ministérios sob a coordenação do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Essas novas orientações institucionais iriam impactar diretamente a postura das autoridades em face das situações encontradas adiante na fazenda Brasil Verde.

Sob essa nova política pública, em novembro de 1996, o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho realizou nova fiscalização na fazenda Brasil Verde, em que foram constatadas irregularidades consistentes na falta de registro dos empregados e, em geral, condições contrárias às disposições trabalhistas, mas ainda sem o reconhecimento de trabalho escravo contemporâneo.

Em março de 1997, uma nova denúncia surgiu: dois trabalhadores – José da Costa Oliveira e José Ferreira dos Santos – que conseguiram fugir da fazenda Brasil Verde prestaram uma declaração ao Departamento de Polícia Federal do Pará, na Delegacia de Marabá, em que relataram terem trabalhado em situação degradante e escapado da Fazenda, onde eram mantidos sob ameaças. Em abril de 1997, com base nesta denúncia, o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho realizou uma nova visita de fiscalização à fazenda Brasil Verde e, finalmente, o Estado brasileiro reconheceu a existência de trabalho escravo contemporâneo no local.³⁰⁸

No relatório da visita de fiscalização do Ministério do Trabalho, foi indicado que: foram encontradas 81 pessoas, das quais, aproximadamente, 45 não possuíam carteiras de trabalho (CTPS); os trabalhadores se encontravam alojados em barracões cobertos de plástico e palha nos quais havia uma “total falta de higiene”; vários trabalhadores eram portadores de doenças de pele, não recebiam atenção médica e a água que ingeriam não era apta para o consumo humano; todos os trabalhadores haviam sofrido ameaças, inclusive com armas de fogo, e declararam não poder sair da Fazenda.

³⁰⁸ Importante ressaltar que, em 16 de dezembro de 1994, as organizações não-governamentais Américas Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentaram uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos denunciando o Brasil no caso José Pereira. Os peticionários alegaram que José Pereira havia sido gravemente ferido e outro trabalhador rural foi morto quando ambos tentaram escapar, em 1989, da Fazenda “Espírito Santo”, onde tinham sido submetidos a trabalhos forçados juntamente com outros 60 trabalhadores, sem liberdade para deixar a fazenda e trabalhando sob condições desumanas e ilegais. A Fazenda Espírito Santo está localizada no mesmo município da fazenda Brasil Verde. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso José Pereira vs. Brasil:** solução amistosa 24 de outubro de 2003. San José da Costa Rica, 2003. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/brasil.11289.htm>. Acesso em: 15 maio 2021.

Dessa fiscalização, resultaram os primeiros desdobramentos judiciais efetivos. No âmbito civil trabalhista, o Ministério Público do Trabalho apresentou uma Ação Civil Pública perante a Justiça do Trabalho contra o proprietário da fazenda Brasil Verde, João Luiz Quagliato Neto, que se comprometeu em adequar-se às normas trabalhistas. No âmbito penal, em junho de 1997, o Ministério Público Federal apresentou uma denúncia contra Raimundo Alves da Rocha, aliciador dos trabalhadores rurais (“gato”), pelos delitos previstos nos artigos 149 (trabalho escravo), 197.1 (atentado contra a liberdade do trabalho) e 207 (aliciamento de trabalhadores) do Código Penal; Antônio Alves Vieira, gerente da fazenda Brasil Verde, pelos delitos previstos nos artigos 149 e 197.1 do Código Penal; e João Luiz Quagliato Neto, proprietário da fazenda Brasil Verde, pelo delito previsto no artigo 203 (frustrar direitos trabalhistas) do Código Penal.

Entretanto, as ações tiveram pouco resultado concreto. Em setembro de 1999, João Luiz Quagliato Neto obteve a suspensão condicional do processo por acordo em que se comprometeu a entregar seis cestas básicas a uma entidade beneficente na cidade de Ourinhos. Em março de 2001, o juiz federal substituto, a cargo do caso, declarou a “incompetência absoluta da Justiça Federal” para julgar o processo.

Os fatos ocorridos dentro da competência temporal da Corte se deram a partir de março de 2000, quando os jovens Antônio Francisco da Silva (criança, na época dos fatos) e José Francisco Furtado de Sousa conseguiram fugir da fazenda Brasil Verde e procuraram a Delegacia da Polícia Federal para apresentar denúncia sobre as condições de trabalho na fazenda e os crimes supostamente cometidos. Não foram atendidos sob a alegação de que era feriado de carnaval. Foram, no entanto, acolhidos pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e, em 15 de março de 2000, em razão dessa denúncia, foi realizada uma fiscalização à fazenda por fiscais do Ministério do Trabalho, em companhia de agentes da Polícia Federal. Como resultado dessa fiscalização, o Ministério Público Federal apresentou denúncia penal perante a Vara Federal de Marabá no Pará, destacando que: “(i) a fazenda Brasil Verde mantinha aos trabalhadores ‘em um sistema de cárcere privado’”; (ii) “restou caracterizado o trabalho em regime de escravidão”, e (iii) a situação se agravava ainda mais porque eram trabalhadores rurais, analfabetos e sem nenhum esclarecimento e foram submetidos “a condições de vida degradantes”.³⁰⁹

Contudo, assim como em relação às denúncias referentes às vistorias de 1997, o juiz federal declinou a competência em favor da Justiça Estadual em 11 de julho de 2001.³¹⁰ O processo permaneceu na Justiça Estadual até 8 de novembro de 2004, quando o juiz estadual se declarou incompetente para conhecer do processo penal, o que gerou um conflito de competências resolvido somente em 2006, quando o STJ reconheceu a competência do Justiça Federal e os autos voltaram para Marabá, em 11 de setembro de 2007. Mas, em julho de 2008, o juiz federal decidiu declarar extinta a ação penal contra Raimundo Alves da Rocha e Antônio Alves Vieira, entendendo que seria “bastante improvável” que fossem condenados, de modo que a prescrição seria “inevitável”.³¹¹

17.4 A DECISÃO

A Comissão Interamericana concluiu, em novembro de 2011, que o Estado brasileiro havia violado a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem ao não tomar providências para evitar situações de trabalho análogo à escravidão. Em maio de 2015, pediu à Corte Interamericana de Direitos Humanos a responsabilização internacional do Brasil pelas violações ocorridas na fazenda Brasil Verde e que determinasse medidas de reparação.

³⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. sentença de 20 de outubro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). San José da Costa Rica, 2016, p. 44. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 15 maio 2021.

³¹⁰ Depois disso, o inquérito desapareceu e não foi mais reinstaurado.

³¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso fazenda Brasil Verde...**, p. 39.

Na sentença proferida pela Corte, entendeu-se que ficou configurada a situação de servidão por dívida e submissão a trabalhos forçados, uma vez que os trabalhadores eram aliciados em regiões distantes e viajavam durante aproximadamente três dias em ônibus, trem e caminhão, e já chegavam à fazenda endividados com as despesas de transporte e moradia. Quando chegavam à fazenda Brasil Verde, entregavam suas carteiras de trabalho ao gerente, que os obrigava a assinar documentos em branco. Suas condições de vida e de trabalho eram degradantes e anti-higiênicas. A jornada de trabalho era exaustiva, com duração de 12 horas ou mais todos os dias, exceto aos domingos. Eram obrigados a realizar seus trabalhos sob ordens e ameaças dos capatazes da fazenda, que portavam armas de fogo e os vigiavam permanentemente, impedindo-os de sair da fazenda.

Também se entendeu que estava configurada a submissão ao trabalho escravo contemporâneo. A Corte considera que dois elementos são fundamentais para definir uma situação como escravidão: (i) o estado ou condição de um indivíduo; e (ii) o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade. Em relação aos atributos de propriedade, com base no decidido pelo Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para a antiga Iugoslávia, o Tribunal Especial para Serra Leoa e a Corte de Justiça da Comunidade Econômica da África Ocidental, a Corte Interamericana entende que:

[...] para determinar uma situação como escravidão nos dias atuais, deve-se avaliar, com base nos seguintes elementos, a manifestação dos chamados “atributos do direito de propriedade”:

- a) restrição ou controle da autonomia individual;
- b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa;
- c) obtenção de um benefício por parte do perpetrador;
- d) ausência de consentimento ou de livre arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção, o medo de violência, fraude ou falsas promessas;
- e) uso de violência física ou psicológica;
- f) posição de vulnerabilidade da vítima;
- g) detenção ou cativeiro,
- i) exploração.³¹²

Todas essas situações são verificadas no caso da fazenda Brasil Verde, pois os trabalhadores se encontravam submetidos ao efetivo controle dos “gatos”, gerentes, guardas armados da fazenda, e, em última análise, também de seu proprietário; sua autonomia e liberdades individuais estavam restringidas sem seu livre consentimento; por meio de ameaças, violência física e psicológica, eram submetidos a trabalho forçado em condições desumanas; e encontravam-se em situação de vulnerabilidade, já que o ambiente de coação não lhes permitia alterar sua situação e recuperar sua liberdade. Ainda, a Corte considerou provado que os trabalhadores resgatados em março de 2000 haviam sido também vítimas de tráfico de pessoas.

Na análise das condutas do Estado, a Corte reiterou “que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre”.³¹³ No caso, ficou confirmado que o Estado tinha conhecimento das situações de violação, pois, como resultado destas denúncias, foram realizadas fiscalizações na fazenda Brasil Verde nos anos de 1989, 1992, 1993, 1996, 1997, 1999 e 2000, mas, mesmo assim, não adotou medidas positivas necessárias para evitar os danos, nem para reparar os trabalhadores ou punir os responsáveis, não tendo, assim, propiciado uma proteção judicial em prazo razoável.

³¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso fazenda Brasil Verde...**, p. 71 e 72.

³¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso fazenda Brasil Verde...**, p. 82.

Outra violação grave apontada pela Corte foi a prática de discriminação estrutural pela existência de uma afetação desproporcional contra uma parte da população que compartilhava características relativas à sua condição de exclusão, pobreza e falta de estudos. Nos termos da sentença:

A Corte constata, no presente caso, algumas características de particular vitimização compartilhadas pelos 85 trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000: eles se encontravam em uma situação de pobreza; provinham das regiões mais pobres do país, com menor desenvolvimento humano e perspectivas de trabalho e emprego; eram analfabetos, e tinham pouca ou nenhuma escolarização. Essas circunstâncias os colocavam em uma situação que os tornava mais suscetíveis de serem aliciados mediante falsas promessas e enganos. Esta situação de risco imediato para um grupo determinado de pessoas com características idênticas e originários das mesmas regiões do país possui origens históricas e era conhecida, pelo menos, desde 1995, quando o Governo do Brasil expressamente reconheceu a existência de “trabalho escravo” no país.³¹⁴

Diante desses argumentos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que o Estado brasileiro foi responsável pela violação do direito a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, em prejuízo dos 85 trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000 na fazenda Brasil Verde; pela violação produzida no marco de uma situação de discriminação estrutural histórica, em razão da posição econômica dos 85 trabalhadores; por violar as garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável, em prejuízo dos 43 trabalhadores da fazenda Brasil Verde encontrados durante a fiscalização de 23 de abril de 1997; e por violar o direito à proteção judicial, em prejuízo dos 43 trabalhadores da fazenda Brasil Verde encontrados durante a fiscalização de 23 de abril de 1997, e dos 85 trabalhadores da fazenda Brasil Verde encontrados durante a fiscalização de 15 de março de 2000.

Além disso, determinou que o Estado brasileiro deveria reiniciar, com a devida diligência, as investigações e/ou os processos penais relacionados aos fatos constatados em março de 2000, para, em um prazo razoável, identificar, processar e, se fosse o caso, punir os responsáveis. Deveria, também, adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas, e pagar os montantes fixados à soma de US\$ 30.000,00 para cada um dos 43 trabalhadores da fazenda Brasil Verde que foram encontrados durante a fiscalização de 23 de abril de 1997 e que foram identificados pela Corte, e à soma de US\$ 40.000,00³¹⁵ para cada um dos 85 trabalhadores da fazenda Brasil Verde que foram encontrados durante a fiscalização de 15 de março de 2000.

17.5 MEDIDAS ADOTADAS PELO BRASIL REFERENTES AO CASO

Após a condenação, o Estado brasileiro iniciou uma série de ações para atender às determinações da Corte Interamericana. Quanto às indenizações, em 2017, o então Ministério dos Direitos Humanos lançou o edital público convocando as vítimas de trabalho escravo apontadas na sentença do caso *Trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil* para o pagamento dos valores determinados. Em março de 2017, a Procuradoria da República no município de Redenção/PA instaurou o Procedimento Investigatório Criminal n. 1.23.005.000177/2017-62 para retomar a apuração do caso.

Em dezembro de 2017, a então Procuradora-Geral da República Raquel Dodge assinou a Portaria n. 1.326, que determinava a criação de força-tarefa composta por quatro procuradores para atuar no Procedimento Investigatório Criminal n. 1.23.005.000177/2017-62, que iria apurar os crimes cometidos, com o objetivo de identificar, denunciar, processar e punir os responsáveis.

³¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso fazenda Brasil Verde...**, p. 88.

³¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso fazenda Brasil Verde...**, p. 119.

17.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A condenação internacional do Estado brasileiro por violações de direitos humanos no caso fazenda Brasil Verde, assim como nos demais casos, por um lado, demonstra o desrespeito aos inúmeros tratados e documentos internacionais que se comprometeu a observar. Mas, por outro lado, tem resultado em impacto positivo na realidade brasileira, motivando a criação de leis específicas, revisando diversos sistemas internos ocasionadores de violações de direitos humanos³¹⁶ e construindo políticas públicas de promoção de direitos humanos.

Após a redemocratização do país, sob a égide de uma Constituição Federal que garante a universalização dos direitos sociais, civis, econômicos e culturais, tornou-se necessário ao Brasil promover esforços no sentido de combater os altos índices de exclusão e desigualdade que instabilizam os regimes democráticos e a proteção dos direitos humanos. A adesão aos tratados internacionais de direitos humanos, em especial à Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, é iniciativa importante nesse sentido, abrindo duas dimensões de atuação na promoção dos direitos humanos no país: a dos defensores – organizações ou lideranças populares – dos direitos humanos, que podem buscar a realização desses direitos, objetivando seu caráter emancipador e contra hegemônico,³¹⁷ na esfera nacional ou internacional; e a da dimensão institucional, com o fortalecimento de uma leitura constitucional multinível³¹⁸ e com a necessária consolidação do controle de convencionalidade.³¹⁹

Na política pública e na regulação para o combate do trabalho escravo contemporâneo no Brasil, os resultados positivos desses esforços para a promoção dos direitos humanos podem ser notados no histórico das legislações e programas construídos para esse fim:

- Decreto n. 1.538, de 1995, pelo qual se criou o Grupo Interministerial para Erradicar o Trabalho Forçado (Gertraf);
- Plano Nacional para a Erradicação da Escravidão no Brasil, de 2002;
- Lei n. 10.803/2003, que modificou a redação do artigo 149 do Código Penal brasileiro;
- Portaria n. 540, de 15 de outubro de 2004, e de n. 2, de 12 de maio de 2011, pelas quais se instituiu o Registro de Empregadores Infratores (chamada “lista suja”);
- Criação, em 2003, da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae), que substituiu o Grupo Interministerial para Erradicar o Trabalho Forçado (Gertraf);

³¹⁶ GERVASONI, Tássia Aparecida; GERVASONI, Tamiris Alessandra. As condenações do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e suas repercussões na ordem jurídica interna. **Revista Videre**, [S.l.], v. 12, n. 24, p. 301-319, nov. 2020. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/11473/6846>. Acesso em: 20 maio 2021. p. 311.

³¹⁷ HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

³¹⁸ Nos termos de Melina Fachin: “Esta nova espacialidade pública articula-se em torno do princípio *pro persona*, “pautada pela força expansiva do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos, conferindo prevalência ao *human centered approach*”, ou seja, colocando o humano – concreto, e localizado – no centro do palco. Afastando-se do sujeito abstrato da modernidade jurídica, aqui são enfocadas as vítimas, os seres de carne e osso – encarnados – que vivem a fome, o medo, o ódio, o preconceito, a violência, a subjugação que são, muitas vezes, o anverso do discurso dos direitos”. FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos. **Revista Ibérica do Direito**, ano I, vol. I, n. I, jan./abr. 2020, p. 66-82, p. 56.

³¹⁹ O controle de convencionalidade, no entendimento de Valério Mazzuoli, tem por finalidade “compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional”. MAZZUOLI, Valério Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009, p.113-139, p. 128.

- Em dezembro de 2007, o Supremo Tribunal Federal do Brasil fixou o critério definitivo, no Recurso Extraordinário RE 398041, de que a Justiça Federal é a instância competente do Poder Judiciário para julgar os delitos relativos a condições análogas às de escravo previsto no artigo 149 do Código Penal brasileiro;
- Aprovação, em 2008, do Segundo Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo;
- Em 2014, ocorreu a promulgação da Emenda Constitucional 81, que altera o art. 243 da CF, para prever a expropriação de imóveis rurais ou urbanos em que se verifique a prática de trabalho escravo;
- Publicação da Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH n. 4, de 11/5/2016 – Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo.
- Em 2020, o STF decidiu pela constitucionalidade da “lista suja” do trabalho escravo.
- Em 2021, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) reconheceu a imprescritibilidade dos crimes ocorridos no âmbito do “Caso José Pereira”.

Apesar desses avanços significativos das últimas décadas, a instabilidade e a política, a fragilidade da democracia, a grande desigualdade social e a crescente crise econômica dos últimos anos no Brasil exigem a vigilância permanente para evitar perdas de direitos e retrocessos civilizatórios. A promoção dos direitos humanos continua sendo central para o futuro dos indivíduos e das coletividades no país.

REFERÊNCIAS

CORTE IDH. **Caso fazenda Brasil Verde vs. Brasil**: sentença de 20 de outubro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). San José da Costa Rica, 2016, p. 44. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 15 maio 2021.

CORTE IDH. **Caso José Pereira vs. Brasil**: solução amistosa 24 de outubro de 2003. San José da Costa Rica, 2003. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/brasil.11289.htm>. Acesso em: 15 maio. 2021.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, ano I, vol. I, n. I, jan./abr. 2020, p. 66-82.

GERVASONI, Tássia Aparecida; GERVASONI, Tamiris Alessandra. As condenações do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e suas repercussões na ordem jurídica interna. *Revista Videre*, v. 12, n. 24, p. 301-319, nov. 2020. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/11473/6846>. Acesso em: 20 maio 2021.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MAZZUOLI, Valéiro Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no Direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009, p.113-139.



18 A IMPORTANCIA DO DIÁLOGO INTERSISTEMÁTICO INTERNACIONAL ENTRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA³²⁰

18.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a discutir a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no diálogo institucional internacional com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e mais especificamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com o objetivo de concretizar direitos humanos em nosso país.

Para atingir o objetivo proposto, a pesquisa segue um itinerário que parte do estudo da estrutura e das funções do Sistema Interamericano de Direitos humanos, passa pela abordagem da atuação do CNJ e culmina na análise do diálogo institucional internacional entre a CIDH e o CNJ com o objetivo de concretização dos direitos humanos no Brasil.

A análise do citado diálogo institucional internacional é relevante, tendo em vista que a Corte Internacional possui inúmeros processos em que o Brasil figura como parte e, em alguns deles, o país foi condenado a adotar medidas, inclusive no tocante à esfera do Poder Judiciário, conforme será exposto no primeiro item deste artigo.

As condenações refletem em todo o Estado Brasileiro, gerando obrigações para os três poderes. O CNJ vem desempenhando relevante papel nesse diálogo para o monitoramento e a fiscalização das decisões da CIDH.

Para além disso, a CIDH, juntamente com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tem por função fazer prevalecer a Convenção Americana de Direitos Humanos, o que vai ao encontro também de inúmeras iniciativas do CNJ no âmbito da concretização dos Direitos Humanos em nosso país, razão pela qual é importante a análise desse diálogo internacional, que é voltado para a efetivação desses direitos.

18.2 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E AS CONDENAÇÕES DO BRASIL

Os direitos humanos, compreendidos como garantias jurídicas universais, possuem como principal marco histórico a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1948. Ainda em 1948 foi aprovada, também, a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo o Brasil um de seus membros fundadores. O país aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada Pacto de San José da Costa Rica.

³²⁰ Conselheira do Conselho Nacional de Justiça, Juíza do Trabalho, pós-doutora em direito do trabalho. Doutora em direito público. Mestre em direito, estado e cidadania. Professora do mestrado em direito da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes.

Conforme assinala Flávia Piovesan (2013, p. 343) o pacto “assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos” e “não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico”, limitando-se a determinar “aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos”.

O pacto também estabelece, em seu art. 33, a competência dos seguintes órgãos para apreciar os assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A comissão tem por função promover a observância e a defesa dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana, em relação aos Estados-Parte. Piovesan (2013, p. 345) destaca que “alcança, ainda, todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948”.

Para atingir seus objetivos, cabe à comissão formular recomendações aos governos dos Estados-partes, preparar estudos e relatórios, solicitar informações aos governos sobre as medidas adotadas para a efetivação da Convenção Americana e submeter um relatório anual à Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos (PIOVESAN, 2013, p. 345).

Já a corte interamericana tem competência, na forma do art. 61 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para conhecer, desde que reconhecida a competência pelo Estado-Parte,³²¹ “de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido”

A corte possui, assim, função consultiva e contenciosa. A primeira é relativa à interpretação das disposições da Convenção Americana e dos tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. A segunda, de caráter jurisdicional, refere-se à solução de controvérsias que se apresentam acerca ou aplicação da Convenção (FIX-ZAMUDIO, 1991, p. 177).

Especificamente em relação ao Brasil, houve, em 2006, a condenação do Estado brasileiro no caso Ximenes Lopes, em 2009 nos casos Escher e outros e no caso Garibaldi, em 2010 no caso Gomes Lund e outros e no caso Guerrilha do Araguaia. Já em 2016, o país foi condenado no caso dos Trabalhadores da fazenda Brasil Verde; em 2017, no caso Gomes Rosa Genoveva e no caso Evando de Oliveira e outros (favela Nova Brasília). Em 2018 tivemos as condenações do caso do povo indígena Xucuru e seus membros e no caso Herzog e outros. Em 2020, houve a condenação do Brasil no caso dos trabalhadores da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e em 2021 a condenação no caso Marcia Barbosa de Souza e familiares.

Todos esses casos requerem uma atenção especial do Estado brasileiro no cumprimento das condenações impostas e, por esse motivo, o CNJ vem se empenhando na atividade de monitoramento.

18.3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O CNJ foi inserido no art. 92, inc. I-A, da Constituição Federal, como órgão do Poder Judiciário e suas atribuições vão além da correção disciplinar da magistratura nacional, incluindo o desempenho das funções de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário.

³²¹ Ressalte-se que, por meio do Decreto n. 4.463/2002, houve o reconhecimento explícito do Estado brasileiro quanto à competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998.

As competências constantes do § 4º do art. 103-B foram regulamentadas e explicitadas no bojo do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ). Nesse sentido, o elo entre as competências constitucionais e normativas atribuídas ao CNJ relacionadas ao potencial gerencial do órgão, na busca do aumento da eficiência, racionalização, produtividade, ampliação do acesso à justiça, transparência e prestação de contas do Poder Judiciário, constam do Regimento Interno do CNJ, mais especificamente dos 36 incisos constantes no art. 4º.

O CNJ firmou-se como órgão central do Poder Judiciário com poder político para reunir e avaliar dados necessários com vistas a respaldar eventual ação/projeto/programa em prol da solução de problemas conjunturais e com potencial para adotar medidas institucionais e estratégicas de distribuição de justiça (ESCRIVÃO, 2010).

A primeira referência legislativa infraconstitucional sobre políticas judiciárias constou da Lei n. 11.364/2006, quando foram aprovadas as atividades de apoio ao CNJ, entre as quais se destacou a criação do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) e se consignou que um dos objetivos do DPJ se destina a “fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias. Na mesma oportunidade, foi criado o Departamento de Monitoramento do Sistema Carcerário e Socioeducativo.

O Regimento Interno do CNJ, assim, em seu art. 2º, afirma que integram o CNJ: “I – o Plenário; II – a Presidência II – a Corregedoria Nacional de Justiça; IV – os Conselheiros; V – as Comissões”. Já em seu art. 27, o Regimento prevê que o Plenário poderá criar comissões permanentes ou temporárias, compostas por, no mínimo, três conselheiros, para o estudo de temas e o desenvolvimento de atividades específicas do interesse respectivo ou relacionadas com suas competências.

Em relação ao arcabouço legislativo, tem-se, com base em Carvalho e Aquino (2014), que evolução histórica da criação do Conselho no cenário brasileiro foi marcada por três momentos:

1) durante o período ditatorial, com a edição da Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977; 2) durante a Assembleia Nacional Constituinte, no anteprojeto constitucional, Projeto A e Projeto B da Constituição Federal, sob a presidência dos constituintes Afonso Arinos e Ulysses Guimarães, respectivamente, e, sob a relatoria do constituinte Bernardo Cabral, que ensejou posteriormente a promulgação da Constituição de 1988; e, finalmente, 3) pós-1988, por meio do Projeto de Emenda à Constituição n. 96/1992, que ensejou a aprovação da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, esta intitulada de “Reforma do Poder Judiciário”. (CARVALHO; AQUINO, 2014, p. 11)

Durante a primeira fase, apontada acima, tem-se um órgão de controle que foi juridicamente criado com cunho apenas disciplinar, tendo, ainda, competência para avocar processos disciplinares formulados contra juízes de primeiro grau e também determinar aposentadoria ou disponibilidade.³²²

Quanto ao segundo período, no curso dos debates e na evolução das propostas relativas à criação do CNJ, ainda na época da Assembleia Nacional Constituinte, a concepção inicial estava centrada na perspectiva de que o controle necessário ao Poder Judiciário era apenas de conotação disciplinar. Tal viés gerou forte resistência por parte dos membros da Magistratura,

³²² Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977: “SEÇÃO III – Do Conselho Nacional de Magistratura. Art. 120. O Conselho Nacional da Magistratura, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal, e por este escolhidos. §1º Ao Conselho cabe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. §2º Junto ao Conselho funcionará o Procurador-Geral da República”.

o que acabou por excluir a previsão do texto originário da constituição.³²³ Com a não inserção na Constituição de 1988, os debates em torno da instituição de um órgão externo de controle foram reiniciados no ano de 1992 e culminaram na EC 45.

Abordando o contexto da criação do CNJ, Tereza Sadek (2004, p. 2) expõe que a discussão sobre a reforma do judiciário supõe posicionamentos sobre o papel e a extensão da presença pública do Poder Judiciário, tema que até hoje é bastante debatido, a partir de estudos sobre a judicialização da política.

Como ressalta Gilmar Mendes (2016, p. 21), a criação do CNJ ocorreu como “forma de integração e coordenação dos diversos órgãos do Poder Judiciário, por meio de uma instituição central com atribuições de controle e fiscalização de caráter administrativo, financeiro e correcional”.

Dias Toffoli (2016, p. 166) aponta que a missão do CNJ era “romper com a inércia, a falta de estrutura e as limitações de ordem sociológica das corregedorias dos tribunais”. Ressalta, ainda, o autor as tarefas de “organizar, planejar, indicar caminhos, horizontes e metas no aperfeiçoamento da gestão da coisa pública, tudo voltado a uma maior eficiência e efetividade do Poder Judiciário no cumprimento de seus deveres e sua missão” (TOFFOLI, 2016, p. 167).

De acordo com Robl Filho (2013, p. 238), o CNJ realiza *accountability* horizontal, especificamente judicial comportamental e institucional. Ressalta, ainda, que o Conselho não exerce *accountability* judicial decisional, pois não detém poder jurisdicional originário ou revisional.³²⁴

O CNJ firmou-se como órgão central do Poder Judiciário com poder político para reunir e avaliar dados necessários com vistas a respaldar eventual ação/projeto/programa em prol da solução de problemas conjunturais e com potencial para adotar medidas institucionais e estratégicas de distribuição de justiça (ESCRIVÃO, 2010).

Nessa perspectiva, podemos citar 19 dimensões operacionais do CNJ, agrupadas da seguinte forma por Rafael Lazari:

(i) nove dimensões operacionais intrajudiciais tradicionais (dimensão genérica de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário; dimensão de zelo pela autonomia do Poder Judiciário; dimensão de zelo pelo art. 37, CF e pela legalidade de atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário; dimensão de controle da atuação funcional do Poder Judiciário; dimensão de representação; dimensão publicística; dimensão de corregedoria; dimensão de ouvidoria; e dimensão de controle de precatórios); (ii) quatro dimensões operacionais intrajudiciais inovadoras (dimensão dialógica interna; dimensão de boa governança; dimensão de

³²³ No Projeto A da Constituição, sob a relatoria do constituinte Bernardo Cabral, foi excluído o art. 280 do Anteprojeto Constitucional, porém estabeleceu a exigência de criação de estatuto da magistratura, mediante leis complementares federal e estadual. Já no Projeto B, apreciado no 2º turno de discussão e votação, houve a opção por excluir completamente a criação do Conselho de Magistratura.

³²⁴ Segundo Robl Filho (2013, p. 30) *accountability* é a possibilidade de “uma pessoa física ou jurídica que recebeu uma atribuição ou delegação de poderes de prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política e/ou juridicamente pelas suas atividades”. A *Accountability* pode ser dividida em vertical e horizontal. A vertical seria a possibilidade de os cidadãos realizarem um controle que, do ponto de vista eleitoral, quer mesmo pela imprensa. Já na *accountability* horizontal agentes estatais e/ou as instituições públicas solicitam informações de outras instituições e/ou agentes públicos, com plena competência de sancioná-los em casos de irregularidades ou descumprimento de lei (ROBL FILHO; 2013, p. 30). Nesse contexto, está inserida a *accountability* judicial, que é conceituada como “uma forma específica de *accountability* à qual se submete o Poder Judiciários. Essa forma de *accountability* é exercida por meio de instrumento dos modelos de *accountability* na sociedade e no Estado No poder judiciário, a *accountability* judicial decisional significa a possibilidade de requerer informações e justificações dos magistrados pelas decisões judiciais, além de aplicar uma sanção por essas decisões. *Accountability* judicial comportamental significa receber informações e justificações sobre o comportamento dos magistrados (honestidade, integridade, produtividade e outros), também sendo autorizada a atribuição de sanção. Por fim, *accountability* judicial institucional diz respeito às informações e às justificações sobre ações institucionais (administração, orçamento, relações com outros poderes), assim como a sanção pela realização de processos institucionais inadequados.” (ROBL FILHO; 2013, p. 30- 31).

experimentalismo normativo e institucional; e dimensão de *accountability*); (iii) três dimensões operacionais interinstitucionais federativas (dimensão federativa diagnóstica; dimensão federativa dialógica; e dimensão federativa normativa); e, por fim, (iv) três dimensões operacionais interinstitucionais republicanas (dimensão republicana comunicativa; dimensão republicana de força normativa da Constituição; e dimensão republicana de uma sociedade aberta de intérpretes). (LAZARI, 2015, p. 254-255)

Para além das 19 já apresentadas, Rafael Lazari (2015, p. 255) menciona, ainda, uma 20ª dimensão operacional, denominada internacional dialógico-integrativa, de caráter experimental, fundada no Estado Constitucional Cooperativo.

Essa última dimensão dialógica é justamente o objeto do próximo item deste artigo.

18.4 O DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL INTERNACIONAL ENTRE CIDH E CNJ

O CNJ, durante sua história, vem incrementando seu diálogo institucional com a CIDH, inclusive tendo aprovado, na sessão de 15 de dezembro de 2020, a Resolução n. 364/2020. A Resolução estabeleceu a criação de uma unidade específica de monitoramento das decisões da Corte por meio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF). Tal unidade irá manter banco de dados bem como fiscalizar as medidas adotadas para o cumprimento das sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas emitidas pela CIDH.

Em 10 de dezembro de 2020 o CNJ firmou Acordo de Cooperação Técnica com a CIDH justamente para aprimorar o diálogo interinstitucional internacional, iniciativa que repete outras congêneres realizadas em anos anteriores pelas duas instituições. Com efeito, vários acordos e protocolos de intenções foram firmados em diversos momentos com a CIDH, principalmente envolvendo questões relativas ao sistema carcerário e questões da primeira infância e divulgação de decisões da corte.³²⁵ Além disso, o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão já tinha a temática em seu escopo de atuação. No entanto, efetivamente o monitoramento tende a ser mais efetivo a partir das novas iniciativas que institucionalizaram uma unidade interna com esta função específica.

Entre as atribuições da unidade de monitoramento prevista na Resolução n. 364/2020, estão a de criar e manter banco de dados com as deliberações e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Brasil, adotar as providências para monitorar e fiscalizar as medidas adotadas pelo Poder Público para o cumprimento das sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana envolvendo o Estado brasileiro; sugerir propostas e observações ao Poder Público acerca de providências administrativas, legislativas, judiciais ou de outra natureza, necessárias para o cumprimento das decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro.

A resolução prevê, ainda, no mesmo dispositivo, as atribuições de solicitar informações e monitorar a tramitação dos processos e procedimentos relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em tramitação no país que tratem de forma direta ou indireta de obrigações relacionadas a decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos

³²⁵ O CNJ é o guardião da jurisprudência em língua portuguesa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme Memorando de Entendimento firmado entre as instituições. O portal do CNJ possui *link* específico para divulgação das decisões da CIDH até 2014, tendo contudo sido descontinuado o trabalho a partir daquele ano: <https://www.cnj.jus.br/category/publicacoes/corte-interamericana-de-direitos-humanos-cidh/>

envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral; elaborar relatório anual sobre as providências adotadas pelo Estado brasileiro para cumprimento de suas obrigações internacionais oriundas das sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, também cabe, à nova unidade, encaminhar às autoridades competentes as decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro para apuração de eventual responsabilidade administrativa, cível ou criminal pelos feitos apontados; acompanhar a implementação de parâmetros de direitos fundamentais estabelecidos por sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas de Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro, acompanhar a implementação de outros instrumentos internacionais pelos quais se estabeleçam obrigações internacionais ao Estado brasileiro no âmbito dos direitos humanos.

Saliente-se que a importância desse intercâmbio internacional entre CIDH e CNJ é justamente a efetivação dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos no plano interno do país.

A vinculação às sentenças da Corte IDH decorre da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e da submissão à jurisdição da Corte IDH, a qual formula decisões que produzem autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes do litígio.

Nesse sentido, surge o dever de controlar a convencionalidade. Por esse motivo, foi autuado o procedimento Ato Normativo sob número 8759-49, de Relatoria da Conselheira Flávia Pessoa, que apresenta proposta de recomendação de observância dos tratados de direitos humanos, bem como do uso da jurisprudência da Corte interamericana de direitos humanos. A proposta foi formulada em 2021, no âmbito do grupo de estudo Cortes Internacionais (SEI 9688/2021), fruto dos trabalhos desenvolvidos a partir do evento Acesso à Justiça: diálogo, diversidade e desenvolvimento, realizado pelo CNJ em 21 de maio de 2021.

18.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O diálogo interinstitucional internacional entre o Poder Judiciário brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos é fundamental para que o país consiga adequadamente se inserir no contexto internacional e efetivamente cumprir as convenções internacionais a que se obrigou, bem como atender as determinações exaradas pela corte nas condenações impostas ao Estado brasileiro.

Por esse motivo, o Conselho Nacional de Justiça vem se empenhando para cumprir o seu papel de centralidade no âmbito das políticas públicas judiciárias e, especificamente, no tocante à necessidade de monitoramento das condenações impostas.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Cristiane Caldas; AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Souza. **Reforma do poder judiciário brasileiro**: uma análise histórico-normativa sobre a criação do Conselho Nacional de Justiça. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?co-d=9bf8d7d48a8543f9>. Acesso em: 29 dez. 2020.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Dimensões operacionais nas relações intrajudiciais e interinstitucionais do Conselho Nacional de Justiça**. Tese de doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/09/7663cf7f665d1d48da1707b544977424.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio. **Conselho Nacional de Justiça**: fundamentos, processo e gestão. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais**: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ROBL FILHO, I. R. **Conselho Nacional de Justiça**: estado democrático de direito e accountability. São Paulo: Saraiva, 2013.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**, Campinas, vol. X, n. 1, maio 2004, p. 1-62. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/op/v10n1/20314.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.

TOFFOLI, José Antônio Dias. A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ações em que se impugnam decisões do Conselho Nacional de Justiça. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins; MARRAFON, Marco Aurélio. **Conselho Nacional de Justiça**: fundamentos, processo e gestão. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 164-185.

