

INTER
REVISTA DE DIREITO
INTERNACIONAL E
DIREITOS HUMANOS DA
UFRJ



Número 02 - 2021
Rio de Janeiro

ISSN: 2596-3503

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ

Volume 4, Número 2
Jul. / Dez. 2021

Editor-Chefe Prof. Dr. Sidney Guerra

Contato interfndufrj@gmail.com

Equipe editorial André Luiz Pereira Spinieli
Lays Serpa Oliveira Silva
Marcelo José das Neves
Rodrigo Cortes Pujani

Capa Sabrina Pacheco de Souza

Conselho Editorial Internacional

Prof. Dr. Carlos Mata Prates
Prof. Dr. Christian Sommer
Prof^a Dr^a Ena Rocío Carnero Arroyo
Prof. Dr. Fabián Omar Salvioli
Prof. Dr. Jonatas Eduardo Mendes Machado
Prof^a Dr^a Laura Garcia Juan
Prof. Dr. Luis Miguel Macho
Prof^a Dr^a Luz Estrela Nagle
Prof. Dr. Manuel Becerra Ramirez
Prof. Dr. Ricardo Abello Galvis
Prof^a Dr^a Sandra C. Negro

Conselho Editorial Nacional

Prof. Dr. Walter Arévalo Ramirez
Prof. Dr. André Augusto Malcher Meira
Prof. Dr. André de Carvalho Ramos
Prof. Dr^a Carmem Tiburcio
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes
Prof. Dr. Eduardo Manuel Val
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto
Prof^a Dr^a Fernanda Figueira Tonetto Braga
Prof. Dr. Fernando César Costa Xavier
Prof^a Dr^a Flávia Piovesan
Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Prof. Dr. José Carlos Buzanello
Prof. Dr. José Francisco Rezek
Prof. Dr. Leonardo Nemer Caldeira Brant
Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter
Prof. Dr. Marcílio Toscano Franca Filho
Prof^a Dr^a Maria Elizabeth Guimarães Teixeira da Rocha
Prof. Dr. Paulo Borba Casella
Prof. Dr. Paulo Edvandro da Costa Pinto
Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos
Prof. Dr. Rui Aurélio de Lacerda Badaró
Prof. Dr. Siddarta Legale
Prof. Dr. Sidney Guerra
Prof^a Dr^a Tatiana Almeida Freitas Rodrigues Squeeff
Prof^a Dr^a Vanessa Berner
Prof^a Dr^a Viviane Coelho de Sellos Knoerr
Prof. Dr. Wagner Menezes

INTER

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS DA UFRJ

Volume 4, Número 2

Jul. / Dez. 2021

Sumário

Apresentação

Sidney Guerra

Página 4 – 7

A globalização, as transnacionais, o pacto global, o *compliance* e a pandemia do Covid-19 no Brasil

Ana Caroline Puglioli; Luís Alexandre Carta Winter

Páginas 8 – 35

A prevenção de desastres à luz das obrigações empresariais de respeito aos Direitos Humanos

Diogo Calazans Ferreira Heilbuth; Rodrigo Vitorino Souza Alves

Páginas 36 – 56

A reclamação trabalhista e a imunidade de jurisdição do Estado: evolução do costume internacional

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

Páginas 57 – 79

Cities of Goddess: roles and experiences of womanhood in the militarized favelas of Rio de Janeiro

Amanda Pimenta da Silva

Páginas 80 – 95

Controle de Convencionalidade da reforma trabalhista pelos Magistrados de 1º grau

do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região

Richardy Videnov Alves dos Santos; Thiago Oliveira Moreira; Bento Herculano Duarte Neto

Páginas 96 – 125

Desastres ambientais no meio marinho em decorrência do derramamento de óleo:

a (in)suficiência dos instrumentos jurídicos de mitigação do dano e resposta eficaz

Livia Maria Souza; Tarin Cristino Frota Mont'alverne

Páginas 126 – 154

**O direito à educação em Direitos Humanos após a queda do Muro de Berlim:
o que a ONU tem a dizer 32 anos depois?**

**Maria Creusa de Araújo Borges; Cristiani Pereira de Moraes Gonzales; Ângelo José Menezes Silvino
Páginas 155 – 175**

**Óbito também é alta: a total desumanização das pessoas idosas durante a pandemia de Covid-19
Melina Girardi Fachin; Catarina Mendes Valente Ramos**

Páginas 176 – 196

**The origin of the margin of appreciation and the jurisprudence of the European System of Human Rights
and Inter-American System of Human Rights**

Raquel Guerra

Páginas 197 – 210

**Tratados internacionais e o devido processo legal na Corte Interamericana de Direitos Humanos:
alcance e sentidos da proteção judicial**

André Luiz Valim Vieira

Páginas 211 – 224

APRESENTAÇÃO

Após dois anos da pandemia da COVID-19, pode-se observar grandes avanços em diversos campos, como a resposta rápida dada pela comunidade científica para a produção da vacina, mas também gigantescos retrocessos e, em particular, em matéria de direitos humanos e do direito internacional. Neste sentido, conforme assentado em outra oportunidade (Direito internacional das catástrofes. Curitiba: Instituto Memória, 2021), a COVID-19 tornou-se uma catástrofe global e trouxe diversas repercussões para o sistema internacional, como por exemplo, o descumprimento de contratos internacionais; o fechamento de fronteiras dos Estados nacionais; a prática da “pirataria moderna”; racismo; xenofobia; aumento da pobreza; etc.

Não por acaso muitos estudos formulados para este novo número da INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ passam por questões que envolvem a Covid-19 e violações aos direitos humanos, porém, sem olvidar da formulação de respostas e caminhos a serem seguidos para fazer frente aos desafios que são colocados para o mundo atual. Nesta toada, a presente edição é inaugurada com o estudo formulado por Ana Caroline Puglioli e Luís Alexandre Carta Winter sobre as relações entre a globalização, a expansão das empresas transnacionais e a necessidade de localizar elementos que auxiliem diretamente na consecução dos fins do *compliance* em tempos pandêmicos. O artigo **A GLOBALIZAÇÃO, AS TRANSNACIONAIS, O PACTO GLOBAL, COMPLIANCE E A PANDEMIA DO COVID-19 NO BRASIL** tem como proposta questionar os níveis de eficácia na aplicação do *compliance* enquanto ferramenta útil à materialização de boas práticas corporativas no setor de saúde pública e privada ao longo da pandemia de Covid-19 no Brasil. Em continuidade à temática de responsabilidades empresariais em direitos humanos, o artigo **A PREVENÇÃO DE DESASTRES À LUZ DAS OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS DE RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS**, de autoria de Diogo Calazans Ferreira Heilbuth e Rodrigo Vitorino Souza Alves, investiga como a assimilação de obrigações empresariais voltadas à proteção dos direitos humanos contribuem diretamente para a prevenção de desastres. No texto, os autores indicam quais as consequências jurídicas decorrentes do descumprimento de diretrizes preventivas para a gestão dos riscos da atividade empresarial.

Rocco Antônio Rangel Rosso Nelson apresenta o estudo intitulado **A RECLAMAÇÃO TRABALHISTA E A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO:**

EVOLUÇÃO DO COSTUME INTERNACIONAL, no qual analisa se o Brasil teria possibilidade de declarar o direito em questões trabalhistas que envolvam diretamente Estados estrangeiros e, em caso positivo, as condições de executar o teor da sentença. Nesse viés, o escrito disserta sobre questões polêmicas em direito internacional, como a imunidade jurisdicional do Estado em matéria trabalhista ou mesmo sua possibilidade de relativização no contexto de uma demanda judicial dessa natureza. Na sequência, Amanda Pimenta da Silva estuda, a partir de uma abordagem de gênero, os papéis experimentados por mulheres em favelas militarizadas no Rio de Janeiro, tendo como parâmetros as negligências históricas e artísticas das mulheres nesses espaços. Assim, o artigo nomeado **CITIES OF GODDESS: ROLES AND EXPERIENCES OF WOMANHOOD IN THE MILITARIZED FAVELAS OF RIO DE JANEIRO** explora a figura da mulher e suas experiências no contexto das favelas militarizadas na cidade do Rio de Janeiro, bem como os efeitos desse cenário na configuração da vida das mulheres.

Voltando-se às interseccionalidades existentes entre o direito internacional e as normas trabalhistas, o artigo **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA PELOS MAGISTRADOS DE 1º GRAU DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO**, de autoria de Richardy Videnov Alves dos Santos, Thiago Oliveira Moreira e Bento Herculano Duarte Neto, explora a ideia de um controle judicial de convencionalidade realizado pela Justiça do Trabalho brasileira frente às novas normas trabalhistas inseridas pela Lei nº. 13.467/2017, responsável por uma mudança estrutural do trabalho no país. Com isso, os autores procuram visualizar se os juízes do trabalho vinculados ao Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região têm recorrido à técnica do controle de convencionalidade para decidir favorável ou contrariamente às normas trabalhistas postas pela reforma. Noutra perspectiva, Lívia Maria Souza e Tarin Cristino Frota Mont'alverne escrevem o artigo **DESASTRES AMBIENTAIS NO MEIO MARINHO EM DECORRÊNCIA DO DERRAMAMENTO DE ÓLEO: A (IN)SUFICIÊNCIA DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE MITIGAÇÃO DO DANO E RESPOSTA EFICAZ**. No trabalho, as autoras analisam os impactos negativos da industrialização na vida dos oceanos provocados fundamentalmente pelo aumento dos níveis de poluição, e quais têm sido as respostas da comunidade internacional frente a tais problemas. Para isso, analisam a atuação de órgãos governamentais frente aos recentes incidentes de derramamento de óleo na costa brasileira e buscam comprovar que o Brasil não tem dado a devida atenção aos instrumentos jurídicos responsáveis pela mitigação dos danos ao meio ambiente marinho.

Maria Creusa de Araújo Borges, Cristiani Pereira de Moraes Gonzales e Ângelo José Menezes Silvino escrevem sobre **O DIREITO À EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS APÓS A QUEDA DO MURO DE BERLIM: O QUE A ONU TEM A DIZER 32 ANOS DEPOIS?**, no qual debatem não apenas a contextualização da educação em direitos humanos como um direito autônomo, mas principalmente o modelo educacional em direitos pensado no contexto da ONU. Para isso, selecionam como referencial histórico a celebração dos 32 anos da queda do Muro de Berlim – símbolo da Guerra Fria e da repartição do mundo em dois ambientes ideológicos contrapostos. Em seguida, Melina Girardi Fachin e Catarina Mendes Valente Ramos trazem à tona importante contribuição denominada **"ÓBITO TAMBÉM É ALTA": A TOTAL DESUMANIZAÇÃO DAS PESSOAS IDOSAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19**. No texto, as autoras exploram o cenário complexo da pandemia de Covid-19 no que diz respeito à desumanização e à monetização da vida das pessoas idosas. Enquanto grupo vulnerável, observa-se que se tratam de pessoas mais suscetíveis aos efeitos do vírus, especialmente pela taxa de mortalidade mais elevada em relação a outros grupos e que impõe significativos desafios ao direito nacional e internacional no que tange à proteção da população idosa.

THE ORIGIN OF THE MARGIN OF APPRECIATION AND THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS AND INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS foi o assunto escolhido por Raquel Guerra, pesquisadora vinculada ao LEPADIA, em que investiga o instituto da margem de apreciação e sua implementação no âmbito dos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos e verifica os limites de seu uso e principalmente os níveis de aceitabilidade da doutrina em ambos os sistemas protetivos e para encerrar este número, André Luiz Valim Vieira redige interessante estudo sobre os **TRATADOS INTERNACIONAIS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ALCANCE E SENTIDOS DA PROTEÇÃO JUDICIAL**, no qual analisa tratados internacionais nos quais o Brasil manifestou adesão ou concordância e que tratam diretamente do princípio do devido processo legal internacional e como essa questão tem sido contemplada no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, queremos agradecer (todo o corpo editorial da INTER) aos pesquisadores e pesquisadoras, pelos diversos estudos enviados e que possibilitou, mais uma vez, oferecer este belo trabalho acadêmico; aos integrantes do Conselho Editorial e pareceristas; aos leitores e leitoras, pelas mensagens, acessos e citações. O jovem periódico, que chega ao seu sétimo

número, se consolida a cada dia no Brasil e no exterior e torna-se motivo de júbilo para toda a comunidade acadêmica. Uma excelente leitura!

Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 2021.

Prof. Dr. Sidney Guerra
Professor Titular de Direito Internacional e Direitos Humanos
Editor da INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ

A GLOBALIZAÇÃO, AS TRANSNACIONAIS, O PACTO GLOBAL, O COMPLIANCE E A PANDEMIA DO COVID-19 NO BRASIL

GLOBALIZATION, TRANSNATIONAL, GLOBAL COMPACT, COMPLIANCE AND THE COVID-19 PANDEMIC IN BRAZIL

Ana Caroline Puglioli¹

Luís Alexandre Carta Winter²

Resumo: O presente estudo parte de uma perspectiva histórica sobre o papel da globalização na expansão das empresas transnacionais, a fim de identificar quando e por qual motivo essas organizações passaram a adotar medidas e programas de conformidade. A pesquisa busca estudar, de forma breve, se há elementos que podem auxiliar o *Compliance* a alcançar o seu objetivo: manter a empresa em conformidade com as leis e com as melhores práticas. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo e o procedimental, de análise bibliográfica. Com isso, o trabalho observa e questiona se há eficácia na aplicação do *Compliance* como instrumento de garantia de boas práticas no ambiente corporativo e se ele pode ser complementado por outras medidas, como o *Environmental, Social and Governance* (ESG), iniciativa oriunda do Pacto Global da ONU; logo, o artigo analisa a atuação de empresas nacionais e transnacionais no setor de saúde pública e privada durante a pandemia de COVID-19 no Brasil.

Palavras-chaves: *Compliance*. Transnacionais. Pacto Global. Conformidade corporativa. ESG.

Abstract: This study is based on a historical perspective on the role of globalization in the expansion of transnational enterprises, in order to identify when and why these organizations began to adopt compliance measures and programs. The research seeks to study briefly whether there are elements that can help Compliance achieve its goal: to keep the company in compliance with laws and best practices. The approach method used was the hypothetical-deductive and the procedural, bibliographic analysis. With this, the work observes and questions whether there is

¹ Bacharel em Direito da PUCPR. Membro do NEADI – PUCPR. E-mail: anapuglioli@gmail.com.

² Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCPR. Coordenador do NEADI PUCPR. E-mail: lacwad@gmail.com.



effectiveness in the application of Compliance as an instrument to guarantee good practices in the corporate environment and whether it can be complemented by other measures, such as Environmental, Social and Governance (ESG), an initiative derived from the UN Global Compact; therefore, the article analyzes the performance of national and transnational companies in the public and private health sector during the COVID-19 pandemic in Brazil.

Keywords: Compliance. Transnational. Global Compact. Corporate *compliance*. ESG.

Sumário: 1 Introdução - 2 O papel da globalização na expansão das empresas transnacionais -3 Legislações internacionais aplicáveis às transnacionais - 4 Pacto Global: o ESG e os ODS como instrumentos de boa governança corporativa e o respeito aos direitos humanos - 5 Compliance: contextualização histórica - 5.1 O Programa de *Compliance* nas transnacionais - 5.2 *Compliance* como aliado na estratégia ESG - 6 A conformidade corporativa durante a pandemia de COVID-19 no Brasil - 6.1 A conduta das farmacêuticas na venda de vacinas: análises de casos concretos - 6.2 Caso *Prevent Senior* - 7 Considerações finais - 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é analisar a efetividade do Programa de *Compliance* nas empresas - com enfoque nas transnacionais - e verificar se existem outras formas de contribuição para o alcance das metas propostas pelo programa, quais sejam: manter a empresa em conformidade com as leis e com as melhores práticas, respeitando, inclusive aos direitos humanos.

A escolha por explorar a temática das farmacêuticas e demais empresas da área da saúde, se deu em razão das condutas controversas e questionáveis com relação às boas práticas estabelecidas em sólidos programas de *Compliance* que foram observadas durante sua atuação na pandemia de Covid-19; empresas transnacionais, especialmente as responsáveis pela venda de vacinas aos países, apresentaram formas de negociação que se desvincularam do que é estabelecido pelas regras de conformidade corporativa, como a operadora brasileira de planos de saúde, *Prevent Senior*, que teve sua conduta questionada e passou a ser objeto de investigação na CPI da Covid.



Nesse sentido, este estudo busca abordar as práticas empresariais que demonstram o interesse em atender aos seguintes elementos presentes no Pacto Global da ONU: *Environmental, Social and Governance* (ESG); ainda, foi verificado se os termos que designam o ESG estão ligados ao *Compliance*. Para tanto, foram analisados casos concretos para identificar, nas condutas empresariais, se existe a conciliação entre os negócios e o *Compliance*, ou se as boas práticas esperadas são deixadas de lado quando o cenário social se mostra desfavorável, como no contexto de pandemia global.

Assim, foi por meio da observância ao *Compliance* (inserido no cenário pandêmico), das legislações internacionais aplicáveis às empresas transnacionais, bem como no levantamento bibliográfico, que se trabalhou para responder ao questionamento que impulsiona esta pesquisa: é o *Compliance* um instrumento suficiente para garantir as melhores práticas de negócios nas empresas transnacionais e, ao mesmo tempo, respeitar aos direitos humanos? A questão dos direitos humanos, propriamente, é incidental ao presente artigo, muito mais pautada para o fim, em si, do que, propriamente, a análise das normas e Convenções sobre o tema direitos humanos.

Diante da escolha do tema para a pesquisa, nos deparamos com algumas dificuldades relativas à bibliografia, como encontrar informações atualizadas e conteúdo adequado à proposta do trabalho, que é estudar o conceito de *compliance* aplicado às práticas empresariais no contexto de pandemia de Covid-19. Por isso, a escolha foi a de utilizar, majoritariamente, os estudos de Luís Roberto Antonik, Patricia Almeida de Moraes e Katharina Wulf, autores que abordam a conformidade corporativa, responsabilidade empresarial e estrutura do Programa de *Compliance*. Dessa forma, os estudos sedimentados sobre o tema foram desenvolvidos de modo a auxiliar na compreensão sobre o papel das empresas ligadas ao setor da saúde e sua forma de atuação num cenário pandêmico de abrangência mundial.

Como metodologia de pesquisa, optou-se pela análise hipotético-dedutiva, na qual a problematização deu início às indagações para, em seguida, serem levantados os dados históricos e econômicos que responderam à pesquisa. Como método de procedimento, nos valem da pesquisa bibliográfica como meio para a obtenção de resultados e estudo aprofundado do tema, por meio de materiais já publicados.



Desse modo, o artigo foi dividido em três partes: a primeira, se propõe a realizar a análise histórica de acontecimentos que culminaram no cenário atual, o de atenção à responsabilidade social, ambiental e de conformidade legal.

A segunda parte estuda, sobremaneira, os mecanismos adotados por empresas, como a adesão ao Pacto Global da ONU e a estruturação do Programa de *Compliance*. Nesse momento, buscamos visualizar qual seria o cenário ideal no contexto mundial de alinhamento estrutural de administração corporativa.

A última parte destina-se à análise de condutas empresariais diretamente ligadas à área da saúde durante a pandemia de Covid-19. Foram utilizados os casos de empresas farmacêuticas transnacionais envolvidas na venda de insumos e vacinas, como a Sinovac, Pfizer e Bharat Biotech, além da *Prevent Senior*, operadora de planos de saúde nacional.

Por último, foram realizadas considerações acerca da pesquisa e expusemos a conclusão a que chegamos sobre a efetividade do *Compliance* como instrumento de conformidade, com base nos casos ocorridos durante a pandemia e já estudados.

2 O PAPEL DA GLOBALIZAÇÃO NA EXPANSÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS.

A evolução tecnológica ocorrida em meados do século XX - nos Estados Unidos e Europa, principalmente - promoveu avanços na produção industrial, a expansão do fluxo de informações trocadas, a aceleração de transações econômicas e a difusão de determinados valores políticos e morais em escala universal.³

Tais características, pertinentes ao contexto da globalização, tiveram significativo impacto econômico e social, além de contribuir para a chegada de novos desafios a serem enfrentados pelos Estados, que já não eram capazes de resolver suas questões somente por meio do tradicional Direito interno.⁴ Assim, as regras necessárias ao enquadramento de práticas

³ BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado: política, sociedade e economia**. Editora Contexto, 5ª edição. São Paulo, 2010, p. 10. Disponível em: <<https://admunip.files.wordpress.com/2012/09/alexandre-de-freitas-barbosa-o-mundo-globalizado-completo.pdf>> Acesso em: 01 set. 2021.

⁴ WACHOWICZ, Marcos. **OS ATIVOS INTANGÍVEIS DA EMPRESA: A tutela jurídica das novas tecnologias e know-how**, p. 09. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2017/12/artigo_a_empresa_e_seus_ativos_intangiveis-2.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.



empresariais tomaram, pouco a pouco, a dimensão de normas internacionais que precisavam ser observadas pelos Estados.

Foi no cenário pós Segunda Guerra Mundial que se fez necessária a criação de mecanismos de proteção, estímulo e desenvolvimento da economia e comércio mundial. Em 1944, representantes dos principais Estados reuniram-se em Bretton Woods, nos Estados Unidos, para dar início a Organizações Internacionais, como o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT).⁵

Com o advento das proposições estabelecidas pelo acordo de Bretton Woods, o papel das empresas transnacionais ganhou corpo e relevância para além do âmbito econômico, refletindo-se, sobremaneira, nas esferas sociais e ambientais de diversos países. De tal forma, as regras para atuação empresarial foram sendo cada vez mais controladas, logo, após o acordo, surgiu o

Tratado Multilateral do Comércio de 1947, conhecido como GATT-1947, [que] tinha por objetivo a regulamentação da economia, com vistas à liberação do comércio, retraído após a crise de 1929, em caráter provisório até a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), prevista para o ano seguinte. A criação da OIC, prevista para 1948, apenas se tornou realidade em 1994, com a origem da OMC.⁶

Ainda, tais movimentos de regulamentação do comércio internacional foram possíveis porque houve o crescimento econômico das empresas privadas e, principalmente, de sua influência política sobre os Estados nos quais encontravam-se. Assim, em observância aos aspectos concorrenciais entre as transnacionais, foram criadas também regras para o comércio internacional, agora em 1994.⁷ O que, em tese, poderia facilitar esse cuidado.

⁵ VARELLA, M. D. **Direito internacional público**. São Paulo-SP, Brasil: Editora Saraiva, 2017. 9788547229344. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229344/>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁶ WINTER, Luis Alexandre Carta; WACHOWICZ, Marcos. **Empresa transnacional como fator de desenvolvimento e integração regional da América Latina**. Congresso Nacional do CONPEDI (16.: 2008: Salvador, BA), p. 1506. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luis_alexandre_carta_winter.pdf> Acesso em: 01 set. 2021.

⁷ *Ibidem*.



3 LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS APLICÁVEIS ÀS TRANSNACIONAIS

Inicialmente, se faz necessário mencionar a diferença entre o conceito de empresa multinacional e transnacional. Para tanto, Celso Albuquerque Mello esclarece que

A ONU consagrou a expressão transnacional, isto é, de empresas que atuam além e através das fronteiras estatais. É mais correto, porque o qualificativo “multinacional” podia conduzir a equívoco se fosse interpretado ao pé da letra, vez que estas empresas não têm muitas nacionalidades. Assim a matriz é norte-americana, a subsidiária no Brasil é brasileira, a subsidiária na Argentina é argentina, etc.⁸

Partindo desse conceito, o presente artigo adotará o termo de transnacionais para tratar destas empresas que, devido ao seu expressivo poder econômico, têm condutas que extrapolam a esfera corporativa e geram impactos políticos, sociais e ambientais em outros meios. O golpe de estado ocorrido em 1972 no Chile exemplifica a dimensão que grandes empresas apresentam. Com o aporte financeiro de corporações estadunidenses, como a *Telephone & Telegraph Corporation* (ITT), a CIA arquitetou e executou a queda do então presidente Salvador Allende, desencadeando no país o período de ditadura militar que foi mantido por 17 anos.⁹

Após o evento político, a ONU passou a se preocupar com a conduta de empresas transnacionais, pois ao operarem em mais de um país, elas assumem a personalidade jurídica estabelecida no território onde estiverem aportadas. Por isso, em 1974, com a intenção de criar um Código de Conduta específico, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (Ecosoc) criou a Comissão das Sociedades Transnacionais.

Este código tinha por objetivo

estabelecer medidas mandatórias ou voluntárias para encorajar o desenvolvimento dos planos e objetivos dos países onde elas estavam estabelecidas, facilitar a cooperação com e entre os Estados em questões relacionadas às empresas transnacionais, e aliviar dificuldades relacionadas com a natureza internacional dessas empresas nos países em que elas estavam situadas.¹⁰

⁸ MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. RJ, Renovar. 2000, p. 105.

⁹ Para mais informações sobre o caso ITT-CIA, ver: MATTOS, Renata dos Santos de. **Make the economy scream: o plano ITT-CIA e os impactos no governo de Salvador Allende (1970-1972)**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso. Departamento de História. IFCH, UFRGS, Porto Alegre, 2015.

¹⁰ WINTER, Luis Alexandre Carta; WACHOWICZ, Marcos. *Op cit.*, p. 1507.



No entanto, em que pese sua relevância, ele nunca foi adotado por conta da divergência entre os Estados desenvolvidos e os Estados emergentes.¹¹

Contudo, as demandas referentes à responsabilização das condutas das transnacionais só aumentaram e, por isso, impulsionada pela necessidade de dialogar com a comunidade empresarial internacional sobre condutas relativas aos direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção, a ONU criou, em 2000, o Pacto Global, que estabelece diretrizes de conformidade em todos esses campos.¹² No mesmo ano, a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) criou as Diretrizes para Empresas Multinacionais, que difundem recomendações voluntárias sobre os princípios e padrões de boas práticas empresariais.

4 PACTO GLOBAL: O ESG E OS ODS COMO INSTRUMENTOS DE BOA GOVERNANÇA CORPORATIVA E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

Em 1972 a ONU promoveu, em Estocolmo, a primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, pois já demonstrava preocupações com a sustentabilidade. Nesse momento, foi criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), no qual a médica Gro Harlem Brundtland, tornou-se presidente da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, e criou o relatório denominado “Nosso Futuro Comum”, que conceitua o desenvolvimento sustentável como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.¹³

Com isso, a ideia inicial de desenvolvimento sustentável foi aprimorada e passou a compreender, além da esfera ambiental, os âmbitos social e econômico. Conforme pontua Barbieri

¹¹ CARDIA, Ana Cláudia Ruy. **Empresas Diretos Humanos e Gênero: desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais**. 2014, p. 96. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6649/1/Ana%20Claudia%20Ruy%20Cardia.pdf> Acesso em: 01 set. 2021.

¹² Moraes, Patricia Almeida de. **O Envolvimento de Corporações Transnacionais em Violações de Direitos Humanos**. Editora Dialética. Edição do Kindle.

¹³ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; REZENDE, Elcio Nacur. **Direito e sustentabilidade II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 135. Disponível em:

<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/4rvv15s2/XCtc4bnz89oDNv2t.pdf> Acesso em: 01 set. 2021.



O desenvolvimento sustentável considera o crescimento importante, como mencionado, mas requer mudanças na forma habitual de encará-lo, não mais como um fim em si mesmo ou para preservar o status quo, mas como parte de um processo de melhoria da qualidade de vida de todos os humanos.¹⁴

Diante da necessidade de reforçar a Responsabilidade Social Corporativa das empresas e incentivar a adoção de valores éticos nas práticas de negócios, em 2004, o Pacto Global em parceria com o Banco Mundial, cunhou o termo ESG, sigla para “*Environmental, Social and Governance*”. O termo diz respeito às formas integradas de desenvolvimento, meio ambiente, sociedade e governança; os referidos pontos tornaram-se essenciais para demonstrar a boa reputação e solidez das empresas, refletindo-se diretamente nas decisões de negócios.¹⁵

Hoje, é possível notar o movimento de grandes corporações para garantir certificações e adequações às premissas acima citadas, pois os efeitos de más práticas ou irresponsabilidade geram impactos negativos às empresas.¹⁶

Além disso, os critérios ESG estão diretamente alinhados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030, propostos pela ONU, especialmente com o ODS 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes). De acordo com informações disponíveis no Portal da Organização,

O 16º Objetivo do Desenvolvimento Sustentável (ODS 16) aprofunda a compreensão do papel que as empresas podem desempenhar para a promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, além de fornecer acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas.¹⁷

Assim, a ONU lançou em junho de 2021 a ferramenta *ODS 16 Business Framework*, com o propósito de orientar as empresas sobre os meios de fortalecimento da cultura empresarial, a ética e o desempenho, bem como apoiar instituições, implementar leis e sistemas públicos.

Além disso, na conferência de Davos de 2021 - reunião anual do Fórum Econômico Mundial - passou a ser discutido o termo “capitalismo de *stakeholder*”, que propõe que o sucesso

¹⁴ BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento sustentável (Educação Ambiental)**. Editora Vozes. Edição do Kindle.

¹⁵ UN GLOBAL COMPACT. **Pacto Global Rede Brasil**, 2021. <<https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>> - Acesso em 05 set. 2021.

¹⁶ ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Rio de Janeiro, RJ, 2016, p. 194.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Nações Unidas Brasil**, 2021. Disponível em <<https://brasil.un.org/pt-br/129591-pacto-global-das-nacoes-unidas-lanca-ferramenta-para-inspirar-governanca-transformacional>> - Acesso em 05 set. 2021.



de uma companhia não deve estar limitado aos lucros dos acionistas, dependendo também da capacidade de a empresa contribuir para o desenvolvimento sustentável da sociedade.¹⁸

Ou seja, a adoção do ESG por parte das empresas é uma tendência em ascensão, uma espécie de comprometimento na implementação de ações que minimizem impactos negativos no meio ambiente e na sociedade, além de contribuir com a estrutura de Programas de *Compliance*, pois também está ligado às boas práticas corporativas, representam um caminho para o respeito aos direitos humanos.

5 COMPLIANCE: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

O *compliance* teve origem nos EUA, em meados do século XX, com a criação do Banco Central Americano e a necessidade de formar um sistema financeiro seguro e estável. Entretanto, o programa não é destinado exclusivamente às instituições financeiras, pois é compreendido, principalmente, como ferramenta norteadora para convergirem a ética individual e a coletiva. Tão logo, o termo cunhado deriva do verbo, em inglês, “*to comply*”, que significa: agir de acordo com uma regra, um pedido ou comando.¹⁹

A adoção do dispositivo de *compliance* contribui para a prevenção e mitigação de exposição a riscos regulatórios (locais e internacionais) e de conduta, bem como de danos à imagem institucional, assegurando, por meio de medidas internas, a disciplina das atividades empresariais. *Compliance* transcende a ideia de “estar em conformidade” às leis, regulamentações e autorregulamentação, abrangendo aspectos de governança, conduta, transparência, ética e integridade.

5.1 O Programa de *Compliance* nas Transnacionais

Em linhas gerais, a implementação do programa de *compliance* tem por objetivo estabelecer mecanismos de prevenção e detecção de desvios de conduta. Diversos fatores podem motivar as empresas a realizarem a implementação do sistema, como: condições legais, questões

¹⁸ EXAME INVEST. **Davos debate como colocar em prática o capitalismo de stakeholder.** Disponível em: <https://invest.exame.com/esg/davos-debate-como-colocar-em-pratica-o-capitalismo-de-stakeholder> Acesso em: 22 set. 2021.

¹⁹ SANTOS, Renato Almeida dos, et al. **Compliance and leadership: the susceptibility of leaders to the risk of corruption in organizations.** Einstein, São Paulo. 2012, v. 10, n. 1, p. 1-10. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1679-45082012000100003>>. Acesso em: 6 set. 2021



institucionais atreladas à imagem da corporação e a exigência de parceiros com os quais mantém relações comerciais.²⁰

Nesse sentido, para RIOS e ANTONIETTO

As empresas devem desenvolver programas de controle de riscos de suas atividades em cooperação com o Estado, de acordo com as regras legais. A esta forma de controle da atividade empresarial se deu a denominação de *Compliance Programs*, *Corporate Governance* ou, simplesmente, políticas de cumprimento que descreve o marco regulatório para a direção e supervisão empresarial, objetivando a superação do aspecto puramente lucrativo como valor da empresa, em favor da incorporação de valores éticos que muitas vezes se sobrepõem às exigências legais.²¹

Conforme o excerto, o *compliance* precisa ser aplicado de modo efetivo para que não se torne mero artifício de cumprimento legal. Assim, a efetividade refere-se ao processo de aderência aos compromissos de alcance mundial, como a aprovação de leis, a criação de institutos nacionais ou internacionais que visem a aplicação de regras e o fomento da qualidade das ações sociais.

A implementação e eficácia são conceitos que auxiliam na compreensão do *Compliance* enquanto instrumento corporativo. O primeiro conceito é considerado importante para que haja a garantia da conformidade, mas não é indispensável²², visto que ainda que não haja a implementação do Programa de *Compliance* em determinada empresa, ela pode estar de acordo com as boas práticas. Já a efetividade é um conceito que pode ser associada ao grau de mudança comportamental induzido por determinada regulamentação ou regra, promovendo, assim, seu objetivo.²³

Nesse sentido, RUSTIALA e SLAUGHTER:

A conexão entre *compliance* e eficácia também não é necessária nem suficiente. Regras ou regimes podem ser eficazes em qualquer um desses sentidos, mesmo se a conformidade for baixa. E embora altos níveis de conformidade possam

²⁰ VERÍSSIMO, C. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo-SP, Brasil: Editora Saraiva, 2017. 9788547224011. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547224011/>> Acesso em: 18 set. 2021.

²¹ RIOS, Rodrigo Sanches; ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance – Prevenção e Minimização de Riscos na Gestão da Atividade Empresarial**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 114, mai.-jun./2015, p. 341-375.

²² RAUSTIALA, Kal. SLAUGHTER, Anne-Marie. **International Law, International Relations and Compliance**. In: **The Handbook of International Relations**, p. 538. Disponível em:

<https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/slaughter/files/compliance.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021.

²³ *Ibidem*.



indicar altos níveis de eficácia, eles também podem indicar padrões baixos, prontamente atendidos e ineficazes.²⁴

De modo geral, ainda que a implementação e eficácia não sejam condições indispensáveis ou suficientes para que haja a execução do *Compliance*, sua adoção é recomendada como forma de assegurar as boas práticas.

Nesse sentido, para garantir a conformidade corporativa e tornar o Programa de *Compliance* efetivo, existem dez pilares que devem estar presentes em sua estrutura, são eles: apoio da alta direção, análise de riscos, código de conduta, treinamento e comunicação, controles internos, canais de denúncias, investigações internas, *Due Diligence*, auditoria e monitoramento e diversidade e inclusão.²⁵

O Programa de *Compliance* tem o papel de desenvolver na empresa a cultura organizacional baseada em integridade, conformidade, ética e segurança da informação e, para que isso ocorra, é fundamental que os funcionários reconheçam nessas diretrizes o apoio da alta administração. Esta, por sua vez, deve expressar o seu endosso à implementação de parâmetros éticos por meio da assinatura de documentos declaratórios sobre o seu posicionamento.²⁶

Já a análise de riscos precisa ser estendida para “além de uma avaliação da exposição potencial da organização à conduta criminosas; deve também incorporar uma visão ampla dos riscos que podem impactar a reputação da organização”²⁷; o estudo de dados visa identificar riscos e explorar formas de mitigar as consequências negativas que podem ser desencadeadas.

Para definir os valores e regras que os funcionários devem seguir dentro da organização, o Código de Conduta é ferramenta essencial, pois define as normas básicas de comportamento ético e legal, além de auxiliar os funcionários na tomada de decisões quando se deparam com situações que colocam as boas práticas em xeque.

Para que seja efetivo em uma transnacional, é necessário que o documento seja disponibilizado nos principais idiomas de negócios da empresa e seja divulgado em treinamentos e comunicações internas, que também é um pilar do Programa e visa promover a compreensão dos funcionários sobre os padrões éticos e sua aplicação às decisões no local de trabalho. Além

²⁴ *Idem*, p. 539.

²⁵ LEC. **Os 10 Pilares de um Programa de Compliance**. 2017. Disponível em: <https://lec.com.br/beta2021final/os-10-pilares-de-um-programa-de-compliance/>. Acesso em 18 set. 2021.

²⁶ WULF, K. **Ethics and Compliance Programs in Multinational Organizations**. Wiesbaden: Springer Gabler Science & Business Media. 2012. p. 24.

²⁷ *Ibidem*, p. 265.



disso, a comunicação e os treinamentos são montados com base nos resultados da análise de riscos realizada previamente.²⁸

Os controles internos são mecanismos formalizados nas políticas e procedimentos da empresa, a fim de minimizar riscos. Ele também auxilia no cumprimento de requisitos de legislações como a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) e a *Sarbanes-Oxley*, ambas norte-americanas, que exigem que os registros contábeis e financeiros da empresa sejam precisos e condizentes com seus negócios.²⁹

O Canal de Denúncias trata-se de um meio para garantir que funcionários, ex-funcionários e membros de organizações disponham de vias para relatar más condutas, casos de fraudes, corrupção, assédios, violações ambientais etc. Nessa esteira, a empresa deve garantir aos denunciante que não sofrerão retaliações e tampouco terão o anonimato violado.³⁰ Diversos países já adotam o que ficou conhecido como *Whistleblower Laws*, livremente traduzido como “Lei do denunciante”, visando sua proteção. Em 2016, a OCDE divulgou em estudo os países com as leis de denúncias mais abrangentes, sendo eles: Estados Unidos, Canadá, Japão, Austrália, Coreia do Sul, Holanda, Nova Zelândia e Reino Unido.³¹ E, para atender às denúncias, as empresas devem contar com processos de investigação interna, para averiguar a necessidade e aplicação de sanções corretivas.³²

O procedimento de *Due Diligence* é uma avaliação prévia de parceiros comerciais, clientes e fornecedores, realizada para verificar suas informações e se ele “têm histórico de práticas comerciais antiéticas ou que, de outra forma, poderá expor a empresa a um negócio inaceitável ou que envolva riscos legais.”³³

Para garantir a efetividade do Programa de *Compliance*, há o pilar de auditoria e monitoramento, que garante que o próprio Programa esteja devidamente estruturado. E, por fim, A *Legal, Ethics & Compliance* (LEC), comunidade brasileira criada para realizar a difusão da

²⁸ *Ibidem*, p. 314.

²⁹ SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. **Os pilares do programa de compliance: uma breve discussão**. LEC, 2020. Disponível em: <<https://conteudo.lec.com.br/ebook-pilares-do-programa-de-compliance>> - Acesso em 11 out. 2021

³⁰ *Ibidem*, p. 13

³¹ OCDE. **Committing to Effective Whistleblower Protection**. 2016. Disponível em: <<https://www.oecd.org/corruption-integrity/reports/committing-to-effective-whistleblower-protection-9789264252639-en.html>> Acesso em 11 out. 2021.

³² SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre, *op. cit.*, p. 14.

³³ *Ibidem*, p. 16



cultura de *compliance*, inseriu o décimo pilar: diversidade e inclusão. A LEC posicionou-se dizendo que, apesar do conceito não se tratar formalmente de um pilar, “por tudo o que representa neste momento na sociedade, alçar o mesmo ao nível de pilar garantirá que receba a necessária atenção e foco.”³⁴ De fato, é notável o movimento crescente de corporações com o intuito de manter um ambiente inclusivo para as minorias, tanto por meio de campanhas publicitárias, quanto pela oferta de programas de inclusão que materializam o seu discurso.

No Brasil, a adoção do Programa de *Compliance* tornou-se uma proteção para as empresas, já que a Lei Anticorrupção, nº 12.846/13, instituiu a responsabilização objetiva, administrativa e civil das pessoas jurídicas que praticarem atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira; porém, há a possibilidade de atenuação de sanções às empresas que contarem com procedimentos internos de integridade.

5.2 *Compliance* como aliado na estratégia ESG

O programa de *Compliance* adotado por várias transnacionais, torna-se um instrumento que coaduna com os princípios elencados pelo ESG. Estes, ao apresentarem critérios para o desempenho sustentável de corporações, buscam promover a concepção de que estruturar a governança pautando-se em objetivos positivos para a sociedade, permite que a ética e a transparência façam parte da cultura empresarial, e, conseqüentemente, uma garantia do cumprimento, pelas corporações, em relação à boa prática das normas protetivas dos direitos humanos.

Nesse sentido, o *Compliance* é um aliado à estratégia ESG, pois atua diretamente na Governança - área responsável por gerir o código de conduta e o canal de denúncias. Como instrumento estratégico de fortalecimento e promoção da ética nas diretrizes corporativas, há o reflexo na sociedade e no meio ambiente de uma cultura de negócios mais humanizada.

Conclusões de estudo promovido pela consultoria *Deloitte*, demonstram que as empresas com as melhores práticas de Responsabilidade Social Corporativa (CSR, sigla em inglês) e ESG, podem mensurar os riscos negativos de desastres ambientais, greves de funcionários ou questões

³⁴ *Ibidem*, p. 20



de saúde e segurança, *recalls* de produtos e boicotes e responsabilidade civil ou criminal corporativa.³⁵

Portanto, ampliando esse entendimento e, com base na atuação do *Compliance* até aqui discutida, é possível estabelecer a relação entre o ESG e o *Compliance* como instrumentos corporativos complementares, tendo em vista que, apesar de suas diferenças, ambos podem garantir a conformidade corporativa, no âmbito legal (civil, penal e administrativo), social e financeiro.

6 A CONFORMIDADE CORPORATIVA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

A pandemia de COVID-19 trouxe grandes desafios às empresas, que precisaram se adequar às modalidades de teletrabalho sem preparação prévia e, ao mesmo tempo, gerenciar crises provenientes desse novo cenário. Soma-se a tudo isso, o esforço de manter a ética e a conformidade.

O Programa de *Compliance* para a gestão empresarial na crise pandêmica mostrou-se fundamental. No estudo “COVID-19: *Compliance Survey*”, realizado pela KPMG em 2020, 40 *Chief Compliance Officers* (CCOs) foram entrevistados, destes 63% atuam nos Comitês de Crises em suas organizações e investem, aproximadamente, metade de seu tempo de trabalho nesta atividade. Entre as preocupações desse modelo de Comitê estão os “riscos emergentes”, que representam 40% e são a avaliação e monitoramento das transações de doações, trabalho remoto, terceiros e renegociação de contratos e *covenants*, intensificação do relacionamento com agentes públicos, novo arcabouço regulatório em resposta à pandemia, saúde das pessoas em *home office*, fraudes digitais e privacidade dos dados.³⁶

³⁵ KOEHLER, Dinah A. ERIC J. Hespenheide. **Finding The Value In Environmental, Social, And Governance Performance**. Deloitte Review, 2013. Disponível em <<https://www2.deloitte.com/us/en/insights/deloitte-review/issue-12/finding-the-value-in-environmental-social-and-governance-performance.html>> Acesso em 11 de out. 2021

³⁶ KPMG. **COVID-19: Compliance Survey**, 04 jun. 2020. Disponível em: <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2020/06/br-covid-19-compliance-survey.pdf>> Acesso em: 11 out. 2021.



Ainda segundo a pesquisa, das empresas consultadas, 97% implementaram um setor de Gerenciamento de Crise, 63% dos CCOs têm participação nesse Comitê e apenas 3% dos entrevistados informaram não ter realizado qualquer ação nesse sentido.³⁷

Além dos ajustes realizados por grandes empresas, com o aporte para montagem de Comitê de Gerenciamento de Crise, a pandemia ensejou as mais variadas adaptações, desde a adoção do *home office* para a atuação administrativa, passando pelo sistema de *delivery* para bares e restaurantes, e chegando até mesmo à paralisação de atividades, como se deu com várias indústrias.

No entanto, ainda que diversos segmentos sofressem os impactos negativos do cenário pandêmico, a indústria farmacêutica viu o seu lucro crescer exponencialmente nesse período. De acordo com documentos entregues à CPI da Covid, em andamento no Brasil desde abril de 2021, farmacêuticas faturaram mais de R\$1 bilhão com medicamentos sem eficácia comprovada ou já comprovadamente ineficazes ao tratamento da Covid-19.³⁸ Outro dado, mostra que a Pfizer, fabricante de vacinas para Covid, aumentou em 59% seu lucro líquido no segundo trimestre de 2021, em relação ao mesmo período de 2020.³⁹

Ainda, a necessidade de uma terceira dose da vacina demonstra o otimismo do setor farmacêutico: executivos da Pfizer esperam que a margem de lucro da empresa gire em torno de US\$7 bilhões em 2022, somente com as doses de reforço. Analistas da área de investimentos apontam que a Pfizer e a BioN-Tech poderão chegar a US\$26 bilhões em vendas globais no próximo ano, enquanto a Moderna pode alcançar US\$14 bilhões.⁴⁰

De fato, as farmacêuticas tiveram - e ainda têm - um papel fundamental para o controle da pandemia, afinal, seu produto é o responsável por salvar incontáveis vidas. Entretanto, foram observados alguns casos que levantam questionamentos acerca da conformidade nas negociações dessas empresas.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ FOLHA DE S. PAULO. **Farmacêuticas faturaram mais de R\$ 1 bilhão com 'kit Covid' na pandemia, segundo relatos à CPI**, 12 jul. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/07/farmaceuticas-faturaram-mais-de-r-1-bilhao-com-kit-covid-na-pandemia-segundo-relatos-a-cpi.shtml>. Acesso em: 1 out. 2021.

³⁹ EXAME. **Pfizer tem salto em lucro líquido e receita no 2º trimestre**, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://exame.com/negocios/pfizer-tem-salto-em-lucro-liquido-e-receita-no-2o-trimestre/>. Acesso em: 1 out. 2021.

⁴⁰ VEJA. **Reforço da vacina contra a Covid-19 pode render bilhões para farmacêuticas**, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/reforco-da-vacina-contra-a-covid-19-pode-render-bilhoes-para-farmaceuticas/>. Acesso em: 10 out. 2021.



6.1 A conduta das farmacêuticas na venda de vacinas: análises de casos concretos

A pandemia de Covid-19 deu início ao que ficou conhecido como “a corrida pelas vacinas”. As farmacêuticas, na ânsia de apresentar soluções breves em vista do cenário de incertezas instalado, rapidamente iniciaram estudos para oferecer imunização à população mundial. Conforme os estudos avançaram, surgiram diversos questionamentos a respeito das vacinas, principalmente no que diz respeito às reações adversas e a efetividade na proteção contra o vírus, colocando em questão a eficácia das farmacêuticas.

Com os testes em andamento, as empresas passaram a negociar a venda de vacinas com diversos países e, nesse momento, o lucro tornou-se um ponto de atenção - o que em tese não deveria ser o objetivo, dado o cenário de calamidade pública mundial. No entanto, perante a necessidade de aquisição dos imunizantes, governos rapidamente assinaram contratos com cláusulas de confidencialidade estritas (impostas pelas fabricantes) e sem possibilidade de discuti-las.

Na matéria “Vacinas contra o coronavírus: como o lucro das farmacêuticas alimenta o sigilo de contratos com governos”, publicada pela BBC Brasil em janeiro de 2021, Jonathan García, especialista em saúde pública da Universidade Harvard (EUA), explica que essas cláusulas de confidencialidade são comuns em contratos desse segmento e enfatiza que “os laboratórios buscam dividir o mercado para poder negociar preços diferenciados com diferentes países”, dessa forma, as farmacêuticas puderam ajustar o preço de acordo com o cenário econômico de cada país. Todavia, considerando o momento de emergência global, García acrescenta:

Estamos falando de uma emergência global de saúde, algo que acontece a cada 100 anos, dado que seria de se esperar que o sistema usasse mecanismos muito mais transparentes e buscasse um esquema mais cooperativo. Em vez disso, vemos que ainda se busca um mercado de monopólio e mantendo vantagens nos preços.⁴¹

Com o intuito de analisar a forma de condução no comércio entre alguns fabricantes e o Brasil, verificaremos, em seguida, casos pontuais que levantaram dúvidas sobre aspectos relativos ao *compliance* e a atuação empresarial. Das empresas analisadas, somente duas são integrantes do Pacto Global da Nações Unidas: Pfizer Inc. e AstraZeneca AB.

⁴¹ BBC BRASIL. **Vacinas contra o coronavírus: como o lucro das farmacêuticas alimenta o sigilo de contratos com governos**, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-55856810>. Acesso em: 3 out. 2021.



Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) interditou 25 lotes (12.113.934 doses) de vacinas CoronaVac, fabricada pelo laboratório chinês Sinovac, após comunicado do Instituto Butantan informando que as doses foram envasadas em instalações não inspecionadas pela Anvisa. Porém, doses destes lotes foram aplicadas na população anteriormente ao informe, logo, o Ministério da Saúde, com base em registros do Sistema Único de Saúde (SUS), recomendou que estes cidadãos fossem acompanhados por gestores locais do SUS, durante 30 dias, para avaliar possíveis eventos adversos.⁴²

Diante desse caso, é possível observar e tirar conclusões sobre a conduta dos principais agentes envolvidos: Sinovac, Instituto Butantan, ANVISA e o Ministério da Saúde. Primeiramente, foi requisito para a aprovação do uso emergencial do imunizante, que a fabricante Sinovac passasse por verificação pela ANVISA e respondesse aos diferentes requisitos técnicos exigidos, equivalentes aos regulamentos utilizados pelas principais agências sanitárias internacionais.⁴³ Ou seja, ao enviar enorme quantidade de imunizantes envasados em local estranho à aprovação da ANVISA e em desacordo às regras sanitárias brasileira e estrangeira, houve o descumprimento de requisito indispensável à segurança sanitária, o que configurou uma conduta negativa às boas práticas.

O Instituto Butantan, no entanto, prezando pela transparência e segurança da população a ser vacinada, tomou a rápida ação de atenuar os riscos e comunicou o ocorrido à ANVISA, autoridade responsável pela regulação e conformidade sanitária no país. O Ministério da Saúde, por sua vez, preocupado com os possíveis problemas desencadeados pela vacina envasada em local não homologado, decidiu pelo acompanhamento das pessoas imunizadas por essas doses.

Em nota, a ANVISA se manifestou considerando que a vacina envasada em local não aprovado, trata-se de produto não regularizado. Assim, torna-se essencial a atuação da Agência com o papel de minorar a chance de um possível problema sanitário.⁴⁴

⁴² MINISTÉRIO DA SAÚDE. **ANVISA determina recolhimento de lotes interditados da CoronaVac**. 22 set. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/anvisa-determina-recolhimento-de-lotes-interditados-da-vacina-coronavac>. Acesso em: 3 out. 2021.

⁴³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **ANVISA encerra processo de inspeção na Sinovac**. 4 dez. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/anvisa-encerra-processo-de-inspecao-na-sinovac>. Acesso em: 3 out. 2021.

⁴⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **ANVISA adota medida cautelar para lotes da vacina CoronaVac**. 4 set. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/anvisa-adota-medida-cautelar-para-lotes-da-vacina-coronavac>. Acesso em: 3 out. 2021.



A partir do caso relatado, os vacinados que apresentassem efeitos adversos, em razão das doses interdidas, podem ser equiparados à condição de consumidores. O gesto vacinal, na modalidade gratuita, não é amparado pelas regras consumeristas, em razão da ausência de remuneração - requisito disposto no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º, §2º -, havendo, assim, o entendimento diverso do Superior Tribunal de Justiça quanto à responsabilidade do poder público no que se refere aos danos causados por reações inesperadas das vacinas:

Com base no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil ou no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva a responsabilidade civil do Estado por acidente de consumo decorrente de vacinação, descabendo falar em caso fortuito ou imprevisibilidade de reações adversas.⁴⁵

No artigo 1º, *caput*, da Lei 14.125/2021 (Lei das Vacinas), a responsabilidade civil do Estado é evidenciada, já que este assume “os riscos referentes à responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrado, em relação a eventos adversos pós-vacinação”, desde que o imunizante esteja com uso autorizado pela ANVISA.

Passando ao caso da vacina Covaxin, produzida pelo laboratório indiano Bharat Biotech, são observadas diversas falhas de conformidade, principalmente por parte da empresa que intermediava a venda das vacinas ao Governo Federal, a Precisa Medicamentos. O fato é investigado pela Comissão Parlamentar de Inquérito, a CPI da Covid.

Um servidor da divisão de importação do Ministério da Saúde identificou condutas suspeitas durante o processo que compraria 20 milhões de doses da vacina Covaxin. Após constatar inconsistências em documentos e formas de pagamento das doses, que fugiam das definições contratuais, o servidor levou a denúncia ao governo federal que, por sua vez, se omitiu.

No período de negociação das doses, a Medida Provisória nº 1.026/2021 chegou a ser aprovada com o objetivo de facilitar o processo de importação de vacinas, no entanto, contava com uma intervenção específica realizada por um parlamentar envolvido na compra: se a vacina estivesse aprovada pela agência regulatória da Índia, a *Central Drugs Standard Control Organization* (CDSCO), ela poderia ser importada e usada no Brasil. Ficou claro que o objetivo da cláusula era o de facilitar a compra da Covaxin, já aprovada pela agência indiana à época.

⁴⁵ STJ. REsp 1388197/PR. Rel. Min. Herman Benjamin. DJE 19.04.2017.



Após auditoria da Controladoria-Geral da União (CGU), os documentos que comprovavam que a Precisa Medicamentos era a representante legal e exclusiva da Bharat Biotech no Brasil, não foram reconhecidos pela empresa indiana, que rompeu contrato com a intermediária brasileira. O fato levou a CGU a instaurar um processo administrativo de responsabilização (PAR) contra as duas empresas⁴⁶, com fundamento na Lei Anticorrupção, nº 12.846/2013, que dispõe “sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.”

Outro ponto de atenção, é que o sócio administrador da Precisa Medicamentos também é presidente da Global Gestão de Saúde, empresa investigada por fraude na compra de medicamentos pelo Ministério da Saúde na gestão anterior, além disso, o administrador possui relação próxima com parlamentares envolvidos no esquema de compra da Covaxin.

Analisando o caso pela perspectiva da conformidade corporativa, considerando que o próprio sócio administrador estava envolvido na tentativa de fraude e que o apoio da alta direção é um dos pilares que garantem a efetividade do Programa de *Compliance*, apresentar tal estrutura na organização possivelmente não seria suficiente para evitar a má-conduta de seu diretor.

Já o laboratório indiano Bharat Biotech, apresenta-se no contexto em posição distinta. A empresa teve parte da documentação fraudada em seu nome pela Precisa, que o próprio laboratório indicou como sua representante no Brasil, conforme alegações do Ministro da CGU. O laboratório, de porte transnacional e presente no mercado desde 1996, poderia ter se beneficiado de práticas como a *due diligence*, e manter os cuidados ao negociar com o poder público. Sobre o tema, Antonik destaca que

para proteger as companhias de possíveis problemas futuros, os códigos de ética empresarial devem orientar executivos e colaboradores a não se imiscuírem em acertos e jogos políticos envolvendo candidatos, parlamentares ou gestores. Devem, ainda, recomendar o cumprimento das leis vigentes no país [...] e repudiar, com veemência, a prática da corrupção⁴⁷

Algumas formas de alcançar o que o autor propõe, é realizando a adoção de um Código de Conduta e implementando um sólido Programa de *Compliance* dentro das organizações. Dessa

⁴⁶ CNN BRASIL. **CGU confirma documentos falsos e abre processo contra Precisa e Bharat Biotech**. 1 set. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cgu-confirma-documentos-falsos-e-abre-processo-contra-precisa-e-bharat-biotech/>. Acesso em: 1 out. 2021.

⁴⁷ ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Rio de Janeiro, RJ, 2016, p. 168.



forma, a fim de evitar que casos como o da Covaxin ocorram, diretrizes internas podem ser estabelecidas pelas companhias, como regras para o relacionamento com o governo (brasileiro ou estrangeiro), realização de *due diligence* para parceiros comerciais, fornecedores e clientes, pesquisa sobre relação da empresa com pessoas expostas politicamente, análise dos riscos que podem impactar negativamente a empresa, dentre outras medidas.

Como resultado da falta de conformidade das corporações envolvidas e até mesmo do Poder Público, o Brasil é o país com maior número de mortes por Covid-19 no mundo.⁴⁸ De acordo com cálculos realizados pelo epidemiologista Pedro Hallal e apresentados por ele na CPI da Covid, se o Brasil houvesse realizado a compra das doses oferecidas pela Pfizer e CoronaVac, em meados de 2020, o país poderia ter evitado ao menos 120 mil mortes. No entanto, enquanto a maior parte dos países comprava as doses diretamente das fabricantes, o Brasil optou por iniciar as negociações pelo caminho mais custoso e que viabiliza condutas antiéticas e de moral questionável, em um período no qual a vacinação era crucial para a garantia do bem-estar da população.

Por fim, a Pfizer e AstraZeneca enfrentaram embates em suas negociações. A primeira, teve dificuldade em negociar com países da América Latina, como Brasil, Argentina, Venezuela, Colômbia e Peru. Os principais motivos foram as cláusulas contratuais sigilosas a respeito do valor unitário das doses e que exigiam que qualquer questão contratual fosse julgada em tribunal de Nova York (EUA), além de determinar que a responsabilidade por eventuais danos causados pela vacina deveria ser do Estado contratante.⁴⁹ As cláusulas, bastante criticadas, são comuns no segmento e são utilizadas por conta de sua natureza altamente competitiva no mercado farmacêutico.

Já a AstraZeneca, ao assumir que não conseguiria entregar à União Europeia a quantidade de doses acordadas inicialmente, também recebeu críticas. Bruxelas chegou a exigir da fabricante a publicação do contrato, em razão de seu descumprimento.⁵⁰

⁴⁸ PORTAL G1. **Mortes por Covid despencam, mas Brasil ainda é o país com mais óbitos do mundo em 2021.** 8 out. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/10/08/mortes-por-covid-despencam-mas-brasil-ainda-e-o-pais-com-mais-obitos-do-mundo-em-2021.ghtml>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁴⁹ O GLOBO. **Vacinas contra o coronavírus: como o lucro das farmacêuticas alimenta o sigilo de contratos com governos.** 29 jan. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/sociedade/vacinas-contra-coronavirus-como-lucro-das-farmaceuticas-alimenta-sigilo-de-contratos-com-governos-1-24860661>. Acesso em: 3 out. 2021.

⁵⁰ FINANCIAL TIMES. **Brussels publishes EU-AstraZeneca vaccine contract.** 29 jan. 2021. Disponível em: [ft.com/content/5a8a87b4-0ea8-4db3-acc4-8a72d3b8b64c](https://www.ft.com/content/5a8a87b4-0ea8-4db3-acc4-8a72d3b8b64c). Acesso em: 11 out. 2021.



Ressaltamos que embora questionáveis, os dois últimos casos analisados, da Pfizer e AstraZeneca, não se enquadram na falta de conformidade corporativa abordada no presente estudo.

6.2 Caso *Prevent Senior*

Não somente as farmacêuticas foram alvos de críticas e investigações durante a pandemia. A operadora de saúde *Prevent Senior*, uma empresa familiar que alcançou o sucesso ao criar planos de saúde voltados ao público idoso, passou a ser investigada na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Covid, em razão de supostas condutas consideradas antiéticas e que vão de encontro aos estudos científicos.

Médicos da companhia apresentaram à CPI um dossiê com informações sobre a estratégia da empresa, com a influência do Governo Federal, para a prescrição do “Kit Covid” aos seus beneficiários. O “Kit” era composto por cloroquina, azitromicina e ivermectina⁵¹ - medicamentos comprovadamente ineficazes para o combate à doença ou que carecem de comprovação científica.⁵² O documento relata, ainda, que a operadora realizou testes com esses medicamentos em seus pacientes, ocultando deles a informação.

Aqui, é importante destacar a grave falha na conduta alegada e que foi supostamente cometida pela empresa, visto que estudos científicos com seres humanos exigem o consentimento voluntário do participante para garantir uma condução ética e protetiva. Assim determinam as diretrizes éticas constantes no Código de Nuremberg, criado após a Segunda Guerra Mundial, em razão dos abusos cometidos com experimentos em seres humanos. O relatório final da CPI menciona essas informações ao tecer suas considerações a respeito das informações levantadas durante a investigação.⁵³

Apesar da *Prevent Senior* ter negado o conteúdo do dossiê, um integrante da alta direção confirmou em depoimento à CPI que a operadora tinha como prática a alteração do código de

⁵¹ CNN BRASIL. **Entenda todas as investigações envolvendo a Prevent Senior.** 25 set. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/entenda-todas-as-investigacoes-envolvendo-a-prevent-senior/> Acesso em 12 out. de 2021.

⁵² Sobre os medicamentos do “Kit Covid”, ver: **Kit covid: o que diz a ciência?** disponível em <https://www.medicina.ufmg.br/kit-covid-o-que-diz-a-ciencia/>. Acesso em 12 de out. 2021.

⁵³ SENADO FEDERAL. **CPI da Covid – Relatório Final.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2441&tp=4> Acesso em: 30 nov. 2021.



diagnóstico (CID) de pacientes com Covid, após determinado período de internação, o que foi considerada uma atitude antiética.⁵⁴

No dia 20 de outubro de 2021, o relatório final da CPI foi oficialmente divulgado e, nele, é proposto o indiciamento de 11 pessoas ligadas à *Prevent Senior*, são elas: os dois donos da empresa, seu diretor executivo e oito médicos. Dentre os crimes apontados, estão: oferecer perigo para a vida ou saúde de outrem, omitir notificação de doença, falsidade ideológica e crime contra a humanidade.⁵⁵

Diante disso, ao verificar o *site* da empresa, é possível encontrar diversos canais de denúncias, como telefones, caixa postal e *site* para essa finalidade. Ao acessar o endereço indicado para realização de denúncias, há o seguinte comunicado: "Essas informações serão utilizadas para o acompanhamento da denúncia e levantamento das informações adicionais. Ressaltamos que este canal é gerido por uma empresa independente, que garante a confidencialidade e o anonimato das denúncias."⁵⁶

Nesse caso, se fossem realizadas denúncias acerca do que estava ocorrendo, pelo canal disponibilizado pela operadora, uma empresa independente a receberia, entretanto, a tratativa deveria ser realizada pela alta direção da *Prevent*, que conta com pessoas com poder de agir dentro da empresa. Considerando que a alta direção já tinha conhecimento de condutas antiéticas, como alteração de CID, e não apresentou à CPI medidas tomadas com relação ao ocorrido, a própria não demonstra apoio à sua estrutura de conformidade corporativa.

Isso nos remete aos pilares do Programa de *Compliance*, que, se bem estruturado, conta com o apoio da alta direção da empresa e com canais efetivos de denúncias de irregularidades, de modo que não seja um mero cumprimento de lei.

⁵⁴ CNN Brasil. **Prevent Senior alterava código de diagnóstico da Covid, confirma diretor à CPI.** 22 set. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cpi-da-covid-ao-vivo-diretor-da-prevent-senior-presta-depoimento-aos-senadores/>. Acesso em: 12 out. 2021.

⁵⁵ VALOR ECONÔMICO. **CPI da Covid pede indiciamento de 11 pessoas ligadas à Prevent Senior.** 19 out. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/10/19/cpi-da-covid-pede-indiciamento-de-11-pessoas-ligadas-prevent-senior.ghtml>. Acesso em: 21 out. 2021.

⁵⁶ Para mais informações, ver: <https://preventsenior.com.br/denuncia.php>



7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transnacionais, como demonstrado nesta pesquisa, não contam com uma legislação específica internacional e, por isso, estão submetidas às leis do território onde estão alocadas. A ONU e a OCDE possuem diretrizes de livre adoção, como o Pacto Global da ONU, com ênfase no ESG e as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais.

Atualmente, existe uma crescente preocupação das empresas em adotarem posicionamentos e ações que coadunem com as boas práticas, não somente com seus funcionários ou parceiros comerciais, mas também com a sociedade em que ela se insere, respeitando os direitos sociais e humanos. Esse movimento está de acordo com os conceitos trazidos pelo ESG e tem impacto direto na imagem da empresa e em sua relação com os *stakeholders*.

Em virtude de seu poder, existe uma preocupação crescente com impactos ambientais e sociais ocasionados pelas atividades empresariais das transnacionais, que têm sido muito debatidos, à exemplo do que ocorreu no Fórum de Davos em 2021.⁵⁷

Alguns levantamentos realizados corroboram com essa perspectiva, como o realizado pela *Morningstar Inc.*, de que nos Estados Unidos, em 2020, US \$51,1 bilhões foram investidos em fundos ESG, em comparação aos US \$21 bilhões investidos em 2019.⁵⁸ Já na Europa, 505 novos fundos ESG foram criados e 253 fundos mudaram suas estratégias ou perfil de investimento para uma inclinação social, ambiental e de governança corporativa, em 2020.⁵⁹

Nesse mesmo cenário, existe o *Compliance*, que se tornou um instrumento utilizado no ambiente corporativo para garantir, principalmente, a ética e conformidade legal. Para alcançar sua eficácia, é necessário que seja bem estruturado por profissionais capacitados e que a empresa esteja disposta a cumprir com os pilares estabelecidos pelo Programa de *Compliance*. Caso contrário, pode se tornar um mero cumprimento de lei que não se aplica à sua finalidade: proteger a empresa de riscos de más condutas.

Dito isso, passamos à pergunta que motivou o presente trabalho: é o *Compliance* instrumento suficiente para garantir as boas práticas corporativas?

⁵⁷ Para mais informações, ver: <https://valorinveste.globo.com/mercados/internacional-e-commodities/noticia/2020/06/03/forum-de-davos-2021-em-janeiro-vai-propor-grande-reinicio.ghtml>

⁵⁸ Para mais informações, ver: <https://www.cnbc.com/2021/02/11/sustainable-investment-funds-more-than-doubled-in-2020-.html>

⁵⁹ Para mais informações, ver: <https://www.ft.com/content/e0237f69-a8c8-4bfc-9ccc-c466fb11f401>. Acesso em: 17 out. 2021.



Foi possível concluir que, para que seja um instrumento suficiente, é essencial que a empresa estabeleça uma estrutura consolidada dentro do Programa, siga de fato os pilares estabelecidos e que sua cultura organizacional coadune com a ética e moralidade. Caso contrário, situações como a da *Prevent Senior* podem ocorrer.

Entretanto, além disso, é fundamental que a organização esteja alinhada a objetivos mais expressivos e abrangentes que possam colaborar para uma cultura forte de bons valores dentro da empresa. Isso se faz necessário, pois, como demonstrado na presente pesquisa, as grandes corporações tendem a possuir muita influência e poder, à exemplo das que fazem parte da indústria farmacêutica, e, com isso, suas ações refletem diretamente na saúde e bem-estar da população.

Dos casos analisados, somente duas empresas são adeptas ao Pacto Global da ONU, as mesmas que, apesar de terem enfrentado problemas contratuais durante a venda de suas vacinas, não incorreram em prática antiéticas e criminosas. Por isso, instrumentos como o Pacto Global, que exige da empresa signatária um reporte periódico que demonstre sua evolução em relação aos 10 princípios estabelecidos e aos ODS e que assumam o compromisso com os institutos ESG, pois são relevantes para auxiliar as corporações nesse sentido. Além de estar em acordo com diretrizes internacionais, ainda que sejam de adoção opcional, como as já citadas Diretrizes da OCDE.

O cenário de incertezas proporcionado pela pandemia de COVID-19, como demonstrado, teve um papel fundamental no aumento da preocupação das empresas com *Compliance* e ESG. Além disso, existe uma cobrança externa às corporações para a adoção de práticas ambiental e socialmente sustentáveis. Diante disso, o *Compliance* torna-se parte de um elemento auxiliar à Governança Corporativa – elemento *G*, de ESG – sendo eficaz para que as empresas mantenham as boas práticas, entretanto, não mais suficiente, já que, como demonstrado, outros elementos são necessários.

8 REFERÊNCIAS

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Rio de Janeiro, RJ, 2016.;

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento sustentável (Educação Ambiental)**. Editora Vozes. Edição do Kindle.



BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O mundo globalizado: política, sociedade e economia.** Editora Contexto, 5ª edição. São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://admunip.files.wordpress.com/2012/09/alexandre-de-freitas-barbosa-o-mundo-globalizado-completo.pdf>> Acesso em: 01 set. 2021.

BBC BRASIL. **Vacinas contra o coronavírus: como o lucro das farmacêuticas alimenta o sigilo de contratos com governos,** 29 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-55856810>> Acesso em: 3 out. 2021.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy. **Empresas Diretos Humanos e Gênero: desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais.** 2014. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6649/1/Ana%20Claudia%20Ruy%20Cardia.pdf>> Acesso em: 01 set. 2021.

CNBC. **Money invested in ESG funds more than doubles in a year.** 11 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.cnbc.com/2021/02/11/sustainable-investment-funds-more-than-doubled-in-2020-.html>> Acesso em: 17 out. 2021

CNN BRASIL. **CGU confirma documentos falsos e abre processo contra Precisa e Bharat Biotech.** 1 set. 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cgu-confirma-documentos-falsos-e-abre-processo-contra-precisa-e-bharat-biotech/>> Acesso em: 1 out. 2021.

CNN BRASIL. **Entenda todas as investigações envolvendo a Prevent Senior.** 25 set. 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/entenda-todas-as-investigacoes-envolvendo-a-prevent-senior/>> Acesso em 12 out. de 2021.

CNN Brasil. **Prevent Senior alterava código de diagnóstico da Covid, confirma diretor à CPI.** 22 set. 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cpi-da-covid-ao-vivo-diretor-da-prevent-senior-presta-depoimento-aos-senadores/>> Acesso em: 12 out. 2021.

EXAME INVEST. **Davos debate como colocar em prática o capitalismo de stakeholder.** Disponível em: <<https://invest.exame.com/esg/davos-debate-como-colocar-em-pratica-o-capitalismo-de-stakeholder>> Acesso em: 22 set. 2021.

EXAME. **Pfizer tem salto em lucro líquido e receita no 2º trimestre,** 28 jul. 2021. Disponível em: <<https://exame.com/negocios/pfizer-tem-salto-em-lucro-liquido-e-receita-no-2o-trimestre/>> Acesso em: 1 out. 2021.

FINANCIAL TIMES. **Brussels publishes EU-AstraZeneca vaccine contract.** 29 jan. 2021. Disponível em: <ft.com/content/5a8a87b4-0ea8-4db3-acc4-8a72d3b8b64c> Acesso em: 11 out. 2021.



FINANCIAL TIMES. **ESG demand prompts more than 250 European funds to change tack.** 16 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/e0237f69-a8c8-4bfc-9ccc-c466fb11f401>> Acesso em: 17 out. 2021.

FOLHA DE S. PAULO. **Farmacêuticas faturaram mais de R\$ 1 bilhão com 'kit Covid' na pandemia, segundo relatos à CPI,** 12 jul. 2021. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/07/farmaceuticas-faturaram-mais-de-r-1-bilhao-com-kit-covid-na-pandemia-segundo-relatos-a-cpi.shtml>> Acesso em: 1 out. 2021.

KOEHLER, Dinah A. ERIC J. HESPEHEIDE. **Finding The Value In Environmental, Social, And Governance Performance.** Deloitte Review, 2013. Disponível em <<https://www2.deloitte.com/us/en/insights/deloitte-review/issue-12/finding-the-value-in-environmental-social-and-governance-performance.html>> Acesso em 11 de out. 2021.

KPMG. **COVID-19: Compliance Survey,** 04 jun. 2020. Disponível em: <<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2020/06/br-covid-19-compliance-survey.pdf>> Acesso em: 11 out. 2021.

LEC. **Os 10 Pilares de um Programa de Compliance.** 2017. Disponível em: <<https://lec.com.br/beta2021final/os-10-pilares-de-um-programa-de-compliance/>> Acesso em 18 set. 2021.

MATTOS, Renata dos Santos de. **Make the economy scream: o plano ITT-CIA e os impactos no governo de Salvador Allende (1970-1972).** 2015. Trabalho de Conclusão de Curso. Departamento de História. IFCH, UFRGS, Porto Alegre, 2015.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico.** RJ, Renovar, 2000.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **ANVISA adota medida cautelar para lotes da vacina CoronaVac.** 4 set. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/anvisa-adota-medida-cautelar-para-lotes-da-vacina-coronavac>> Acesso em: 3 out. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **ANVISA determina recolhimento de lotes interditados da CoronaVac.** 22 set. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/anvisa-determina-recolhimento-de-lotes-interditados-da-vacina-coronavac>> Acesso em: 3 out. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **ANVISA encerra processo de inspeção na Sinovac.** 4 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/anvisa-encerra-processo-de-inspecao-na-sinovac>> Acesso em: 3 out. 2021.

MORAES, Patricia Almeida de. **O Envolvimento de Corporações Transnacionais em Violações de Direitos Humanos.** Editora Dialética. Edição do Kindle.



O GLOBO. **Vacinas contra o coronavírus: como o lucro das farmacêuticas alimenta o sigilo de contratos com governos.** 29 jan. 2021. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/epoca/sociedade/vacinas-contra-coronavirus-como-lucro-das-farmaceuticas-alimenta-sigilo-de-contratos-com-governos-1-24860661>> Acesso em: 3 out. 2021.

OCDE. **Committing to Effective Whistleblower Protection.** 2016. Disponível em: <<https://www.oecd.org/corruption-integrity/reports/committing-to-effective-whistleblower-protection-9789264252639-en.html>> Acesso em 11 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Nações Unidas Brasil**, 2021. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/129591-pacto-global-das-nacoes-unidas-lanca-ferramenta-para-inspirar-governanca-transformacional>> - Acesso em 05 set. 2021.

PORTAL G1. **Mortes por Covid despencam, mas Brasil ainda é o país com mais óbitos do mundo em 2021.** 8 out. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/10/08/mortes-por-covid-despencam-mas-brasil-ainda-e-o-pais-com-mais-obitos-do-mundo-em-2021.ghtml>> Acesso em: 10 out. 2021.

RAUSTIALA, Kal. SLAUGHTER, Anne-Marie. **International Law, International Relations and Compliance. In: The Handbook of International Relations.** Disponível em: <<https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/slaughter/files/compliance.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021>

RIOS, Rodrigo Sánches. ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance – Prevenção e Minimização de Riscos na Gestão da Atividade Empresarial.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 114, mai.-jun./2015.

SANTOS, Renato Almeida dos, et al. **Compliance and leadership: the susceptibility of leaders to the risk of corruption in organizations.** Einstein, São Paulo. 2012, v. 10, n. 1. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1679-45082012000100003>>. Acesso em: 6 set. 2021.

SENADO FEDERAL. **CPI da Covid – Relatório Final.** Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2441&tp=4>> Acesso em: 30 nov. 2021.

SIBILLE, Daniel. SERPA, Alexandre. **Os pilares do programa de compliance: uma breve discussão.** LEC, 2020. Disponível em: <<https://conteudo.lec.com.br/ebook-pilares-do-programa-de-compliance>> Acesso em 11 out. 2021.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. REZENDE, Elcio Nacur. **Direito e Sustentabilidade II.** Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/4rvv15s2/XCtc4bnz89oDNv2t.pdf>> Acesso em: 01 set. 2021.

STJ. REsp 1388197/PR. Rel. Min. Herman Benjamin. DJE 19.04.2017.



UFMG. **Kit covid: o que diz a ciência?** disponível em: <<https://www.medicina.ufmg.br/kit-covid-o-que-diz-a-ciencia/>> Acesso em 12 de out. 2021.

UN GLOBAL COMPACT. **Pacto Global Rede Brasil**, 2021. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>> - Acesso em 05 set. 2021.

VALOR ECONÔMICO. **CPI da Covid pede indiciamento de 11 pessoas ligadas à Prevent Senior**. 19 out. 2021. Disponível em: <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2021/10/19/cpi-da-covid-pede-indiciamento-de-11-pessoas-ligadas-prevent-senior.ghtml>> Acesso em: 21 out. 2021.

VARELLA, M. D. **Direito internacional público**. São Paulo-SP, Brasil: Editora Saraiva, 2017. 9788547229344. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229344/>> Acesso em: 18 set. 2021.

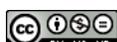
VEJA. **Reforço da vacina contra a Covid-19 pode render bilhões para farmacêuticas**, 28 jul. 2021. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/reforco-da-vacina-contr-a-covid-19-pode-render-bilhoes-para-farmaceuticas/>> Acesso em: 10 out. 2021.

VERÍSSIMO, C. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo-SP, Brasil: Editora Saraiva, 2017. 9788547224011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547224011/>> Acesso em: 18 set. 2021.

WACHOWICZ, Marcos. **OS ATIVOS INTANGÍVEIS DA EMPRESA: A tutela jurídica das novas tecnologias e know-how**. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2017/12/artigo_a_empresa_e_seus_ativos_intangiveis-2.pdf> Acesso em: 23 out. 2021.

WINTER, Luis Alexandre Carta. WACHOWICZ, Marcos. **Empresa transnacional como fator de desenvolvimento e integração regional da América Latina**. Congresso Nacional do CONPEDI (16: 2008: Salvador, BA). Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luis_alexandre_carta_winter.pdf> Acesso em: 01 set. 2021.

WULF, K. **Ethics and Compliance Programs in Multinational Organizations**. Wiesbaden: Springer Gabler Science & Business Media. 2012. 2. p. 24.



A PREVENÇÃO DE DESASTRES À LUZ DAS OBRIGAÇÕES EMPRESARIAIS DE RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

DISASTER PREVENTION IN THE LIGHT OF CORPORATE OBLIGATIONS TO RESPECT HUMAN RIGHTS

Diogo Calazans Ferreira Heilbuth¹

Rodrigo Vitorino Souza Alves²

Resumo: Esta pesquisa tem como objeto a análise das obrigações empresariais, em matéria de direitos humanos, que contribuem para a prevenção de desastres. Tendo em vista que a gestão dos riscos catastróficos visa a resguardar, sobretudo, os direitos humanos, os quais vinculam não somente os Estados, mas também entidades privadas, a presente pesquisa se propõe a estudar os Princípios Orientadores das Nações Unidas, a fim de verificar como o esclarecimento acerca do papel das empresas no campo dos Direitos Humanos influem no alinhamento com as diretrizes do Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres (2015-2030). Ao final, busca-se a compreensão das consequências jurídicas do descumprimento de diretrizes preventivas que orientam a gestão dos riscos da atividade empresarial. A partir do método dedutivo e de uma revisão bibliográfica, viu-se que muitos deveres internacionalmente reconhecidos às empresas são aplicáveis na fase de prevenção e mitigação do ciclo dos Desastres e favorecem a diminuição de eventos lesivos. Por outro lado, constatou-se uma certa limitação na exigibilidade destes deveres, no que toca à apuração de responsabilidades pelo descumprimento das diretrizes internacionais.

Palavras-chaves: Prevenção; Desastres; Empresas; Direitos Humanos.

Abstract: The object of this research is to analyze corporate human rights obligations that contribute to disaster prevention. Considering that the management of catastrophic risks aims to safeguard, above all, human rights, which bind not only States, but also private entities, this research proposes to study the UN Guiding Principles in order to verify how the clarification about the role of business in human rights influences the alignment with the guidelines of the

¹ Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Legale. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. *Academic Visitor* na Universidade de Oxford. Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra.



Sendai Framework for Disaster Risk Reduction (2015-2030). At the end, we seek to understand the legal consequences of non-compliance with the preventive guidelines that guide the management of business activity risks. Adopting deductive approach and literature review, it was seen that many internationally recognized duties of companies are applicable in the phase of prevention and mitigation of the Disaster cycle and favor the reduction of harmful events. On the other hand, there was a certain limitation in the enforceability of these duties, with regard to the determination of responsibilities for non-compliance with international guidelines.

Keywords: Prevention; Disasters; Companies; Human Rights.

Sumário: 1. Introdução; 2. A relação entre empresas e direitos humanos; 3 A prevenção de desastres à luz dos Princípios Orientadores; 4. A responsabilidade empresarial pelo descumprimento das obrigações de prevenção; 5. Considerações finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As atividades empresariais que se instalam na sociedade geram diversos benefícios, uma vez que, além de atenderem aos interesses econômicos, suprem demandas e necessidades dos membros da coletividade. Contudo, sem ignorar o relevante papel exercido pelo setor empresarial, nota-se que muitas destas atividades também geram riscos e, não raramente, causam impactos socioambientais negativos. Quando estes impactos são oriundos de um evento lesivo de elevada magnitude, gerando prejuízos a bens de diversas naturezas, estará caracterizado o que se compreende por Desastre³. Nesta circunstância, violações de direitos humanos são concretizadas, sendo que, na maioria das vezes, poderiam ter sido evitadas pela adoção de medidas preventivas, seja por parte do agente titular do empreendimento, seja por parte do Estado.

Em matéria de Direitos Humanos, é intuitiva a atribuição de deveres aos Estados soberanos, os quais são tradicionalmente destinatários das normas que resguardam a dignidade da pessoa humana. Em que pese o caráter *erga omnes* desses direitos, não havia uma clareza a respeito de quais são os deveres de entidades privadas no campo dos Direitos Humanos, motivo

³ Sobre a conceituação de desastre, o artigo 3º do Projeto de Artigos para a Proteção de Pessoas em Eventos de Desastres da Comissão de Direito Internacional da Assembleia Geral das Nações Unidas prevê que desastre é “um evento de calamitoso ou uma série de eventos que resultam em ampla perda de vidas, grande sofrimento e angústia humana, deslocamento em massa ou danos materiais ou ambientais em larga escala, comprometendo seriamente o funcionamento da sociedade”. UNITED NATIONS. *Draft articles on the protection of persons in the event of disasters*. 2016



pelo qual, no final do Século XX e início do XXI, as discussões políticas sobre o assunto resultaram na elaboração dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, arquitetados por John Ruggie, e endossados pelo Conselho no ano de 2011. Com base nos três pilares deste diploma normativo, os Estados devem proteger os direitos humanos (primeiro pilar), as companhias devem respeitá-los (segundo pilar) e aqueles que forem prejudicados devem ser indenizados e os danos reparados (terceiro pilar). Neste sentido, apesar da falta de vinculatividade⁴, as obrigações⁵ oriundas do Marco Ruggie representam um avanço na tutela global desses direitos, na medida em que buscam o comprometimento de atores privados, até então, pouco mencionados nesta pauta.

A contribuição dos Princípios Orientadores, dessa forma, pode ser verificada também no controle dos desastres, cujas causas e consequências estão permeadas de violações de direitos humanos. Partindo deste pressuposto, o presente trabalho se propõe a abordar o alcance da obrigação de respeitar e das responsabilidades oriundas de seu descumprimento, a fim de apurar se estas incidem anteriormente a consolidação de danos, especificamente na Fase de Prevenção e Mitigação do Ciclo dos Desastres, que será explicado no tópico 3.

Isto é, sob uma perspectiva preventiva e com foco no segundo pilar dos Princípios Orientadores, a pesquisa busca verificar os deveres empresariais que contribuem para a diminuição dos desastres no mundo, bem como enfrentar a hipótese de não serem observados pelas empresas, o que exige a análise dos desdobramentos jurídicos desta inobservância, verificada quando atividades empresariais ainda não tenham produzido danos constatáveis, mas tenham elevados riscos potencialmente lesivos.

Sendo assim, utiliza-se o método dedutivo e uma abordagem qualitativa para, inicialmente, entender as obrigações das empresas no campo dos Direitos Humanos e o modo que favorecem a diminuição de desastres, à luz dos Princípios Orientadores das Nações Unidas. E

⁴ A esse respeito, Surya Deva sugere que os Princípios Orientadores podem informar o conteúdo do Tratado Internacional sobre Empresas e Direitos Humanos que está em discussão no âmbito das Nações Unidas, de modo que reconhece a complementaridade entre os dois instrumentos, considerando que os Princípios Orientadores constituem apenas o ponto de partida, e não de chegada, no tocante à proteção dos direitos humanos no contexto das atividades empresariais. Considera ainda que os princípios orientadores não são suficientes para desafiar ou confrontar a estrutura existente de irresponsabilidade e desigualdade, de modo que se faz necessário avançar, complementando-os com um instrumento normativo internacional vinculante. DEVA, Surya. **The UN Guiding Principles' Orbit and Other Regulatory Regimes in the Business and Human Rights Universe: Managing the Interface.** *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, n. 2, p. 336-351, 2021.

⁵ Ao se referir a “obrigações”, o presente artigo faz menção a terminologia utilizada nos Princípios Orientadores das Nações Unidas, e não ao sentido técnico do Direito Civil que dispõe sobre as relações obrigacionais.



para, posteriormente, adentrar no aspecto da exigibilidade dos deveres relacionados à prevenção de eventos lesivos e de violações de direitos. Aspecto este que, necessariamente, demanda a análise da responsabilidade internacional, no que tange à exigência do gerenciamento de riscos e do impedimento/afastamento de violações de direitos humanos.

Desse modo, pretende-se apurar se as empresas são ou não obrigadas a adotar medidas capazes de diminuir os riscos que expõem bens jurídicos ligados aos direitos humanos e ao meio ambiente e abordar o âmbito da responsabilidade empresarial diante da inobservância dessas obrigações de prevenção, em prol da prevenção de desastres humano-ambientais.

2 A RELAÇÃO ENTRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

A prevenção de desastres é uma pauta abordada em âmbito mundial, justamente em razão dos impactos negativos que lhes são próprios e que despertam a necessidade de se desenvolver mecanismos para evitá-los ao máximo. Inclusive, quando países adotam estratégias para a redução do risco de desastres, preenchem um dos indicadores do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 11, em favor de cidades e comunidades sustentáveis⁶. Para tanto, conforme consta no Indicador 11.b.1, é preciso que essas estratégias nacionais estejam em alinhamento com Marco de Sendai⁷.

Este foi adotado na Terceira Conferência Mundial da ONU sobre Redução de Risco de Desastres, realizada na cidade de Sendai, no Japão, e foi aprovado em junho de 2015 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Em continuidade às ações definidas no Marco de Ação de Hyogo⁸, cujas estipulações eram direcionadas até o ano de 2015, o Marco de Sendai definiu quatro prioridades e sete metas, relacionadas à pauta em questão, para serem alcançadas até o ano de 2030⁹.

⁶ Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/objetivo11/indicador11b1#>. Acesso em: 15/08/2021.

⁷ UNITED NATIONS. **United Nations Office for Disaster Risk Reduction** – UNDRR (2015). *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030*. [S. l.]: UNDRR. Disponível em: https://www.preventionweb.net/files/43291_sendaiframeworkfordren.pdf. Acesso em: 15/08/2021, p. 12.

⁸ UNITED NATIONS. **United Nations Office for Disaster Risk Reduction** – UNDRR (2007). *Hyogo Framework for Action 2005-2015: Building the resilience of nations and communities to disasters*. Disponível em: https://www.preventionweb.net/files/1037_hyogoframeworkforactionenglish.pdf. Acesso em: 15/08/2021, p. 3.

⁹ “Para que o novo Marco seja adotado de forma bem-sucedida, é necessário forte comprometimento, envolvimento político e foco em quatro prioridades: a) entender os riscos de desastres; b) fortalecer o gerenciamento dos riscos; c) investir na redução dos riscos e na resiliência; d) reforçar a prevenção de desastres e dar respostas efetivas”. GUERRA, Sidney. **Catástrofes naturais e a emergência do Direito Internacional das Catástrofes**. Cadernos de Direito Actual, n. 8, p. 331-346, 2017, p. 342.



Em uma comparação entre ambos os marcos, percebe-se que, enquanto o de Hyogo atribuía ênfase na mitigação dos resultados maléficis de desastres, o de Sendai passou a focar na redução das ocorrências destes. Essa percepção advém da análise acerca dos resultados esperados por cada um dos marcos, pois no primeiro se fez referência à redução das perdas por desastres, enquanto no segundo, atualmente vigente, objetiva-se a redução substancial de riscos de desastres e perdas¹⁰.

Trata-se, então, de um Marco que orienta os Estados nacionais a assumirem, voluntariamente, compromissos no âmbito das prioridades e das metas ligadas a gestão de riscos de desastres, que será abordada no tópico 3. Esses compromissos, no entanto, também alcançam atores pertencentes ao setor privado, pois os Estados não são os únicos agentes que realizam atividades criadoras de risco na sociedade, sobretudo nos seus moldes atuais¹¹, frutos da modernidade e do progressivo desenvolvimento de novos empreendimentos, tanto pelo setor público quanto pela iniciativa privada.

A relevância da participação desta última tornou-se evidente a partir do final do Século XX, em que se notou a preponderância de empresas transnacionais no setor econômico, muito das quais passaram a ter rendimentos superiores ao de Estados soberanos¹². Isso se deu com o advento e o crescimento destas corporações, cujas operações não se limitam às fronteiras territoriais, expandindo-se por todo o globo.

No entanto, existem discussões a respeito de quais obrigações podem ser imputadas às empresas no campo dos Direitos Humanos, ramo que, inevitavelmente, dialoga com o Direito dos Desastres¹³. Nas palavras de Guerra, “o cenário que envolve as catástrofes toca diretamente

¹⁰ CARVALHO, Délton Winter de. **Direito Internacional dos Desastres: da centralidade na resposta humanitária à formação do dever internacional de redução de riscos de desastres.** *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, vol. 5, n. 2, p. 335-350, 2020.

¹¹ O desenvolvimento técnico-científico gera um incremento de riscos na sociedade moderna, antes da qual os riscos basicamente se restringiam aos fenômenos naturais (terremotos, tsunamis, raios, etc). Posteriormente, os riscos mais relevantes passaram a decorrer das próprias inovações científicas, as quais resultam em tecnologias nunca antes utilizadas, cujos impactos podem ser desconhecidos, e estão relacionadas à intervenção humana, cada vez maior, no meio ambiente. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** São Paulo: Editora 34, 2010.

¹² PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (orgs.). **Empresas e Direitos Humanos.** Salvador: JusPodivm, 2018, p. 01

¹³ Trata-se de um campo acadêmico jurídico emergente, melhor abordado no tópico 3, que abrange pesquisas interdisciplinares e que busca informar e melhorar a tomada de decisão relacionada a desastres, tendo em vista o reconhecimento de que o sistema legal desempenha um papel central na prevenção, resposta e gestão de desastres. FARBER, Daniel. **Disaster Law and Emerging issues in Brazil.** *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)*, vol. 4, n. 1, p. 2-15, 2012.



vários aspectos do direito internacional, em especial nos campos relativos ao direito ambiental, direitos humanos, direito humanitário, direito econômico e direito ao desenvolvimento”¹⁴.

Nesse sentido, o Marco de Sendai também precisa ser interpretado à luz de outros marcos regulatórios, como os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos. Assim, para a melhor compreensão sobre o papel do setor privado na redução de desastres, a seguir serão feitas considerações sobre a relação entre empresas e direitos humanos e a construção dessa temática no plano internacional.

O marco inicial de construção do regime internacional de direitos humanos ocorreu em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujas intenções foram transformadas em obrigações legais, mediante a aprovação, pela Organização das Nações Unidas, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), ambos datados de 1966 e ratificados pelo Brasil em 1992¹⁵. Nota-se que estes instrumentos normativos vinculantes são endereçados aos Estados e não criam obrigações diretas a particulares, como as empresas, muito embora suas atividades envolvam direitos que foram assegurados nestes documentos, a exemplo do direito a não ser submetido a escravidão, servidão ou trabalho forçado, previsto no art. 8º do PIDCP, e do direito a condições justas e favoráveis de trabalho, previsto no art. 7º do PIDESC¹⁶.

Esses três diplomas, juntos, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Carta esta que, juntamente com os sistemas regionais (interamericano, europeu, africano e crescentes iniciativas no mundo árabe e asiático), com as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do Tribunal Penal Internacional (TPI) formam a denominada “Revolução dos Direitos Humanos” do século XX¹⁷.

Inicialmente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) foi desenvolvido para vincular especificamente os Estados, impondo-lhes o dever de abstenção - de não violar direitos

¹⁴ GUERRA, Sidney. **Catástrofes naturais e a emergência do Direito Internacional das Catástrofes**. Cadernos de Dereito Actual, n. 8, p. 331-346, 2017, p. 332

¹⁵ Vide Decreto 592/1992 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm e Decreto 591/1992 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm

¹⁶ Cumprir observar que os destinatários destes Pactos não são os únicos potenciais violadores dos direitos assegurados nos seus dispositivos, motivo pelo qual podem ser invocados, em face dos Estados, como instrumentos para a proteção dos direitos humanos, também em casos de violações cometidas por empresas. COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. **Acesso à Justiça: Violações de Direitos Humanos por Empresas**. Genebra-Suíça: ICJ, 2011, p.4

¹⁷ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são APENAS NEGÓCIOS: As corporações multinacionais e os direitos humanos**. São Paulo: Planeta/Abril, 2014, p. 33.



humanos - e o de impedir que terceiros (não estatais) o façam. A própria compreensão acerca das gerações¹⁸ de direitos coloca o Estado como principal destinatário, ao qual são estipulados limites de atuação, no primeiro momento, a fim de preservar as liberdades dos cidadãos, seus direitos civis e políticos.

No segundo momento, posteriormente às primeiras constituições liberais dos séculos XVIII e XIX, aos Estados são exigidos direitos sociais, culturais e econômicos (direitos prestacionais¹⁹), inaugurados pela Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar, em 1919. A terceira geração, por sua vez, consagrou os direitos de solidariedade, relacionados àqueles de titularidade coletiva ou difusa, em proteção aos interesses de uma pluralidade de pessoas, como a tutela do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural²⁰.

Seja quantas²¹ forem as gerações, o desenvolvimento da teoria continua atrelada ao Estado, como destinatário principal dos direitos. Assim, superando a perspectiva tradicional dos Direitos Humanos, nas últimas décadas, o sistema tem sido desafiado a englobar agentes econômicos privados, cujas atividades impactam significativamente a coletividade, de forma tão intensa quanto à postura estatal.

A relação entre empresas e direitos humanos começou a ser discutida no cenário internacional a partir da década de 70, inicialmente em torno da preocupação a respeito do impacto das atividades de empresas transnacionais sobre o processo de desenvolvimento de países (antigas colônias europeias). Com a criação da Comissão das Nações Unidas sobre Corporações Transnacionais, em 1974, buscou-se avaliar estes impactos e, em 1984, foi feita uma minuta de um código de conduta direcionado a empresas transnacionais, mas a proposta gerou polêmicas e não seguiu adiante. Por outro lado, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) obteve êxito em estabelecer as “Diretrizes para Empresas Multinacionais”

¹⁸ A teoria das gerações utiliza o critério do surgimento histórico dos direitos humanos, sob a perspectiva de que “os direitos humanos fundamentais são direitos históricos, reivindicados e positivados em função das necessidades de seu contexto”. In: ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. **Direitos Fundamentais: Uma tomada da posição dos direitos sociais no sistema Constitucional.** Dissertação de mestrado. Uberlândia. 2011, p. 95.

¹⁹ Sobre os direitos sociais, que em sentido amplo abarca os econômicos, sociais e culturais, o Rodrigo Vitorino Souza Alves explica que “dizem respeito à intervenção estatal na sociedade de modo a assegurar a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, ao menos o mínimo necessário para seu gozo”. Ibidem, p. 92.

²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

²¹ Norberto Bobbio, por exemplo, acrescenta uma quarta geração, a qual se refere “aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.09



em 1976 e, um ano depois, a OIT adotou a “Declaração Tripartite de Princípios Relativos a Empresas Multinacionais e Política Social”.²²

Ocorre que o tema somente foi ganhar destaque na agenda internacional na década de 1990, com a intensificação da globalização²³. Os impactos negativos de atividades empresariais foram evidenciados, já que os Estados nacionais passaram a adotar políticas voltadas apenas para atrair os investimentos estrangeiros, de modo que nenhuma regulamentação era feita para a proteção das pessoas e do meio ambiente. Conforme explica Ruggie, neste cenário os “governos não podiam ou não estavam dispostos a executar suas leis domésticas, quando existiam” e, concomitantemente, as próprias “multinacionais não estavam preparadas para a necessidade de administrar os riscos causados ou sua contribuição para a violação dos direitos humanos em suas atividades e relacionamentos comerciais”²⁴.

Em razão disso, na década de 90, as discussões sobre essa problemática foram retomadas na ONU, o que culminou no Pacto Global²⁵, por meio do qual as empresas assumem compromissos na área de Direitos Humanos, trabalho e meio ambiente. Contudo, sua eficácia é limitada, pois depende da adesão espontânea das empresas, além de não possuir um alto grau de exigibilidade. Sendo assim, no intuito de elaborar um documento dotado de maior coercitividade, em 2003, foram propostas as “Normas de Responsabilidades de Corporações Transnacionais e Outras Empresas em Relação aos Direitos Humanos” (*Draft Norms*), as quais teriam caráter vinculante (e não mais meramente recomendatórias ou voluntárias)²⁶.

Essa proposta, no entanto, encontrou bastante resistência por parte da comunidade empresarial, pois significava uma mudança radical de ruptura do voluntarismo. Alegavam os críticos que as Normas importariam em transferência de atribuições que são dos Estados para as

²² BENEDETTI, Juliana Cardoso. **Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas: Rumo a um Tratado?** In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (org.). **Empresas e Direitos Humanos**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 21.

²³ “A liberalização do comércio, a desregulamentação interna e a privatização em todo o mundo aumentaram o âmbito e aprofundaram o impacto provocado pelos mercados”. RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são APENAS NEGÓCIOS: As corporações multinacionais e os direitos humanos**. São Paulo: Planeta/abril, 2014. p.28.

²⁴ *Ibidem*, p. 29.

²⁵ O Pacto Global foi lançado no ano 2000, originalmente com nove princípios. Em 2004, foi acrescido o décimo princípio relativo ao combate à corrupção. No Brasil, mais de 600 empresas são signatárias deste documento. BENEDETTI, Juliana Cardoso. **Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas: Rumo a um Tratado?** In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (org.). **Empresas e Direitos Humanos**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 22-23.

²⁶ ROLAND, Manoela Carneiro et al. **Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em direitos humanos e empresas**. *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 393-417, 2018. p.401



Empresas²⁷. Diante deste cenário desfavorável, a proposta foi rejeitada pela Comissão de Direitos Humanos em 2004, o que demonstrava a necessidade de se realizar mais discussões e de se tentar avanços graduais nesta pauta, a fim de conquistar o comprometimento dos envolvidos.

Em 2005, o Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, solicitou ao então professor de Harvard, John Gerard Ruggie, a elaboração de um projeto, com ampla e profunda pesquisa, durante alguns anos, para amadurecer a forma como poderia ser tratada a matéria dos direitos humanos nas relações firmadas pelas empresas. Após seis anos de pesquisas, consultas e diálogos, o conselho da ONU endossou, por unanimidade, os Princípios Orientadores, cujos pilares são proteger, respeitar e remediar.

A proteção é conferida pelo Estado que deve investigar e punir os ofensores não estatais e reparar as vítimas, pilar este já reconhecido tradicionalmente e que o vincula também quando ele próprio atua como ator econômico. Quanto ao segundo pilar, está direcionado às empresas, impondo-as o dever de adotar políticas e processos para prevenir e mitigar os riscos de suas atividades, para que não causem impactos negativos. Já o terceiro, pressupõe uma violação já ocorrida, exigindo uma atuação na reparação dos afetados.

Desse modo, no tópico seguinte serão analisadas as obrigações dos Princípios Orientadores que favorecem a prevenção de desastres e que estão contempladas em seu segundo pilar. Embora os demais pilares também tenham enorme aplicação no Direito do Desastres, o objeto desta pesquisa foca no papel das empresas em evitar que suas atividades gerem riscos intoleráveis na sociedade.

3 A PREVENÇÃO DE DESASTRES À LUZ DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES

O Direito dos Desastres visa gerir as fases de um evento catastrófico²⁸, as quais são organizadas em um ciclo de gestão de riscos. Na primeira fase, que antecede ao evento, o intuito é a prevenção e a mitigação dos riscos que, quando concretizados, dão início a segunda etapa, na qual o desastre efetivamente ocorre e que demanda uma resposta de emergência. Posteriormente,

²⁷ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são APENAS NEGÓCIOS**: As corporações multinacionais e os direitos humanos. São Paulo: Planeta/abril, 2014. p. 19.

²⁸ Neste trabalho, as expressões advindas do termo “catástrofe” são empregadas indistintamente do termo “desastre”, uma vez que a possível diferenciação relativa à magnitude não é considerada nos documentos internacionais, os quais utilizam o termo “desastre” na acepção de catástrofe. GOMES, Carla Amado. **A gestão do risco de catástrofe natural**: uma introdução na perspectiva do Direito Internacional. Direito das Catástrofes Naturais. Coimbra: Almedina, 2012.



uma vez produzidos os danos, a terceira etapa é acionada para viabilizar a compensação das vítimas, enquanto a quarta objetiva a reconstrução da comunidade e dos ambientes afetados²⁹.

Nessa gestão circular de riscos, as avaliações que orientam as medidas a serem tomadas devem considerar a probabilidade de ocorrência de danos, bem como a magnitude destes. Sendo assim, trata-se de um ramo do Direito que estuda a regulação jurídica de cada uma dessas fases, lidando com os riscos que podem resultar em desastres, sejam físicos, cujas causas estão predominantemente ligadas a fatores naturais, sejam antropogênicos (de causa humana)³⁰.

No caso de um agente econômico privado estar envolvido na geração de um desastre, durante todo o ciclo catastrófico, incidem obrigações a serem respeitadas pela empresa, tutelando o ser humano e o meio ambiente. Como prevê o princípio norteador 19, letra c, do Marco de Sendai,

a gestão de risco de desastres é destinada a proteger as pessoas e seus bens, saúde, meios de vida e bens de produção, bem como seu patrimônio cultural e ambiental, além de promover e proteger todos os direitos humanos, incluindo o direito ao desenvolvimento.

Assim, dependendo do que for feito na resposta de emergência, as consequências lesivas podem se mostrar mais ou menos gravosas. Da mesma forma, após a produção dos danos, a postura assumida pelo agente causador é determinante para uma compensação e uma reconstrução mais eficazes, por meio da assistência imediata às vítimas, da colaboração com o Poder Público e da assunção de comprometimento em Termos de Ajustamento de Condutas, por exemplo.

Neste sentido, todas as fases de um desastre estão intimamente ligadas aos direitos humanos, os quais demandam o cumprimento de deveres pelo agente causador. Na primeira etapa do ciclo, que antecede ao evento, isso não é diferente, pois se trata de um momento crucial, no qual é possível, inclusive, impedir a continuidade do caminho catastrófico. Por este motivo, é preciso reconhecer a importância das obrigações empresariais de Direitos Humanos que visam diminuir os riscos de suas atividades, adequando-as aos parâmetros de segurança e legalidade.

²⁹ FARBER, Daniel. **Disaster Law and Emerging issues in Brazil**. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito* (RECHTD), vol. 4, n. 1, p. 2-15, 2012, p. 5-6.

³⁰ Delton Winter de Carvalho observa que, embora sejam chamados comumente de “naturais”, qualificá-los como físicos é mais adequado, uma vez que as causalidades são complexas e o ser humano pode ter tido influência sobre o evento da natureza, ainda que de forma indireta. CARVALHO, Délton Winter de. **Brumadinho, 2019**: análises das narrativas de uma catástrofe a partir do direito dos desastres. *Revista dos Tribunais*, vol. 1002, p. 87-102, 2019.



Sem dúvida, medidas devem ser exigidas das empresas que desenvolvem atividades de risco, para que não violem direitos e nem causem danos. Destarte, a delimitação do objeto de estudo na fase de prevenção e mitigação, além de ser necessária para o aprofundamento científico, guarda pertinência com o intuito de melhor proteger os Direitos Humanos, tendo em vista as limitações da tutela jurídica *a posteriori*³¹. Afinal, se diante de danos humanos individuais já existe dificuldade na restituição do estado anterior, a afetação de uma coletividade potencializa os desafios da recuperação posterior às lesões³².

Ou seja, o efetivo respeito aos Direitos Humanos é aquele que começa antes de qualquer ofensa ser detectada e, nessa perspectiva, os Princípios Orientadores estabelecem obrigações às empresas que contribuem para a diminuição de riscos, a fim de evitar adversidades. Dentre as previstas no segundo pilar do Marco Ruggie, destaca-se os princípios de número 13, 15 e 17, cujos conteúdos esclarecem o que se espera do setor empresarial neste escopo.

O princípio 13 exige que as empresas “evitem causar ou contribuir para impactos adversos nos direitos humanos por meio de suas próprias atividades” (letra ‘a’), e que “busquem prevenir ou mitigar impactos adversos nos direitos humanos que estejam diretamente relacionados às suas atividades e operações, produtos ou serviços prestados em suas relações comerciais, mesmo se elas não tiverem contribuído para esses impactos” (letra ‘b’).

Com isso, percebe-se que a busca pela prevenção ou mitigação de impactos adversos não se refere apenas aos que poderiam advir diretamente de suas operações. Por isso, mesmo quando a empresa não é diretamente a produtora dos riscos, não deve ela manter relações comerciais com entidades que geram ameaças aos direitos humanos³³.

Pelo princípio 15, impõe-se a inclusão de “um processo de devida diligência em direitos humanos para identificar, prevenir e prestar contas de como elas abordam seus impactos nos

³¹ Sobre essa maior eficiência da tutela preventiva, o Marco de Sendai (art. 19, “j”) dispõe que “abordar os fatores subjacentes de risco de desastre através de investimentos públicos e privados informados sobre riscos é mais custo-eficiente do que concentrar-se principalmente em resposta pós-desastres e recuperação, contribuindo, também, para o desenvolvimento sustentável”.

³² A velha normalidade, que existia antes do evento, é inatingível, em razão da irreversibilidade e magnitude de um desastre. A busca pela redução da vulnerabilidade do local atingido é o que resta, sendo a reconstrução direcionada a uma nova normalidade. CARVALHO, Délton Winter de. **Brumadinho, 2019: análises das narrativas de uma catástrofe a partir do direito dos desastres.** *Revista dos Tribunais*, vol. 1002, p. 87-102, 2019, p. 96.

³³ TARANTINI, Vanessa Celano; CARNEIRO, Beatriz Martins. **O Pacto Global da ONU e o Respeito e a Promoção de Direitos Humanos pelas Empresas.** In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (org.). *Empresas e Direitos Humanos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 44-45.



direitos humanos”. A compreensão acerca de quais medidas abrangem este processo é disposta no princípio 17, pelo qual a devida diligência deve incluir:

a avaliação dos impactos reais e potenciais de suas atividades e operações nos direitos humanos; a consideração desses impactos nas suas políticas, em seus programas, na sua gestão; a adoção de medidas de prevenção e mitigação; o monitoramento das ações adotadas; e a comunicação sobre como esses impactos são enfrentados.³⁴

Como o risco das atividades empresariais pode variar com o tempo, o princípio 17 ainda alerta que a devida diligência deve ser contínua, adequando-se à evolução do empreendimento, considerando que as medidas preventivas inicialmente tomadas podem não ser mais suficientes em outro contexto operacional.

Dessa forma, nota-se que muitas são as obrigações das empresas no âmbito do respeito aos direitos humanos, já que a exigência, aparentemente simples, de se absterem de causar danos gera, para o agente econômico, deveres positivos de adotar medidas capazes de controlar os riscos assumidos em sua atividade. Aliás, como bem observa David Bilchitz, o significado técnico da obrigação de respeitar, que já é amplo, ainda comportou a introdução de deveres que, tecnicamente, são de proteção, a exemplo da necessária observação dos riscos produzidos pelos parceiros comerciais³⁵.

Portanto, o reconhecimento dessas obrigações permite que as entidades privadas sejam consideradas atores importantíssimos para a diminuição de desastres e, conseqüentemente, de violações a direitos humanos. Verificado isso e, considerando que o reconhecimento normativo, não acompanhado de sua observância, não produz os efeitos benéficos esperados, é preciso abordar os desdobramentos jurídicos do descumprimento destas obrigações, o que será objeto do próximo tópico.

4 A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL PELO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE PREVENÇÃO

O reconhecimento internacional dos deveres das empresas de prevenir desastres e violações de direitos humanos é um avanço no campo do Direito Internacional dos Desastres e

³⁴ Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1918>. Acesso em: 15/08/2021.

³⁵ BILCHITZ, David. **O Marco Ruggie: Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos Humanos das Empresas?** *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 7, n. 12, p. 208-241, 2010, p. 216.



dos Direitos Humanos. Como visto, as entidades privadas não eram as tradicionais destinatárias das normas e diretrizes que compunham estes ramos, de modo que o maior esclarecimento a respeito do papel destas corporações faz parte de um movimento recente no cenário internacional, movimento este que abarcou também uma ênfase maior na perspectiva preventiva e na exigência de atuações antecipadas e gerenciadoras de riscos.

Ocorre que não basta o reconhecimento de deveres, é preciso lidar com a hipótese de estes não serem observados, analisando as possíveis respostas jurídicas que sejam capazes de conferir um grau de exigibilidade suficiente a estas normas. Por isso, entra-se no âmbito do estudo da responsabilidade jurídica, a fim de entender em que medida haverá sua incidência em face das empresas criadoras de riscos intoleráveis e que exercem suas atividades em desconformidade com os parâmetros de legalidade.

Neste viés, o próprio Direito Internacional reconhece suas limitações no controle dos particulares e cobra dos Estados nacionais a efetividade dos seus sistemas internos de justiça, tendo em vista não serem as empresas consideradas, de antemão, sujeitos de direito internacional. Conforme consta no comentário do Princípio Orientador nº 12 das Nações Unidas, “o dever das empresas de respeitar os direitos humanos é diferente das questões de responsabilidade jurídica e de aplicação de leis, que continuam dependendo das disposições da legislação nacional aplicável em cada jurisdição”³⁶.

Por esta razão, diante de uma violação de direitos humanos perpetrada por uma entidade privada, a devida responsabilização é feita pela jurisdição interna, embora os organismos internacionais possam, em certos casos de falha estatal, tomar medidas cabíveis em face do Estado, para que este não fique inerte frente a riscos que ameaçam bens merecedores de elevada proteção. Foi o que aconteceu no conhecido Caso da Explosão da Fábrica de Fogos de Artifício do Município de Santo Antônio de Jesus, em 11/12/1998, e que resultou na morte de mais de sessenta pessoas, dentre as quais vinte eram crianças³⁷. Na sentença, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) não apenas se apoia nos princípios para a construção de seu

³⁶ UNITED NATIONS. **Guiding Principles on Business and Human Rights**: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Geneva: United Nations, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf. Acesso em: 15/08/2021.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil**. Sentença de 15 de julho de 2020 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso em: 15/08/2021.



entendimento³⁸, mas recomenda ao Estado que se oriente por padrões de empresas e direitos humanos e que, em suas Diretrizes Nacionais, busque a implementação, por parte das empresas, de ações de promoção dos direitos humanos³⁹.

Este desastre alcançou enorme repercussão e, após a tramitação de um processo perante a CIDH, o Brasil foi responsabilizado, por ter sido constatada uma omissão estatal nos momentos anteriores (regulação/fiscalização) e posteriores à explosão da fábrica (assistência às famílias das vítimas, compensação dos danos, responsabilização da empresa)⁴⁰. Essas falhas, sob a perspectiva do regramento internacional acerca da relação entre Direitos Humanos e Empresas, configuram descumprimento da obrigação do Estado de proteger, insculpida no primeiro pilar das diretrizes estabelecidas pelos Princípios Orientadores das Nações Unidas.

A citação deste caso é elucidativa, uma vez que, além de ser o primeiro da CIDH a mencionar o tema empresas e direitos humanos, envolve um julgamento recente, datado de 2020, sobre questões fáticas que se amoldam perfeitamente à hipótese aqui trabalhada: de uma empresa contribuir para a causa de um desastre e do Estado, titular do dever de regulamentar e fiscalizar atividades empresariais de risco, ser condenado por uma Corte Internacional, por não ter viabilizado a responsabilização efetiva da empresa e, especialmente, por não ter exigido devidamente do empreendedor a gestão de riscos e a manutenção da segurança necessária para se evitar violações de direitos humanos⁴¹.

Essa falha estatal também ocorreu em outros desastres oriundos de atividades empresariais, como o rompimento da Barragem de Fundão, operada pela empresa Samarco

³⁸ “A conclusão acima é reforçada pelos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, que afirmam que “[e]m cumprimento do seu dever de proteger, os Estados devem: a) Fazer cumprir as leis que tenham por objeto ou por efeito fazer as empresas respeitarem os direitos humanos e, periodicamente, avaliar a adequação dessas leis e suprir eventuais lacunas [...]”. Ibidem, p.42-43.

³⁹ “Levando em consideração que o presente caso se refere também ao tema empresas e direitos humanos, a Corte julga pertinente ordenar ao Estado que, no prazo de um ano, apresente um relatório sobre a implementação e aplicação das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, especialmente no que diz respeito à promoção e ao apoio a medidas de inclusão e não discriminação, mediante a criação de programas de incentivo à contratação de grupos vulneráveis; à implementação, por parte das empresas, de atividades educacionais em direitos humanos, com a divulgação da legislação nacional e dos parâmetros internacionais, e de um enfoque nas normas relevantes para a prática das pessoas e os riscos para os direitos humanos”. Ibidem, p.81

⁴⁰ Ibidem, p. 87.

⁴¹ Trata-se, como vem reconhecendo a doutrina dos direitos humanos, do “efeito horizontal” das Convenções sobre direitos humanos traduzida na responsabilidade internacional dos Estados, por atos de atores privados, quando o ente público não cumpre com suas obrigações positivas de fiscalizar o respeito aos direitos humanos por parte das empresas. SALDANHA, Jânia M. L.; BOHRZ, Clara R. **Dupla Influência e Dupla Projeção entre global e local: O "Caso Mariana" e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração.** Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas. Vol. II. N°02. 2018. p.09.



Mineração S.A, no município de Mariana-MG⁴², em 2015, que levou a morte de 19 pessoas, além de graves impactos ambientais, e a tragédia da empresa Vale S.A, ocorrida em Brumadinho- MG, no ano de 2019, que causou a morte de 270 pessoas e a afetação do meio ambiente⁴³. Da mesma forma, não obstante as empresas não serem responsabilizadas no âmbito internacional, o Estado brasileiro pode ser, tendo em vista que os referidos casos já foram denunciados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁴⁴. Cabe ressaltar que esta comissão, ao se manifestar sobre os eventos, consignou o seguinte:

*ante los diversos cuestionamientos a la respuesta estatal y de las empresas involucradas en el caso de Mariana, y ocurrido un nuevo desastre en Brumadinho de magnitudes que habrían superado al primero, resulta especialmente preocupante la información que apunta a una posible flexibilización en las regulaciones relativas a la concesión de licencias en el sector minero en dicho país. LA REDESCA recuerda que la CIDH ya ha indicado que las obligaciones del Estado en la materia incluyen “el deber de prevención de violaciones a los derechos humanos, es decir, se aplica desde antes de autorizar una actividad y otorgar permisos, así como durante la implementación y el ciclo de vida del proyecto bajo examen mediante medidas de supervisión y fiscalización”. A esto se añade que en ambas tragedias se encuentre involucrada la misma empresa minera, Vale S.A, situación que el Estado deberá tener especialmente en cuenta al momento de determinar las responsabilidades y acciones que correspondan, incluida la reparación integral a las víctimas por parte de la empresa.*⁴⁵

Por mais que uma violação não tenha sido diretamente causada pela entidade pública, cabe ao Estado regulamentar, supervisionar e fiscalizar a forma como atividades privadas são desempenhadas, a fim de diminuir seus riscos e restringir a exposição de bens jurídicos a limites considerados toleráveis pelo ordenamento jurídico⁴⁶. Assim, nota-se que o ordenamento internacional é capaz de cobrar a observância dos direitos humanos em face dos Estados signatários, como ocorreu no caso da explosão da fábrica de fogos, mas a entidade privada

⁴² “o caso da tragédia de Mariana a intervenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, se não repercutiu até hoje de modo satisfatório nos padrões de responsabilidade ambiental e humana das empresas envolvidas, ao menos deixa o caminho preparado para a responsabilidade internacional do Estado e para a discussão sobre a responsabilidade desse partilhada com aquelas”. Ibidem. p.21.

⁴³Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-pcmg-finalizam-investigacoes-sobre-o-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-16-pessoas-sao-denunciadas-por-homicidio-qualificado-e-crimes-ambientais.htm>. Acesso: 28/09/2021

⁴⁴ Audiência disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=27>. Acesso dia 04/10/2021

⁴⁵ Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2019/019.asp>. Acesso: 29/09/2021

⁴⁶ ALBERS, Jan. **Responsibility and Liability in the Context of Transboundary Movements of Hazardous Wastes by Sea**. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2015, p. 35ss.



somente é alcançada de forma indireta, já que o Estado brasileiro está sujeito à jurisdição da Corte Interamericana e a empresa atuante em território nacional está sujeita à jurisdição brasileira.

Contudo, este sistema indireto de responsabilidade é alvo de críticas, sobretudo no que diz respeito ao controle jurídico das empresas transnacionais, sob o entendimento de que, na prática, se estaria admitindo um regime de verdadeira irresponsabilidade. Alega-se que os países emergentes enfrentam enorme dificuldades na fiscalização destas empresas e temem o afastamento dos investimentos estrangeiros, além de enfrentarem obstáculos de acesso à justiça que são inerentes às violações transfronteiriças⁴⁷.

Neste sentido, afirma Roland et al⁴⁸ que:

a legislação internacional de Direitos Humanos se aplica, atualmente, às empresas transnacionais somente por meio da atuação dos Estados. Quer dizer, a responsabilização dessas corporações por violações de Direitos Humanos depende das legislações nacionais, de modo que elas estarão sujeitas apenas à legislação nacional do país onde sua sede se estabelece (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 18). A análise da arquitetura da impunidade permite a identificação das lacunas no sistema legal internacional que servem de escudo para as ETNs [Empresas Transnacionais], impedindo sua responsabilização. Alguns dos exemplos de mecanismos comumente usados por corporações transnacionais para escapar da responsabilização e inviabilizar o provimento de remédios efetivos às vítimas dessas violações são: acordos bilaterais e multilaterais de investimento; subcapitalização; facilidade na movimentação de ativos e, em alguns casos, operações inteiras para outro território; bem como o princípio da responsabilidade limitada (que considera subsidiárias como pessoas jurídicas distintas de suas empresas controladoras, impedindo acesso aos ativos dessa última). Essas lacunas regulatórias não podem ser resolvidas por normativas impostas por um único Estado. Um instrumento internacional vinculante forte é necessário para o preenchimento desses *gaps* regulatórios e para a restauração da primazia dos Direitos Humanos em detrimento os direitos de investimento e comércio internacional.

Diante disso, a corrente em questão propõe a criação de um tratado internacional vinculante que possa ser exigido diretamente das empresas transnacionais, considerando que suas atividades impactam de forma pulverizada em diversos Estados e, como foi mencionado, escapam das jurisdições internas. Cabe ressaltar, no entanto, que o fato desse modelo regulatório apresentar certas lacunas e necessitar de aprimoramentos, não retira os avanços que a elaboração

⁴⁷ ROLAND, Manoela Carneiro et al. **Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em direitos humanos e empresas.** *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 393-417, 2018.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 398.



e a aprovação dos Princípios Orientadores das Nações Unidas representaram no Direito Internacional.

Desse modo, as medidas que visam implementar os princípios orientadores devem ser estimuladas e não se contrapõem com o movimento em prol da elaboração de um instrumento vinculante, tendo em vista serem complementares e não excludentes. Assim, a elaboração do possível novo tratado pode ser entendida como desenvolvimento de uma estrutura básica que já foi estabelecida e que permitirá um regime de responsabilidade mais efetivo e com maior potencial de promover os direitos humanos⁴⁹.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estudo da relação entre empresas e direitos humanos, viu-se que diversos são os seus deveres nesta temática, os quais abrangem a necessária cautela no desenvolvimento de atividades produtoras de risco, cujo gerenciamento é imposto aos empreendedores, a fim de impedir eventos lesivos. Estes deveres, como visto, foram reconhecidos nos Princípios Orientadores das Nações Unidas e colaboram também para a observância de outras iniciativas internacionais, como o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n° 11 e o Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres.

Ao serem esclarecidos estes deveres do setor corporativo, o Direito Internacional passou a contar com as jurisdições internas para a realização da tarefa de vincular as empresas privadas às diretrizes traçadas. Em que pese não conseguir atuar diretamente em face delas, por ainda não serem propriamente consideradas sujeitos de direito internacional, cobra-se dos Estados soberanos o cumprimento de suas atribuições, dentre as quais a de não tolerar ameaça ou violação de direitos humanos perpetrada por particulares, que precisam ser responsabilizados no âmbito do direito interno.

Destarte, viu-se que as discussões a respeito das obrigações empresariais em matéria de direitos humanos permanecem, tendo em vista a necessidade de conferir maior exigibilidade aos deveres de respeito oponíveis às empresas. Percebe-se que os Princípios Orientadores das Nações Unidas conseguiram aclarar e preencher o conteúdo do que deve ser exigido das empresas no

⁴⁹ Nesse mesmo sentido, v. DEVA, Surya. **The UN Guiding Principles' Orbit and Other Regulatory Regimes in the Business and Human Rights Universe: Managing the Interface.** *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, n. 2, p. 336-351, 2021.



âmbito dos Direitos Humanos. Neste sentido, embora careçam de força cogente, representam um avanço no caminho para a positivação internacional de normas que vinculem as empresas, no que toca aos Direitos Humanos e ao Direito dos Desastres. Ou seja, além de já produzirem efeitos no aspecto da orientação e da delimitação do comportamento esperado destes agentes privados, também servem de parâmetro na construção de um possível tratado internacional.

Desse modo, a criação de um instrumento internacional vinculante aparece como uma alternativa legítima para viabilizar um maior controle jurídico dos particulares que, por meio de suas práticas, ameaçam interesses juridicamente tuteláveis e criam riscos suscetíveis de ocasionar desastres. Para tanto, a consideração da empresa como sujeito de direito internacional pode contribuir para o fortalecimento do Direito Internacional e a ampliação de seu âmbito de alcance, principalmente no que toca à prevenção de eventos danosos de grandes proporções, como são as Catástrofes, as quais evidenciam vulnerabilidades e expõem os direitos humanos e o meio ambiente.

Portanto, sem a pretensão de alcançar a solução para o problema dos desastres oriundos de atividades empresariais, traz-se aqui a importância de se levar em consideração, na interpretação das diretrizes internacionais de enfrentamento e de diminuição dos riscos de Desastres, o papel das empresas no campo dos Direitos Humanos, bem como de se avançar nas discussões sobre a viabilidade de uma responsabilidade jurídica internacional das empresas.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERS, Jan. *Responsibility and Liability in the Context of Transboundary Movements of Hazardous Wastes by Sea*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2015.

ALVES, Rodrigo Vitorino Souza. **Direitos Fundamentais**: Uma tomada da posição dos direitos sociais no sistema Constitucional. Dissertação de mestrado. Uberlândia. 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. **Empresas e Direitos Humanos nas Nações Unidas**: Rumo a um Tratado? In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (org.). *Empresas e Direitos Humanos*. Salvador: JusPodivm, 2018.



- BILCHITZ, David. **O Marco Ruggie: Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos Humanos das Empresas?** *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 7, n. 12, p. 208-241, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: da assimilação dos riscos ecológicos pelo direito à formação de vínculos jurídicos intergeracionais**. Tese de Doutorado. São Leopoldo. 2006.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Direito Internacional dos Desastres: da centralidade na resposta humanitária à formação do dever internacional de redução de riscos de desastres**. *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, vol. 5, n. 2, p. 335-350, 2020.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Brumadinho, 2019: análises das narrativas de uma catástrofe a partir do direito dos desastres**. *Revista dos Tribunais*, vol. 1002, p. 87-102, 2019.
- COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. **Acesso à Justiça: Violações de Direitos Humanos por Empresas**. Genebra-Suíça: ICJ, 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil**. Sentença de 15 de julho de 2020 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso em: 15/08/2021.
- DEVA, Surya. **The UN Guiding Principles' Orbit and Other Regulatory Regimes in the Business and Human Rights Universe: Managing the Interface**. *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, n. 2, p. 336-351, 2021.
- FARBER, Daniel. **Disaster Law and Emerging issues in Brazil**. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)*, vol. 4, n. 1, p. 2-15, 2012.
- GOMES, Carla Amado. **A gestão do risco de catástrofe natural: uma introdução na perspectiva do Direito Internacional**. Direito das Catástrofes Naturais. Coimbra: Almedina, 2012.
- GUERRA, Sidney. **Catástrofes naturais e a emergência do Direito Internacional das Catástrofes**. *Cadernos de Dereito Actual*, n. 8, p. 331-346, 2017.



MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (orgs.). **Empresas e Direitos Humanos.** Salvador: JusPodivm, 2018.

ROLAND, Manoela Carneiro et al. **Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em direitos humanos e empresas.** *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 393-417, 2018.

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são APENAS NEGÓCIOS:** As corporações multinacionais e os direitos humanos. São Paulo: Planeta/Abril, 2014.

SALDANHA, Jânia M. L.; BOHRZ, Clara R. **Dupla Influência e Dupla Projeção entre global e local:** O "Caso Mariana" e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração. *Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, v. II, n. 02, 2018.

TARANTINI, Vanessa Celano; CARNEIRO, Beatriz Martins. **O Pacto Global da ONU e o Respeito e a Promoção de Direitos Humanos pelas Empresas.** In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo (org.). *Empresas e Direitos Humanos.* Salvador: JusPodivm, 2018.

UNITED NATIONS. Draft articles on the protection of persons in the event of disasters. 2016. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/6_3_2016.pdf. Acesso em: 28/09/2021

UNITED NATIONS. **Guiding Principles on Business and Human Rights:** Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Geneva: United Nations, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 15/08/2021.

UNITED NATIONS. **United Nations Office for Disaster Risk Reduction – UNDRR (2007).** *Hyogo Framework for Action 2005-2015: Building the resilience of nations and communities to disasters.* p.03. Disponível em: https://www.preventionweb.net/files/1037_hyogoframeworkforactionenglish.pdf. Acesso em: 15/08/2021.



UNITED NATIONS. United Nations **Office for Disaster Risk Reduction** – UNDRR (2015). *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030*. [S. l.]: UNDRR. p.12. Disponível em: https://www.preventionweb.net/files/43291_sendaiframeworkfordrren.pdf. Acesso em: 15/08/2021.



A RECLAMAÇÃO TRABALHISTA E A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO: EVOLUÇÃO DO COSTUME INTERNACIONAL

LABOR CLAIM AND THE IMMUNITY OF STATE JURISDICTION: EVOLUTION OF INTERNATIONAL CUSTOM

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson¹

Resumo: A pesquisa em tela faz uso de uma metodologia de análise qualitativa, baseando-se nos métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, além de adotar uma técnica de pesquisa bibliográfica, em que se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência. Sua finalidade é analisar os limites da jurisdição trabalhista em demandas envolvendo entidades de direito público externo. A questão problema envolve responder: o Brasil poderia declarar o direito em questões trabalhistas envolvendo Estados estrangeiros? Em caso positivo, poderia executar o teor da sentença?

Palavras-chaves: Imunidade de jurisdição; Competência da justiça trabalhista; Entidade pública estrangeira; Execução trabalhista.

Abstract: The research on screen uses a qualitative analysis methodology, based on hypothetical-deductive methods of descriptive and analytical approach, in addition to adopting a bibliographic research technique, in which legislation, doctrine and jurisprudence are visited. Its purpose is to analyze the limits of labor jurisdiction in claims involving external public law entities. The problem question involves answering: could Brazil declare the right in labor matters involving foreign states? If so, could you execute the content of the sentence?

Keywords: Immunity from jurisdiction; Jurisdiction of labor justice; Foreign public entity; Execution labor.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Especialista em Direito Eletrônico pela Universidade Estácio de Sá. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. E-mail: rocconelson@hotmail.com



Sumário: 1. Introdução; 2. Da imunidade de jurisdição - aspectos gerais; 3. Reclamação Trabalhista e a imunidade de jurisdição; 3.1. Competência da Justiça do Trabalho; 3.2. Demanda trabalhista perante o Estado estrangeiro; 3.3. A imunidade de jurisdição do Estado em lides trabalhista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 3.3.1. Imunidade de jurisdição em relação às organizações internacionais; 3.4. A imunidade de jurisdição do estado nos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em um conceito contemporâneo de Direito Internacional Público², afere-se a ampliação dos membros da sociedade internacional,³ a qual era composta, antigamente, apenas pelos Estados, sendo inequívoca hoje a importância das organizações internacionais⁴.

Quando do estudo mais minucioso da atuação dos Estados, bem como das organizações internacionais, na dinâmica dessa sociedade internacional complexa e multifacetada, depara-se com um assunto envolto em debates e controvérsias que é a questão da imunidade de jurisdição.

² “(...), o Direito Internacional Público pode ser conceituado como o conjunto de princípios e regras jurídicas (costumeiras e convencionais) que disciplinam e regem a atuação e a conduta da sociedade internacional (formada pelos Estados, pelas organizações internacionais intergovernamentais e também pelos indivíduos), visando alcançar as metas comuns da humanidade e, em última análise, a paz, a segurança e a estabilidade das relações internacionais”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12º ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 19). “(...), definimos o Direito Internacional Público como o ramo do Direito que visa a regular as relações internacionais e a tutelar temas de interesse internacional, norteando a convivência entre os membros da sociedade internacional, que incluem não só os Estados e as organizações internacionais, mas também outras pessoas e entes como os indivíduos, as empresas e as organizações não governamentais (ONGs), dentre outros”. (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 12º ed. Salvador: Juspodivm, 2020, ps. 44-45).

³ “(...). O conceito de sociedade internacional é, assim, um conceito em mutação, que poderá ser modificado no futuro com a presença de novos atores nas relações internacionais. De qualquer sorte, ainda é correto afirmar que, dentre os atores que atualmente a compõem, os Estados são aqueles que detêm a maior importância, dado que somente com o seu assentimento outras entidades podem ser criadas (v.g., as organizações interestatais) ou certos direitos podem ser reconhecidos (v.g., o direito de acesso aos indivíduos às instâncias internacionais de direitos humanos, somente possível quando um Estado ratifica o tratado em que esse direito é assegurado). (...)”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12º ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 3)

⁴ “Não existe em Direito Internacional Positivo uma definição precisa de organização internacional capaz de expor, de maneira satisfatória, toda a complexidade do fenômeno organizacional. (...)”. “Assim, para os fins do Direito Internacional Público, pode-se conceituar “organização internacional” como a associação voluntária de sujeitos do Direito Internacional, criada mediante tratado internacional (nominado de convênio constitutivo) e com finalidades predeterminadas, regida pelas normas do Direito Internacional, dotada de personalidade jurídica distinta da dos seus membros, que se realiza em um organismo próprio e estável, dotado de autonomia e especificidade, possuindo ordenamento jurídico interno e órgãos auxiliares, por meio dos quais realiza os propósitos comuns dos seus membros, mediante os poderes próprios que lhes são atribuídos por estes”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12º ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 533).



Em síntese, a imunidade de jurisdição versa sobre o estudo da possibilidade, ou não, de atos de entidades públicas estrangeiras serem julgados por autoridades estatais do local onde possuem atuação.

A título de exemplo, poderia a justiça brasileira conhecer demanda litigiosa em relação a determinado ato praticado pela embaixada alemã, sediada em Brasília?

No plexo das possíveis lides envolvendo entidades públicas externas depara-se com os conflitos inerente às relações de trabalho, visto que figuras como embaixadas, consulados e organismos internacionais, inevitavelmente, acabam por contratar empregados no âmbito do Estado acreditado (*v.g.*, motorista, jardineiro, vigia, segurança, cozinheiro, lavadeira, mordomo, recepcionista, etc).

Em face da importância do Brasil no cenário do comércio internacional, tem-se mais de 130 (cento e trinta) embaixadas residentes no país (a maioria com sede em Brasília/DF), além de outras centenas de entidades consulares espalhado pelo território nacional.⁵ Isso sem mencionar o imenso quantitativo das organizações internacionais com escritório no Brasil.

Apesar de não possuir uma estatística com o quantitativo de empregados de nacionalidade brasileira vinculados a essas entidades públicas externas, pode-se concluir por dedução que há um número considerável de trabalhadores atuando no bojo dessas entidades estrangeiras e, conseqüentemente, uma potencialidade significativa de possíveis litígios na seara trabalhista.

De tal sorte, a questão problema do presente ensaio perpassa em determinar: a imunidade jurisdicional do Estado, no que tange à matéria trabalhista, é absoluta? Há alguma possibilidade de relativização ou mitigação no bojo de uma reclamação trabalhista?

No processo de construção da retórica argumentativa, com o desiderato de responder à questão problema far-se-á necessário atentar que as possíveis hipóteses de respostas venham a divergir quando estiverem a tratar das organizações internacionais ou de órgãos dos Estados (missões diplomáticas e consulados).

Outro aspecto necessário a atenção é que caso conclua-se pela hipótese da relativização da imunidade de jurisdição, seria essa mitigação abrangente tanto para o processo de conhecimento quanto para o processo de execução trabalhista?

⁵ Disponível em: <<https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/representacoes/estrangeiras-no-brasil>>.



Em face do exposto, a pesquisa em tela, baseando-se nos métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, além de adotar uma técnica de pesquisa bibliográfica, em que se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por finalidade analisar os limites da jurisdição trabalhista em demandas envolvendo entidades de direito público externo

Quanto à estruturação do presente ensaio dar-se-á da seguinte maneira: explicitação de cunho geral quanto à imunidade de jurisdição; análise em relação à dimensão da imunidade de jurisdição trabalhista a partir da construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho.

2 DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO – ASPECTOS GERAIS

A soberania é uma característica essencial do Estado repercutindo de maneira que todas pessoas e bens que se encontrem no seu território a ele ficam submetidos.

Por óbvio, há mitigações a esse regramento, não tendo ele status absoluto. É exatamente nesse ponto que se tem a imunidade de jurisdição, na qual determinadas pessoas estão revestidas de um “manto protetor” que as protegem do poder jurisdicional (faceta da soberania) de determinado Estado.⁶

O fundamento da imunidade de jurisdição decorre do antigo princípio *par in parem non habet iudicium* (entre iguais não há jurisdição).

O referido princípio nos remete aos tratados de Westfália (1648), o qual finalizou a Guerra dos Trinta anos e demarcou o surgimento do Direito Internacional Público como ciência jurídica autônoma, tendo por mérito, nesse momento histórico, o reconhecimento na seara internacional pela primeira vez, do postulado da igualdade formal entre os Estados Europeus.⁷

⁶ Cf. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, ps. 206-207.

⁷ “Com os dois tratados de Westfália (Tratado de Münster, assinado por Estados católicos, e Tratado de Osnabrück, assinado pelos protestantes envolvidos no litígio) demarcou-se, então, a nova era do Direito Internacional Público, que, a partir daí, passaria a ser conhecido como ramo autônomo do Direito moderno. Mas, por qual motivo? Pelo fato de, pela primeira vez, se ter reconhecido, no plano internacional, o princípio da igualdade formal dos Estados europeus e a exclusão de qualquer outro poder a eles superior. (...)”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 356).



Visto o reconhecimento dessa igualdade formal entre os Estados (aceitação da soberania estatal alheia)⁸ tem-se o impedimento da imposição do poder jurisdicional de um Estado em relação ao outro, salvo, é claro, em face do consentimento do Estado estrangeiro.

O fato que acarretou o valor normativo da regra da imunidade de jurisdição estatal dar-se em garantir uma atuação de pessoas físicas e jurídicas no seio das relações internacionais sem embaraços e constrangimentos no atuar de suas funções.⁹

Em meados do século XX, com a intensificação da globalização e o aumento da interdependência entre os Estados, viu-se diante de situações em que a imunidade de jurisdição estatal estava sendo utilizado de forma leviana para isentar a reponsabilidade de atos ilícitos, o que acarretava a ausência de confiança no seio da sociedade internacional.

Precisamente na década de 60, começa a se vislumbrar a possibilidade de relativizar a imunidade de jurisdição estatal, fazendo a distinção entre atos de império (*jure imperium*) e atos de gestão (*jure gestionis*).

Os atos de império seriam aqueles relacionados com a atuação soberana e interesses próprios do Estado (v.g., assinatura de convenções, concessão de vistos e emissão de passaporte, etc). Já os atos de gestão configuram situações em que a entidade estatal está equipara à entidade particular em suas relações jurídicas (v.g., compra e venda de bens móveis e imóveis, locação, contratação de serviços, contrato de natureza trabalhista, etc). Ou seja, atos de império permaneceriam revestidos com a imunidade de jurisdição, todavia, os atos de gestão poderiam ser analisados pelo Poder Judiciário do Estado acreditado.

É importante destacar que o Brasil, no presente momento, não é signatário de nenhuma convenção específica sobre a imunidade de jurisdição do Estado, sendo o costume internacional a única fonte jurídica a reger a matéria no sistema jurídico brasileiro.

⁸ “A soberania não é apenas uma ideia doutrinária fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizante do Papa e do Sacro Império romano-germânico. Ela é hoje uma afirmação do direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. A Carta da ONU diz, em seu art. 2, § 1, que a organização “é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”. A Carta da OEA estatui, no art. 3, f, que ‘a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados’. De seu lado, toda a jurisprudência internacional, aí compreendida a da Corte da Haia, é carregada de afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência”. (REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 15° ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 174).

⁹ Cf. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 12° ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 207.



Em sede internacional, a matéria da imunidade de jurisdição é versada na Convenção da Basileia (1972), sendo partícipes diversos Estados europeus. Além disso, alguns países criaram leis internas específicas sobre a matéria como nos Estados Unidos (*Foreign Sovereign Immunities Act*) e Reino Unido (*State Immunity Act*).¹⁰

3. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA E A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

3.1. Competência da Justiça do Trabalho

A Constituição Federal de 1988 foi sensivelmente alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, em especial, com mudanças atinentes ao Poder Judiciário. Destaca-se, o art. 114, I, da Constituição que determina, dentre outros aspectos, a competência da Justiça do Trabalho em face de ações fruto de relações de trabalho decorrentes de entidades de direito público externo.¹¹

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, **abrangidos os entes de direito público externo** e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

A figura das entidades de direito público externo é bem definida no art. 42 do Código Civil:

Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

A prescrição do art. 114, I da Constituição acarretou, inicialmente, entendimento equivocado de que regra constitucional teria posto término à imunidade jurisdicional dos Estados, o que em verdade não se sucedeu.

Mister ressaltar que, os institutos da jurisdição e da competência não se confundem, sendo institutos basilares da teoria geral do processo.

A jurisdição constitui forma de heterocomposição para solução dos conflitos na qual terceiro imparcial declara o direito de maneira criativa e de forma imperativa.¹² Já a competência

¹⁰ Cf. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 12º ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 207.

¹¹ Essa parte do dispositivo “entes de direito público externo” é fruto do constituinte originário, não tendo sido inserido ou alterado pela EC nº 45/04.

¹² “A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em



constitui fruto de conjunto de regras com o desiderato de atribuir aos diversos órgãos o desempenho da jurisdição.¹³

A jurisdição é um poder estatal decorrente da soberania sendo ela una, enquanto a competência é o limite do exercício desse poder.

A consequência prática do dispositivo constitucional acima foi a mudança da competência, posto que as questões trabalhistas envolvendo pessoa jurídica de direito público externo era da alçada da Justiça Federal, sendo, agora, após a Constituição de 1988, de competência da Justiça do Trabalho.¹⁴

Sem dúvida, uma correção acertada feita pelo constituinte de 1988, transferindo a matéria para o órgão judiciário especializado na temática.

3.2. Demanda trabalhista perante o Estado estrangeiro

Em sede de conflitos de natureza laboral envolvendo o Estado estrangeiro, o qual se dá, geralmente, em face de um vínculo empregatício perante uma embaixada ou consulado acreditado no país, em um primeiro momento, de forma açodada, poderia se dizer que não seria possível o recebimento da reclamação trabalhista pela justiça trabalhista brasileira, visto a imunidade de jurisdição com fundamento nas Convenções de Viena sobre relações diplomáticas e sobre relações consulares, as quais foram ratificados pelo Brasil em 1965 e 1967, respectivamente.

decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)”. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 21° ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. V.1, p. 189)

¹³ “A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência jurisdicional é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição; é a medida da jurisdição (...)”. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 21° ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. V.1, p. 240)

¹⁴ “CONFLITO DE JURISDIÇÃO ENTRE JUIZ FEDERAL E TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DIRIMI-LO - ART. 119, I, 'E' DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE ACORDO COM A EC N. 7/77. II - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA FORMULADA PELA VIÚVA DE EMPREGADO DA EMBAIXADA DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA ALEMA, QUE INVOCA, NO FEITO, A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO, COM BASE NA CONVENÇÃO DE VIANA, RATIFICADA PELO BRASIL, EM 8 DE JULHO DE 1965, PELO DECRETO 56.435. III - COMPETÊNCIA DO JUIZ FEDERAL RECONHECIDA DE ACORDO COM O ART. 125, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ANULADO O JULGAMENTO PROFERIDO PELA JUSTIÇA INCOMPETENTE”. (STF, Pleno, CJ nº 6.182, Min. Rel. Cordeiro Guerra, julgado em 26/09/1979, DJ 19/11/1979).



Em uma análise atenta, as referidas convenções, fruto de um processo de codificação dos costumes¹⁵, versam, especificamente, sobre imunidade e privilégios de natureza pessoal do corpo diplomático e consular que compõem as missões diplomáticas e as repartições consulares.

Ou seja, não há qualquer dispositivo convencional nos referidos diplomas que garanta imunidade jurisdicional no âmbito trabalhista do Estado acreditante ao Estado acreditado.¹⁶

O único regramento que há, refere-se à inviolabilidade dos locais da missão diplomática e consular, de sorte que seus bens e meios de transporte não poderão sofrer medidas de busca e apreensão, requisição, embargos ou medidas de execução. *In verbis*:

Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas
Artigo 22

1. Os locais da Missão são invioláveis. Os Agentes do Estado acreditado não poderão neles penetrar sem o consentimento do Chefe da Missão.

2. O Estado acreditado tem a obrigação especial de adotar todas as medidas apropriadas para proteger os locais da Missão contra qualquer intrusão ou dano e evitar perturbações à tranquilidade da Missão ou ofensas à sua dignidade.

3. Os locais da Missão, sem mobiliário e demais bens neles situados, assim como os meios de transporte da Missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução.

Convenção de Viena sobre Relações Consulares
ARTIGO 31º

Inviolabilidade dos locais consulares

1. Os locais consulares serão invioláveis na medida do previsto pelo presente artigo.

2. As autoridades do Estado receptor não poderão penetrar na parte dos locais consulares que a repartição consular utilizar exclusivamente para as necessidades de seu trabalho, a não ser com o consentimento do chefe da repartição consular, da pessoa por ele designada ou do chefe da missão diplomática do Estado que envia. Todavia, o consentimento do chefe da repartição consular poderá ser presumido em caso de incêndio ou outro sinistro que exija medidas de proteção imediata.

3. Sem prejuízo das disposições do parágrafo 2 do presente artigo, o Estado receptor terá a obrigação especial de tomar as medidas apropriadas para proteger os locais consulares contra qualquer invasão ou dano, bem como para impedir que se perturbe a tranquilidade da repartição consular ou se atente contra sua dignidade.

¹⁵ “(...). Atualmente, os tratados regulam matérias das mais variadas e importantes, tornando o Direito Internacional mais dinâmico, representativo e autêntico. Este fato constatado – que se pode chamar de codificação do Direito Internacional Público – tem feito com que inúmeros assuntos, antes regulamentados quase que exclusivamente por normas costumeiras, passem agora a ser regulados por normas convencionais formais. (...)”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 120)

¹⁶ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 484.



4. Os locais consulares, seus móveis, os bens da repartição consular e seus meios de transporte não poderão ser objeto de qualquer forma de requisição para fins de defesa nacional ou de utilidade pública.

Se, para tais fins, fôr necessária a desapropriação, tomar-se-ão as medidas apropriadas para que não se perturbe o exercício das funções consulares, e pagar-se-á ao Estado que envia uma indenização rápida, adequada e efetiva.

O que se vislumbra na senda do costume internacional,¹⁷ na contemporaneidade, é a não aceitação da imunidade de jurisdição do Estado de forma absoluta quanto a lides trabalhistas.¹⁸

Entretanto, é imprescindível fazer uma interpretação ponderada e condizente com o costume internacional em evolução e o regramento prescrito nos art. 22 e 31 da Convenção de Viena, acerca de Relações Diplomáticas e Relações Consulares.

A partir do escopo constitucional (art. 114, I da CF), de fato não há imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro perante o processo de conhecimento trabalhista. Isto é, todos os conflitos de natureza trabalhista, perante entidade de direito público externo, à Justiça brasileira possui jurisdição para conhecer, sendo da competência da Justiça do Trabalho.¹⁹

Todavia, situação diversa se apresenta no momento da execução trabalhista, posto que sendo reconhecido o pleito da reclamação trabalhista e não ocorrendo o cumprimento voluntário da sentença condenatória, a execução ficaria frustrada face à inviolabilidade das missões diplomáticas e das repartições consulares, as quais, de forma geral, não podem sofrer medidas de execução, como aferido alhures.²⁰

¹⁷Estatuto da Corte Internacional de Justiça: Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: (...). b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; (...).

“A segunda grande fonte formal (historicamente, porém, a mais antiga) do Direito Internacional Público é o costume internacional.²⁹ Sua importância advém do fato de não existir, ainda, no campo do Direito Internacional, um centro integrado de produção de normas jurídicas, não obstante a atual tendência de codificação das normas internacionais de origem consuetudinária. (...)”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 69)

¹⁸ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 485.

¹⁹ “Como o inciso I do art. 114 da CF diz respeito à regra de competência, e não de jurisdição, tem-se entendido que somente no processo de conhecimento é que não há lugar para a imunidade de jurisdição em se tratando de matéria trabalhista em que o ente de direito público externo figure como sujeito passivo da obrigação correspondente”. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Processo do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 343).

²⁰ “A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, segundo o entendimento que tem prevalecido, alcança apenas o processo (ou fase) de execução. Trata-se, portanto, de ‘imunidade de execução’, salvo se o referido ente internacional, mediante Tratado Internacional ou sponte sua, renunciar expressamente à ‘imunidade de execução’”. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Processo do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 343).



Trata-se de uma norma convencional na qual o Brasil está compromissado.²¹

Apesar desse contexto da inexistência da imunidade de jurisdição do processo de conhecimento trabalhista, existindo, todavia, a imunidade na órbita do processo de execução trabalhista, não se vem por propugnar pela inutilidade de judicializar a demanda trabalhista, visto a possibilidade de sua inexecução.

Primeiramente, a sentença trabalhista pode acabar sendo cumprida espontaneamente pelo Estado estrangeiro, em detrimento do princípio da boa-fé processual, o que de fato muitas vezes ocorre. Pode ocorrer, no processo de execução, a renúncia expressa da imunidade de jurisdição por parte do Estado estrangeiro, o que permitiria a livre penhora dos bens de missão diplomática e consular.

Percebe-se, também, que a imunidade de jurisdição sobre a execução não subsistiria em relação a bens que não estejam relacionados a atuação diplomática ou consular, ou seja, bens desafetados às funções diplomáticas e consulares podem ser penhorados.²²

E por fim, resta o encaminhamento da sentença trabalhista para homologação no Estado estrangeiro, com o fito de dar executoriedade a referida sentença em território estrangeiro, conforme as regras de cooperação jurídica internacional, a partir dos tratados que o Brasil for partícipe ou com base na reciprocidade.²³

²¹ Aqui se refere a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e sobre relações consulares.

²² “Em duas hipóteses seria possível a penhora de bens de ente de direito público externo: 1ª) renúncia por parte do Estado estrangeiro à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens; ou 2ª) existência em território brasileiro de bens que, embora pertencentes ao ente externo, não tenham qualquer vinculação com as finalidades essenciais inerentes às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas no Brasil”. (PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 223)

²³ Código de Processo Civil. Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

- I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;
 - II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;
 - III - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;
 - IV - a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação;
 - V - a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.
- § 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática.
- § 2º Não se exigirá a reciprocidade referida no § 1º para homologação de sentença estrangeira.
- § 3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.
- § 4º O Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica.

Art. 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto:

- I - citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial;



Em sede doutrinária, o professor Mauro Schiavi defende a tese de que se a Justiça do Trabalho possui competência para conhecer matéria referente a pessoas jurídicas públicas de direito externo, também é competente para executar suas determinações:

Em que pese o respeito que merece o entendimento acima mencionado, com ele não concordamos. Com efeito, a Constituição não restringe, no inciso 1, a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as demandas oriundas da relação de trabalho que envolvem as pessoas jurídicas de direito público externo. Se há a competência para processar, também haverá para executar a decisão. De que adianta a Justiça do Trabalho poder condenar se não puder executar. Ou a demanda trabalhista se processa por inteiro ou, então, a Justiça do Trabalho somente atuará pela metade. No nosso sentir, quando um ente de direito público externo contrata um empregado brasileiro, dentro do território brasileiro, pelo regime de CLT, despe-se do poder de império para se equiparar ao empregador privado.²⁴

3.3. A imunidade de jurisdição do Estado em lides trabalhista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A matéria como desenhada acima encontra-se plasmada nos precedentes mais recentes do Supremo Tribunal Federal (STF).

Historicamente, em um julgado de 1987, envolvendo uma reclamação trabalhista em face da embaixada espanhola, sendo condenada à revelia, a Suprema Corte reconheceu a imunidade de jurisdição de forma absoluta, face os costumes internacionais e da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, só podendo ser afastado essa imunidade em caso de renúncia.

APELAÇÃO CÍVEL CONTRA DECISÃO PROLATADA EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO.

- ESTA CORTE TEM ENTENDIDO QUE O PRÓPRIO ESTADO ESTRANGEIRO GOZA DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO, NÃO SÓ EM DECORRÊNCIA DOS COSTUMES INTERNACIONAIS, MAS TAMBÉM PELA APLICAÇÃO A ELE DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES DIPLOMATICAS, DE 1961, NOS TERMOS QUE DIZEM RESPEITO A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO ATRIBUÍDA A SEUS AGENTES DIPLOMATICOS.

II - colheita de provas e obtenção de informações;

III - homologação e cumprimento de decisão;

IV - concessão de medida judicial de urgência;

V - assistência jurídica internacional;

VI - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

²⁴ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10º ed. São Paulo: LTr, 2016, ps. 249-250.



RECEBIDO/RECEIVED: 31/05/2021 ACEITO/ACCEPTED: 14/08/2021

Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

- PARA AFASTAR-SE A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO RELATIVA À AÇÃO OU A EXECUÇÃO (ENTENDIDA ESTA EM SENTIDO AMPLO), É NECESSÁRIO RENÚNCIA EXPRESSA POR PARTE DO ESTADO ESTRANGEIRO. NÃO OCORRENCIA, NO CASO, DESSA RENÚNCIA. APELAÇÃO CÍVEL QUE NÃO SE CONHECE EM VIRTUDE DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO.²⁵

Destaca-se que essa decisão está de acordo com precedentes da década de 70, em que se reconheceu a existência de imunidade de jurisdição de forma absoluta em um caso envolvendo o Consulado Geral da Argentina:

Embora não se reconheça caráter representativo e diplomático aos cônsules, não se lhes pode desconhecer a qualidade de agentes públicos dos Estados que os enviam. Nessa qualidade, os cônsules “missi” gozam de *imunidade de jurisdição*, no tocante aos atos funcionais, praticados dentro dos limites de sua competência. Para confirmar a decisão da Justiça Trabalhista, que reconheceu essa imunidade, nega-se provimento ao recurso.²⁶

Por outro lado, em julgado de 1989, no contexto da nova Constituição em vigor, tem-se a mudança de entendimento da corte, ao afastar a imunidade de jurisdição no que tange à matéria trabalhista, na dimensão do processo de conhecimento.

No presente caso, a demanda era contra a embaixada alemã, em razão de ausência de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS).

A seguir, a ementa do acórdão:

ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE JUDICIÁRIA. CAUSA TRABALHISTA.

1. NÃO HÁ IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PARA O ESTADO ESTRANGEIRO, EM CAUSA DE NATUREZA TRABALHISTA.

2. EM PRINCÍPIO, ESTA DEVE SER PROCESSADA E JULGADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, SE AJUIZADA DEPOIS DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (ART. 114).

3. NA HIPÓTESE, PORÉM, PERMANECE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, EM FACE DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO 10 DO ART. 27 DO A.D.C.T. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, C/C ART. 125, II, DA E.C. N. 1/69.

²⁵ STF, Pleno, ACi nº 9.705, Min. Rel. Moreira Alves, julgado em 09/09/1987, DJ 23/10/1987.

²⁶ STF, Pleno, ACO nº 160, Min. Rel. Aliomar Baleeiro, julgado em 13/05/1970, DJ 21/08/1970.

Destaca-se que nesse julgado o relator fora vencido. Ele não reconhecia o direito imunidade jurisdicional, posto que vislumbrava o cônsul como um agente comercial, de sorte que não estaria investido em qualquer função representativa do Estado. Fica evidente, aqui a confusão quanto as prerrogativas pessoais e o instituto da imunidade de jurisdição do Estado.



4. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SE AFASTAR A IMUNIDADE JUDICIÁRIA RECONHECIDA PELO JUÍZO FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU, QUE DEVE PROSSEGUIR NO JULGAMENTO DA CAUSA, COMO DE DIREITO.²⁷

A partir de tal julgado, no voto do ministro Francisco Rezek, se ventilou que a imunidade de jurisdição não era mais absoluta, o que já era ventilado na Convenção da Basiléia (Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados),²⁸ assinado em 1972.

A imunidade necessita de temperanças, sendo especificado a necessidade de distinção entre atos de império e atos de gestão.

Esse caso fora paradigmático, pois foi nele que sucedeu o reconhecimento, pelo STF, de que a regra da imunidade de jurisdição absoluta não constituía mais como costume inabalável do direito internacional.²⁹

Aliás, foi nesse julgado que se chamou a atenção de que as Convenções de Viena não versam sobre imunidade Estatal, mas sim em relação à pessoa física do corpo diplomático e consular. Apontou, ainda, que a questão da imunidade jurisdição, antes da década de 70 não se encontrava prescrito em nenhum documento internacional.³⁰

Em suma, não só teve uma conclusão diversa da Apelação Civil nº 9.705 de 1987, como rebateu todas as razões de decisão.

O caráter relativo da imunidade de jurisdição é confirmado, posteriormente, em precedente de 1995, envolvendo os Estados Unidos da América, tendo uma fundamentação mais

²⁷ STF, Pleno, ACi nº 9.696, Min. Rel. Sydney Sanches, julgado em 31/05/1989, DJ 12/10/1990.

²⁸ Íntegra da convenção em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800730b1>.

²⁹ “O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. O que ruiu foi o nosso único suporte para a afirmação da imunidade numa causa trabalhista contra Estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida - quando ela o era -, e que assegurava a imunidade em termos absolutos”. (STF, Pleno, ACi nº 9.696, Min. Rel. Sydney Sanches, julgado em 31/05/1989, DJ 12/10/1990, p. 15 do acórdão).

³⁰ “Ficou claro, não obstante, que nenhum dos dois textos de Viena diz da imunidade daquele que, na prática corrente, é o réu preferencial, ou seja, o próprio Estado Estrangeiro. Com efeito, o que nos evidencia a observação da vida judiciária é que raras vezes alguém intenta no Brasil um processo contra a pessoa de um diplomata ou consul estrangeiro. O que mais vemos são demandas dirigidas contra a pessoa jurídica de direito público externo, contra o Estado estrangeiro. Essas demandas, quando não têm índole trabalhista - o que ocorre em mais de dois terços dos casos - têm índole indenizatória e concernem à responsabilidade civil. Quanto a esta imunidade - a do Estado estrangeiro, não mais a dos seus representantes cobertos pelas Convenções de Viena -, o que dizia esta Casa outrora, e se tornou cristalino no começo da década de setenta? Essa imunidade não está prevista nos textos de Viena, não está prevista em nenhuma forma escrita de direito internacional público. (...)”. (STF, Pleno, ACi nº 9.696, Min. Rel. Sydney Sanches, julgado em 31/05/1989, DJ 12/10/1990, p. 11 do acórdão).



aprofundada, ao se reconhecer a possibilidade de conhecimento de litígios trabalhistas perante a justiça trabalhista, em relação aos Estados estrangeiros.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ESTADO ESTRANGEIRO - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA POR EMPREGADOS DE EMBAIXADA - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - CARÁTER RELATIVO - RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO DOMÉSTICA DOS JUIZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS - AGRAVO IMPROVIDO.

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. CONTROVERSIA DE NATUREZA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.

- A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, quando se tratar de litígios trabalhistas, revestir-se-á de caráter meramente relativo e, em consequência, não impedirá que os juízes e Tribunais brasileiros conheçam de tais controvérsias e sobre elas exerçam o poder jurisdicional que lhes é inerente.

ATUAÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO EM MATÉRIA DE ORDEM PRIVADA. INCIDENCIA DA TEORIA DA IMUNIDADE JURISDICIONAL RELATIVA OU LIMITADA.

- O novo quadro normativo que se delineou no plano do direito internacional, e também no âmbito do direito comparado, permitiu - ante a realidade do sistema de direito positivo dele emergente - que se construísse a teoria da imunidade jurisdicional relativa dos Estados soberanos, tendo-se presente, para esse específico efeito, a natureza do ato motivador da instauração da causa em juízo, de tal modo que deixa de prevalecer, *ainda que excepcionalmente, a prerrogativa institucional da imunidade de jurisdição, sempre que o Estado estrangeiro, atuando em matéria de ordem estritamente privada, intervier em domínio estranho aquele em que se praticam os atos jure imperii*. Doutrina. Legislação comparada. Precedente do STF. A teoria da imunidade limitada ou restrita objetiva institucionalizar solução jurídica que concilie o postulado básico da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro com a necessidade de fazer prevalecer, por decisão do Tribunal do foro, o legítimo direito do particular ao ressarcimento dos prejuízos que venha a sofrer em decorrência de comportamento imputável a agentes diplomáticos, que, agindo ilicitamente, tenham atuado *more privatorum* em nome do País que representam perante o Estado acreditado (o Brasil, no caso). *Não se revela viável impor aos súditos brasileiros, ou a pessoas com domicílio no território nacional, o ônus de litigarem, em torno de questões meramente laborais, mercantis, empresariais ou civis, perante tribunais alienígenas, desde que o fato gerador da controvérsia judicial - necessariamente estranho ao específico domínio dos *acta jure imperii* - tenha decorrido da estrita atuação *more privatorum* do Estado estrangeiro.*

OS ESTADOS UNIDOS DA AMERICA E A DOCTRINA DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO RELATIVA OU LIMITADA.

Os Estados Unidos da América - parte ora agravante - já repudiaram a teoria clássica da imunidade absoluta naquelas questões em que o Estado estrangeiro intervém em domínio essencialmente privado. Os Estados Unidos da América - abandonando a posição dogmática que se refletia na doutrina consagrada por sua Corte Suprema em *Schooner Exchang v. McFaddon* (1812) - fizeram prevalecer, já no início da década de 1950, em típica declaração unilateral de caráter



diplomático, e com fundamento nas premissas expostas na Tate Letter, a conclusão de que “tal imunidade, em certos tipos de caso, não deverá continuar sendo concedida”. O Congresso americano, em tempos mais recentes, institucionalizou essa orientação que consagra a tese da imunidade relativa de jurisdição, fazendo-a prevalecer, no que concerne a questões de índole meramente privada, no Foreign Sovereign Immunities Act (1976).
(...).³¹

Já em decisão prolatada no começo do século XXI, em desfavor do Consulado Geral do Japão, tem-se a consolidação dos precedentes da década de 90, bem como é chamada a atenção para a distinção do reconhecimento da imunidade de jurisdição no que tange ao processo de conhecimento e o processo de execução, sendo aclarado que uma possível inviabilidade de execução, em decorrência da imunidade, não obsta o conhecimento da demanda trabalhista pela Poder Judiciário trabalhista brasileiro.

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - LITÍGIO ENTRE ESTADO ESTRANGEIRO E EMPREGADO BRASILEIRO - EVOLUÇÃO DO TEMA NA DOCTRINA, NA LEGISLAÇÃO COMPARADA E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA IMUNIDADE JURISDICCIONAL ABSOLUTA À IMUNIDADE JURISDICCIONAL MERAMENTE RELATIVA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

OS ESTADOS ESTRANGEIROS NÃO DISPÕEM DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO, PERANTE O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO, NAS CAUSAS DE NATUREZA TRABALHISTA, POIS ESSA PRERROGATIVA DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO TEM CARÁTER MERAMENTE RELATIVO.

- O Estado estrangeiro não dispõe de imunidade de jurisdição, perante órgãos do Poder Judiciário brasileiro, quando se tratar de causa de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes do STF (RTJ 133/159 e RTJ 161/643-644).

- Privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para coonestar o enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em inaceitável detrimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar censurável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e inconciliável com os grandes postulados do direito internacional.

O PRIVILÉGIO RESULTANTE DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO NÃO INIBE A JUSTIÇA BRASILEIRA DE EXERCER JURISDIÇÃO NOS PROCESSOS DE CONHECIMENTO INSTAURADOS CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS.

- A imunidade de jurisdição, de um lado, e a imunidade de execução, de outro, constituem categorias autônomas, juridicamente inconfundíveis, pois - ainda que guardem estreitas relações entre si - traduzem realidades

³¹ STF, Primeira Turma, AI nº 139671 AgR/DF, Min. Rel. Celso de Melo, julgado em 20/06/1995, DJe 29/03/1996.



independentes e distintas, assim reconhecidas quer no plano conceitual, quer, ainda, no âmbito de desenvolvimento das próprias relações internacionais. A eventual impossibilidade jurídica de ulterior realização prática do título judicial condenatório, em decorrência da prerrogativa da imunidade de execução, não se revela suficiente para obstar, só por si, a instauração, perante Tribunais brasileiros, de processos de conhecimento contra Estados estrangeiros, notadamente quando se tratar de litígio de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes.³²

3.3.1. Imunidade de jurisdição em relação às organizações internacionais

Como advertido outrora, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro não deve ser confundida com a imunidade existente no âmbito de organizações internacionais. Está a tratar de sujeitos internacionais diversos.

O que vai definir a dimensão da imunidade é a convenção internacional constitutiva da referida organização, detalhando os contornos da imunidade.

Apointa-se que, geralmente, tem-se prescrito um nível de imunidade de jurisdição em dimensão absoluta, isto é, seja para conhecer a causa, seja para executar o cumprimento da sentença.³³

Em pesquisa realizada nos julgados do STF, constata uma jurisprudência uníssona, catalogada desde 1989 até 2017, em respeito aos ditames convencionais do respectivo órgão internacional quanto a sua esfera de imunidade de jurisdição.

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DE QUE DESFRUTA A ORGANIZAÇÃO DE AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (ART. 267, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). ORGANISMO INTERNACIONAL VINCULADO A ONU, DA QUAL FAZ PARTE O BRASIL. CONVENÇÃO SOBRE PRIVILEGIOS E IMUNIDADES DAS AGENCIAS ESPECIALIZADAS. LEGITIMA E A ALEGAÇÃO DE IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.³⁴

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. DIREITO CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO

³² STF, Segunda Turma, RE nº 222368 AgR/PE, Min. Rel. Celso de Melo, julgado em 30/04/2002, DJe 14/02/2003.

³³ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Processo do Trabalho**. 3º ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 102. “(...), uma vez que estas são regidas pelos respectivos convênios constitutivos, nos quais normalmente já estão previstas as imunidades de jurisdição e execução da organização, tanto para o processo de conhecimento (cognitivo) quanto para o de execução. (...)”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 483).

³⁴ STF, Pleno, ACi nº 9.703, Min. Rel. Djaci Falcão, julgado em 28/09/1988, DJ 27/10/1989.



(ONU/PNUD). RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONVENÇÃO SOBRE PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DAS NAÇÕES UNIDAS (DECRETO 27.784/1950). APLICAÇÃO.

1. Segundo estabelece a “Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas”, promulgada no Brasil pelo Decreto 27.784, de 16 de fevereiro de 1950, “A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja seu detentor, gozarão de imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas”.

2. Esse preceito normativo, que no direito interno tem natureza equivalente a das leis ordinárias, aplica-se também às demandas de natureza trabalhista.

3. Recurso extraordinário provido.³⁵

Em específico, no que tange a organizações vinculados à ONU, a imunidade é de natureza absoluta, nos termos da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, salvo hipótese de renúncia expressa.

Essa foi a tese fixada em repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1034840: “O organismo internacional que tenha garantida a imunidade de jurisdição em tratado firmado pelo Brasil e internalizado na ordem jurídica brasileira não pode ser demandado em juízo, salvo em caso de renúncia expressa a essa imunidade”.

Segue, abaixo, a ementa do referido julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ORGANISMO INTERNACIONAL. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS ONU. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO PNUD. CONVENÇÃO SOBRE PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DAS NAÇÕES UNIDAS DECRETO 27.784/1950. CONVENÇÃO SOBRE PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DAS AGÊNCIAS ESPECIALIZADAS DAS NAÇÕES UNIDAS DECRETO 52.288/1963. ACORDO BÁSICO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA COM AS NAÇÕES UNIDAS E SUAS AGÊNCIAS ESPECIALIZADAS DECRETO 59.308/1966. IMPOSSIBILIDADE DE O ORGANISMO INTERNACIONAL VIR A SER DEMANDADO EM JUÍZO, SALVO EM CASO DE RENÚNCIA EXPRESSA À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO EM PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL DOTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.³⁶

³⁵ STF, Pleno, RE nº 597368/MT, Mina. Rel. Ellen Gracie, Min. Relator do acórdão Min. Teori Zavascki, julgado em 15/05/2013, DJe 27/05/2014.

³⁶ STF, Pleno, RE nº 1034840 RG, Min. Rel. Luiz Fux, julgado em 05/06/2017, DJe 30/06/2017.



3.4. A imunidade de jurisdição do estado nos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho

Os precedentes do STF são amplamente aplicados no bojo dos julgados em sede do Tribunal Superior do Trabalho (TST), não se constatando divergências entre a “corte constitucional” e a corte trabalhista.

A questão da imunidade absoluta das organizações internacionais é reforçada na orientação jurisprudencial nº 416 da Subseção Especializada em Dissídios Individuais - I do TST:

OJ nº 416. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO OU ORGANISMO INTERNACIONAL. (DEJT divulgado em 14, 15 e 16.02.2012) (mantida conforme julgamento do processo TST-E-RR-61600-41.2003.5.23.0005 pelo Tribunal Pleno em 23.05.2016)

As organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional.

O teor da referida orientação jurisprudencial é confirmado em julgado recente de 2021:

AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO FUNDADO NO ART. 485, V, DO CPC/1973. VIOLAÇÃO AO ART. 5.º, § 2.º, DA CONSTITUIÇÃO. ORGANISMO INTERNACIONAL. UNESCO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DESCONSIDERADA. INCIDÊNCIA DA OJ SBDI-1 416 DO TST. CONFIGURAÇÃO.

A garantia da imunidade de jurisdição plena à Organização das Nações Unidas - ONU e às suas Agências está devidamente assentada no ordenamento jurídico, nos termos dos Decretos n.º 27.784/50, 52.288/63 e 59.308/66, conforme entendimento firmado pelo STF, em regime de repercussão geral, no julgamento do RE 1034840/RG. Nesse contexto, impende destacar que o parágrafo 2.º do art. 5.º da Lex Legum estabelece expressamente: “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”. É dizer, assim, que os direitos assegurados pelos tratados e convenções internacionais incorporados ao ordenamento pátrio não podem ser afastados pelos direitos e garantias expressos na Carta Magna, consoante dicção expressa do texto constitucional. Nessa perspectiva, portanto, o acórdão rescindendo, ao afirmar que a imunidade de jurisdição assegurada pelas convenções internacionais em que o Brasil é parte deve ser afastada por colidir com os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho,



viola expressamente o art. 5.º, § 2.º, da Constituição da República, circunstância que autoriza o corte postulado. Ação Rescisória julgada precedente.³⁷

No que se refere aos Estados estrangeiros, os julgados do TST deixam claro que a OJ nº 416 da SDDI-1 restringe-se ao âmbito das organizações internacionais, de sorte que imunidade de jurisdição é relativa quando a parte reclamada se constituir em uma embaixada ou consulado.

RECURSO DE REVISTA DA UNIÃO INTERPOSTO ANTERIORMENTE À LEI 13.015/2014. 1 - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO TRABALHISTA. CONSULADO. ESTADO ESTRANGEIRO. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 416 DA SBDI-1, DO TST. Esta Corte pacificou o entendimento no sentido de que a imunidade absoluta de jurisdição, amparada por norma internacional e incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, aplica-se apenas quando se trata de entidades públicas internacionais, ou seja, na forma da Orientação Jurisprudencial 416 da SDDI-1, não se estendendo aos Estados estrangeiros. Recurso de revista não conhecido.³⁸

Destaca-se, também, nos precedentes do TST de forma cristalina a imunidade de execução, a qual só se torna viável quando da renúncia expressa do Estado acreditante ou encontrados bens não afetados as funções diplomáticas e consulares, tornando-se, assim, medidas como penhora judicial de conta corrente, via BacenJud, difíceis de resguardo legal.

(...)

II - RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL DE BENS NÃO AFETOS À MISSÃO DIPLOMÁTICA OU CONSULAR. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, XXXVI, DA CF.

1. O Tribunal Regional concluiu ser inviável a prática de atos coercitivos voltados contra o patrimônio do Estado estrangeiro, julgando ser imprescindível, para que a execução tenha curso, a expressa renúncia do Estado Acreditante.
2. É inviável, de fato, o deferimento de diligência por meio do BacenJud - providência requerida pelo Exequente e negada na instância ordinária - quando o devedor é ente de direito público externo, pois se presume que os ativos financeiros depositados em instituições financeiras aqui localizadas estão protegidos pela inviolabilidade prevista nas Convenções de Viena de 1961 e 1963, ratificadas pelo Brasil por meio dos Decretos 56.435/65 e 61.078/67.
3. Todavia, na esteira da jurisprudência do TST, admite-se a excussão de bens de Estado estrangeiro, desde que os atos expropriatórios não se voltem contra os bens vinculados às representações diplomática e consular. Afinal, a imunidade de jurisdição, oriunda de fonte normativa costumeira, há algum tempo vem sendo relativizada no cenário internacional. E essa relativização não compreende

³⁷ TST, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, AR-5707-70.2013.5.00.0000, Rel. Min. Luiz Jose Dezena da Silva, DEJT 09/04/2021.

³⁸ TST, 2º Turma, RR-643-21.2010.5.11.0019, Rel. Mina. Delaide Miranda Arantes, DEJT 13/12/2019.



apenas a ação (ou fase) de cognição. Com efeito, também em sede de execução não mais subsiste aquela rigidez que outrora excluía a possibilidade de expropriação de bens das pessoas jurídicas de direito público externo em toda e qualquer circunstância.

4. Nesse contexto, ao deixar de considerar que a dívida pode ser paga espontaneamente e recusar, de antemão, a possibilidade de que sejam encontrados bens do Estado estrangeiro que não estejam afetos à missão diplomática e consular, a Corte a quo acaba por infirmar a eficácia da decisão passada em julgado, violando a norma inscrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido.³⁹

"CONSULADO. AUTORIZAÇÃO DE PENHORA DE VALORES EM CONTA CORRENTE. IMPOSSIBILIDADE. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO. Não se apresenta autorizada pelo ordenamento a penhora de valores depositados em conta corrente de Estado estrangeiro. Isso porque a imunidade de execução que beneficia este apenas pode ser afastada em caso a) de renúncia por parte do próprio Estado estrangeiro ou b) de existência de bens, em território brasileiro, não afetados às legações diplomáticas ou representações consulares. No caso, como não é possível se distinguir se os créditos havidos em conta corrente estão afetados às funções precípuas da missão diplomática ou se são destinados a meros atos comerciais, prevalece a imunidade de execução em favor do Estado estrangeiro. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.⁴⁰

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acertadamente o constituinte de 1988 transferiu a matéria afeta ao espectro trabalhista envolvendo entes de direito público externo da competência da Justiça Federal comum para a Justiça do Trabalho.

A partir da construção jurisprudencial do STF, no que repercutiu necessariamente no âmbito do TST, revela-se de forma palmar que a matéria da imunidade de jurisdição do Estado não reverbera mais como algo absoluto no seio do sistema jurídico brasileiro, em especial, em matéria de demanda trabalhista, visto tratar-se de ato de gestão.

De tal sorte, delinea-se o regramento de que há jurisdição brasileira no que tange ao processo de conhecimento trabalhista, envolvendo Estado estrangeiro com missões ou repartições consulares acreditadas no Brasil.

Contudo, situação diversa se apresenta no momento da execução trabalhista, visto a permanência da imunidade de execução. De tal maneira, não sucedendo-se o cumprimento voluntário da sentença condenatória trabalhista, dependeria de renúncia expressa da imunidade de

³⁹ TST, 7º Turma, RR-130500-78.2006.5.02.0030, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 13/03/2015.

⁴⁰ TST, 5º Turma, RR-170700-28.2006.5.02.0063, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 01/03/2013.



jurisdição, por parte do Estado estrangeiro ou da localização de bens desafetados as funções diplomáticas e consulares podem ser penhoradas.

Sem dúvida que a tese defendida pelo professor Mauro Schiavi é o ideal no que tange a uma efetiva promoção da “justiça” aos trabalhadores, ou seja, se a Justiça do Trabalho possui competência para conhecer a matéria referente a pessoas jurídicas públicas de direito externo, é competente para executar suas sentenças.

Todavia, o sistema jurídico não se limita, apenas, ao sistema jurídico doméstico, sendo imperioso atenção aos compromissos e normas do direito internacional.

Uma solução à problemática seria a elaboração e ratificação de uma convenção internacional multilateral que reconhecesse a relativização da imunidade de jurisdição para atos de gestão, tanto na dimensão do processo de conhecimento, quanto na dimensão do processo de execução.

Uma convenção dessa natureza é uma declaração de boa-fé por parte dos Estados, no bojo das relações internacionais, constituindo uma afirmação do respeito à legislação doméstica dos Estados acreditados.

Por fim, no que tange à imunidade de jurisdição em relação às organizações internacionais, raciocínio idêntico é prescrito nas convenções constituidoras das referidas organizações, sendo uma tendência, por enquanto, em prescrever uma imunidade de jurisdição de cunho absoluto.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: atualizada até a Emenda Constitucional nº 109. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2021.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 22 de outubro de 1945. Disponível



em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2021.

BRASIL. Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2021.

BRASIL. Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 28 de julho de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo à segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 23 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6514.htm#art1>. Acesso em: 19 de maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 21ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. V.1.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Processo do Trabalho**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Processo do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12ª ed. São Paulo: Forense, 2019.

PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 12º ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2016.



**CITIES OF GODDESS: ROLES AND EXPERIENCES OF WOMANHOOD
IN THE MILITARIZED FAVELAS OF RIO DE JANEIRO**

**CIDADES DE DEUS: PAPÉIS E EXPERIÊNCIAS DA MULHER NAS
FAVELAS MILITARIZADAS DO RIO DE JANEIRO**

Amanda Pimenta da Silva¹

Abstract: The story of the 2002 film “City of God”, which was based on a book with the same name, is totally centralized in male characters and ignores almost completely the strong presence of women in the *favelas*, whose characters are relegated to lovers of the male characters or their mothers, with little or no focus on the experience of womanhood in such places. However, the often-neglected role and experiences of women in the context of urban violence play a pivotal role in the understandings of the dynamics of its state of affairs. Women are gang members or supporters, partners, mothers, messengers, carers for the wounded, and women endure the challenges of motherhood in violent spaces and struggle for justice for the victims assassinated by the police forces. Moreover, with the militarization under covered in “pacification programs”, gender relations are reinforced. This paper aims at a gendered approach of the situation and consequences of the militarized favelas of Rio de Janeiro, in which women’s roles and experiences help to shape the understanding of the state of affairs of such areas.

Keywords: feminist studies; governmentality; militarization; securitization; Brazilian favelas.

Resumo: A trajetória do filme “Cidade de Deus”, de 2002, que teve como base um livro de mesmo nome, é totalmente centralizada em personagens masculinos e ignora quase completamente a forte presença feminina nas favelas, cujos personagens são relegados aos amados personagens masculinos ou suas mães, com pouco ou nenhum enfoque na vivência da feminilidade em tais lugares. No entanto, o papel e as experiências frequentemente

¹ Graduate Student at The American University in Cairo (“AUC”). Specialist in International Relations and Diplomacy from UNICURITIBA. Bachelor’s in Law from Universidade Regional de Blumenau. This paper was written as part of the “Law and Patriarchy” class at AUC, under the supervision of Dr. Mai Taha. June 2019. amandapimenta@aucegypt.edu



negligenciados das mulheres no contexto da violência urbana desempenham um papel central na compreensão da dinâmica de seu estado de coisas. As mulheres são membros de gangues ou apoiadoras, parceiras, mães, mensageiras, cuidadoras de feridos, e as mulheres enfrentam os desafios da maternidade em espaços violentos e lutam por justiça para as vítimas assassinadas pelas forças policiais. Além disso, com a militarização coberta pelos “programas de pacificação”, as relações de gênero são reforçadas. Este artigo tem como objetivo uma abordagem de gênero da situação e consequências das favelas militarizadas do Rio de Janeiro, em que os papéis e experiências das mulheres ajudam a moldar a compreensão da situação em tais áreas

Palavras-chave: Estudos feministas; governamentalidade; militarização; securitização; favelas brasileiras.

Sumário: 1 Introduction - 2 Rio favelas, the militarization process, and the embodied state - 2.1 The formation of the favelas - 2.2 The militarized favelas - 3 The experiences of womanhood in the militarized favelas - 3.1 The concept of favelada - 3.2 - The roles of women in the favelas - 3.3 - Motherhood in the favelas - 3.4 - Militarization and its effects on women’s life - 4 Final considerations – 6 Referências.

1 INTRODUCTION

The 2002 film “City of God”, which tells an anecdotal story of violence in a favela (slum) of Rio de Janeiro with the same name, is a reminder that the societies we tend to take for granted can actually be a luxury, as posed by the film critic Stephen Holder in a New York Times article right after its release.² The film, based on a book with the same title, portrays the deterioration of the peripheries of Rio due to drug trafficking, crime, and poverty, and how it has been transformed into a war zone so dangerous that anyone risk being shot dead. The story is totally centralized in male characters, ignoring almost completely the strong presence of women in the favelas, whose characters are relegated to lovers of the male characters or their mothers, with little or no focus on the experience of womanhood in such places.

In general, the role and experience of women in the context of urban violence is often neglected. Even as lovers or mothers of the male figures that tend to be central to the conflicts, women’s experiences play a pivotal role in the understandings of the dynamics of such places.

² See Stephen Holder. *FILM REVIEW; Boys Soldiering in an Army of Crime*. Jan. 2003. The New York Times.



Women are gang members or supporters, partners, mothers, messengers, carers for the wounded, as they tend to undermine or condone violence, or challenge or conform to prevailing cultures.³ Furthermore, the motherhood and the “struggle for justice” for the assassinated by police forces are strong aspects of the gendered violence in Rio’s favelas. Women endure the challenges of raising children in such violent spaces. Additionally, women seek for years the conviction of policemen that have killed their sons, brothers or nephews, while building and maintaining a network of solidarity and support.⁴

The patterns of violence and how it is reproduced in marginalized communities are highly gendered, and also intersects with aspects of identity, such as race and social class. The majority of the favela’s population is black and pertains to the poor or low middle class. As explored by Kimberle Crenshaw in her theory of intersectionality, black women occupy positions both physically and culturally marginalized within the dominant society.⁵ In the context of the Brazilian favelas, a new social layer is added: the concept of *favelada*, which means a female who was born or currently lives in a favela. Being *favelada* is different from being poor or living in poor suburbs. The social stigma surrounding the favelas is responsible for the formation of a new category of an aspect of social identity.

The stigma of the favelas has its origins in the history of settler colonialism, which encompasses the project of elimination of natives, and the slavery (and its abolition and the aftermath) of African blacks.⁶ Settler colonialism in Brazil was initially marked by “pacification” of the indigenous populations which included expropriation, elimination, confinement, and assimilation of entire communities in an effort to “civilize” them, aiming to produce individuals capable of working for the capital accumulation of the settlers.⁷

But settler colonialism is not only a process that history leaves behind. In the case of the favelas, it continues to happen. Most of the favelas in Rio de Janeiro still permit the accumulation of capital and considerable investment. There are even outsiders investing in the most stable and

³ See Polly Wilding. “New Violence”: Silencing women’s experiences in the favelas of Brazil. *Journal of Latin American Studies* 42, no. 4 (2010): 719-747. At 722.

⁴ See Adriana Vianna, Juliana Farias. *A Guerra das mães: dor e política em situações de violência institucional. cadernos pagu* 37 (2011): 79-116.

⁵ See Kimberle Crenshaw. *Mapping the Margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color*. *Stan. L. Rev.* 43 (1990): 1241. At 1250.

⁶ See Bruno Huberman. *Pacification, Capital Accumulation, and Resistance in Settler Colonial Cities: The Cases of Jerusalem and Rio de Janeiro*. *Latin American Perspectives*. (2019): 131-148.

⁷ *Id.*



developed favelas and taking considerable profits out of it.⁸ Additionally, racialized populations are important for preserving the neoliberal model of capital accumulation, since it maintains the workers' fragility. The greater the number of unemployed and fragile workers, the more dissatisfied people who need to be controlled so as to not disturb the social order or interfere with capital accumulation.⁹ As consequence, even the poor people of Rio de Janeiro will eventually fit into the economic prevailing model, since there is the fear of becoming a *favelado* (male form of *favelada*).

However, in order to safeguard the capitalist model in the city of Rio de Janeiro and its relation to the favelas, there was the need to coordinate a broken and supposedly violent society and control the surplus population.¹⁰ With the redemocratization process in Brazil¹¹ there was a breakdown of the state's monopoly over violence. There was a shift in actors and motives – from predominantly political to predominantly criminal. Some factors are emphasized to explain the rise of a new violence and the state's failure to address it properly, such as “the impact of social exclusion, the pull of easy money through the trade of narcotics and other illicit goods, and the lack of other economic opportunities”.¹²

The urbanization processes in the city of Rio de Janeiro led to the formation of communities invisible to the State. The establishment of favelas challenged the control of power by subverting the disciplinary gaze of the State apparatus.¹³ As a consequence of the State's absence and its ability to enforce the Law in such communities, there was the institution of alternative sources of governance by gangs and drug traffickers, which eventually formed communities internally safe and relatively free from interpersonal violence.¹⁴

However, the colonizers' fear of the colonized as a potential threat to their project of capital accumulation and to the colonizer's life justifies violent measures to protect the settlers,

⁸ See Boaventura de Sousa Santos. *The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada*. Law & Soc'y Rev. 12 (1977): 5. At 109.

⁹ See Bruno Huberman. *Pacification, Capital Accumulation, and Resistance*. At 136.

¹⁰ See Marielle Franco. *UPP: a redução da favela a três letras: uma análise da política de segurança pública do estado do Rio de Janeiro*. 2014.

¹¹ The democratization process in Brazil consisted in the installation of a democratic regime after the previous authoritarian regime.

¹² See Polly Wilding. “*New Violence*”.

¹³ See Jeff Garmany. *The embodied state: governmentality in a Brazilian favela*. Social & Cultural Geography 10, no. 7 (2009): 721-739. At 723.

¹⁴ See Janice E Perlman. *The myth of marginality revisited: The case of favelas in Rio de Janeiro*. *Becoming global and the new poverty of cities* (2005). At 9.



usually by labeling the areas where the colonized live as “dangerous” places that should be avoided, segregated and pacified.¹⁵ In Brazil, the media and the elites helped to build a discourse of favelas as “dangerous areas”. The constructed narrative was used to justify several military interventions in those communities throughout the decades.

On the eve of major sports events, such as the World Cup (2014) and the Olympic Games (2016), the state of Rio de Janeiro launched a governmental program aiming to reduce the violence in some of the most dangerous favelas of the city of Rio de Janeiro. The program subjected the residents to 24-hour surveillance and a permanent militarized presence.¹⁶ Moreover, the public safety policies adopted under the name of “pacifying units” only reinforced the penal state model, while basing itself on the speech of “social insecurity”.¹⁷

In places where the social and political structure is disrupted and the population is controlled, such as the militarized favelas, women tend to suffer great consequences in their daily life. The gender relations are reinforced in such contexts, and it becomes clear when the problem is addressed through the perspective of state discrimination. The way in which women are affected in areas in a perpetual state of armed conflict is produced through law, policy, routine behavior, and the use of police discretion towards black and marginalized women.

This paper aims to address the gendered violence in the favelas, and the roles and experiences of womanhood in these violent places. It encompasses the perceptions beyond the active and passive roles women are often portrayed as having, such as the experience of motherhood and the struggle for justice for the assassinated by police forces. Finally, it will explore the consequences of the militarization in the favelas of Rio, and how the gendered relations are reinforced by the heavy military presence.

2 RIO FAVELAS, THE MILITARIZATION PROCESS, AND THE EMBODIED STATE

*“I just want to be happy,
To walk freely in the favela I was born,
And to be able to be proud,
And to be aware that the poor have their place*

¹⁵ See Bruno Huberman. *Pacification, Capital Accumulation, and Resistance*. At 136.

¹⁶ See Chandni Desai, and Heather Sykes. *An ‘Olympics without Apartheid’: Brazilian-Palestinian solidarity against Israeli securitisation*. *Race & Class* 60, no. 4 (2019): 27-45.

¹⁷ See Marielle Franco. *UPP*.



*My dear authority, I don't know what to do,
With so much violence, I am afraid to live
Because I live in the favela and I am much disrespected,
The sadness and happiness walk side by side in here,
I say a prayer to a protector saint,
But I am interrupted by firing of machine guns,
While the rich live in a big and pretty house,
The poor are humiliated in the favela.
I can't stand this violence any longer,
I just ask the authority a little bit more competence"*

"Rap of Happiness" - Cidinho & Doca

2.1 The formation of the favelas

Officially called “subnormal agglomerations” by the Brazilian Institute of Geography and Statistics¹⁸, *favela* is the term for slums, squatter settlements, poor outskirts, irregular settlements. It is difficult to say how many favelas exist today in Rio de Janeiro, but by the time Perlman published her book in 2005, there were at least 752 favelas with approximately 1.65 million inhabitants.¹⁹ The definition of favela go beyond their “illegality”, since most of them now have *de facto* tenure; it also cannot be defined by their lack of infrastructure, since almost all have access to water, sewage, and electricity; nor they can be defined by the precarious construction materials, as most of the houses are now made of brick and mortar. A remaining distinction between favelas and the rest of the city of Rio is the deeply-rooted stigma that still adheres to them.²⁰

The favelas of Rio de Janeiro were originated due to the rapid urban growth of the region in the twentieth century and were established mainly in hills. The messy and precarious urbanization process of the city transformed the favelas in communities that contrasted with the urban lifestyle of the *carioca* (native from the city of Rio de Janeiro). The favelas were also perceived as exotic places where the black population (mostly descendants from the slaves freed some generations before) brought their beliefs, their music, and their extravagances.²¹

¹⁸ See Anjuli Fahlberg, and Thomas J. Vicino. *Breaking the city: Militarization and segregation in Rio de Janeiro*. Habitat International 54 (2016): 10-17.

¹⁹ See Janice E Perlman. *The myth of marginality revisited*. At 9.

²⁰ *Id.* At 10.

²¹ See Amanda Sá Dias. *Palestinian Refugee Camps and Brazilian Favelas as Urban Heterotopias*. Birkbeck L. Rev. 5 (2017): 81.



The formation of several favelas in the outskirts of Rio de Janeiro originated the term *favelada* (and its masculine form, *favelado*), which eventually became an extreme figure of ‘otherness’. The opposition “favela versus the city” (or favela versus “the asphalt”)²² since today is related to the manifestation of the opposition civilized/savage, rich/poor, clean/dirty, moral/amoral. Throughout the first half of the twentieth century, the medical discourse gradually joined the urban discourse, and the favelas started to be addressed as a “social pathology” that put the city’s beauty and health at risk.²³

Until the 1980s, the favelas were mainly represented as locations of poverty, although counterbalanced by their valorization as the land of samba and popular culture. During the re-democratization process, which happened in 1980 and early 1990, there was a shift in society’s perception of favelas, which coincided with the increase in the narco-trafficking and augmentation of urban violence in the city. Progressively, the inhabitants of favelas were identified as extreme figures of otherness, and each one of them could be acknowledged as a potential criminal. From 1990 onwards, the state’s approach to these territories was gradually security-related. Over the years, intellectuals and human rights organizations denounced the arbitrary and systemic coercion of armed interventions inside the favelas, which are now qualified as “spaces of exception”.²⁴

2.2 The militarized favelas

On the eve of major sports events, such as the World Cup, in 2014, and the Olympic Games, in 2016, the state of Rio de Janeiro launched a program part of the new public safety policies in order to improve security in the city of Rio de Janeiro. The program, named Police Pacification Units (PPU)²⁵, was intended to consist of three phases: a military invasion of the violent community, followed by several months of heavy patrol forces, and finally the training of its residents to assist the recruited military police in long-term social projects. The project was

²² The favelas inhabitants refer to the official state law of Brazil as “asphalt law”, in contrast of the “law of the hill”, or in other words, the gang laws enforced in the favelas.

²³ See Amanda Sá Dias. *Palestinian Refugee Camps and Brazilian Favelas*. At 89.

²⁴ *Id* at 90.

²⁵ In Portuguese, Unidade de Polícia Pacificadora, UPP.



projected to help the state in regaining control over territories long lost to drug trafficking, as well as to reintegrate these economically challenging communities into society.²⁶

The government of Rio justified the intervention by stating that the “pacification”/militarization consists of policies aimed at resolving the governance challenges that operate in the favela context. However, the lack of infrastructure and access to public services helps to sustain the idea that heavy security is actually a form of social control and oppression.

In order to achieve legitimacy for the military intervention and avoid public rejection, the incursions of the military police in the favelas were supported by the metaphor of “war” – “war on drugs”. It was needed the construction of a narrative of war, justified within the legal structure, to justify the territorial control and occupation done by the military. The law plays a central role in creating a framework in order to talk about “justice” and the efficacy of wartime violence.²⁷

The violence and brutality of state agents are originated and maintained within the structure of Law, in a successful attempt to introduce means of warfare into the legal framework. Efforts are being constantly made by authorities in order to legitimize tactics of violence as a way of carrying out war through law. In areas such as the favelas, known as “invisible cities” and “spaces of exception”, the state presents itself embodied unto its agents of law enforcement, and as consequence, replacing the Panoptical structure theorized by Michel Foucault.

As explored by Marielle Franco²⁸ in her master’s dissertation, militarization, under covered under the “pacification program”, was implemented as an ideological project aiming to safeguard the capitalist model of accumulation in the city of Rio de Janeiro. Militarization helps to coordinate a broken society and control the surplus population.

Many *faveladas* and *favelados* started to prefer the rule of the local gang leaders to that of the police, the latter of which have routinely abused and harassed them for years. The community itself legitimizes the actions of the parallel state by trusting the state less than they trust the drug

²⁶ See Carolyn Prouse. *Framing the World cUPP: Competing discourses of favela pacification as a mega-event legacy in Brazil*. Recreation and Society in Africa, Asia and Latin America 3, no. 2 (2013).

²⁷ Id. At 176.

²⁸ Marielle Franco was born in the favela *Maré*, in Rio de Janeiro, and was brutally assassinated on the March 4, 2018. She was a black councilwoman of the city of Rio de Janeiro, also *favelada*, mother, lesbian, socialist, and human rights activist.



traffickers. As consequence, the power of the gang leaders actually threatens the validity of the “official” authority.²⁹

Citizens who live in those militarized areas are living in a psychological state of trauma. The ones not involved in drug trafficking have to be cautious to not be mistaken for the target of the authority, the “drug lords”. The fear also encompasses the possibility of being killed with impunity by state agents, in the name of the metaphoric war created to justify such brutality. Although men are often seen as the central characters of such conflicts, as well as the main targets and victims of police brutality, the role, and experiences of women in these unique places cannot be neglected.

3 THE EXPERIENCES OF WOMANHOOD IN THE MILITARIZED FAVELAS

*“I won’t be interrupted.
I do not endure any interruption from the councilors of this house,
and I will not endure any interruption from a citizen who came here and cannot listen to
the position of an elected woman.”*

*Marielle Franco before her speech about violence against women in the favelas,
addressed in the City Council of Rio de Janeiro.
It was her last speech before being assassinated.*

3.1 The concept of favelada

To understand the concept of *favelada*, it is important to understand the construction of womanhood in Brazil, which encompasses the intersection of aspects of identity, such as race and social class.

Brazil was the last country in the West to abolish slavery, in 1888, and by that time, an estimated four million slaves had been brought from Africa to Brazil, which represents 40% of the total numbers of the slaves brought to the Americas.³⁰ In the time of slavery, the slaves used to work in the house of the aristocracy, but to live in separate buildings, called *senzala*. Black women from the *senzala* were usually objectified and sexualized by their “masters”, usually white men. The stigmatization of the black female perpetuated even after the abolition of slavery.

²⁹ See Jeff Garmany. *The embodied state*. At 724.

³⁰ Laird Bergad. *The comparative histories of slavery in Brazil, Cuba, and the United States*. Cambridge University Press, 2007.



In this context, in the twentieth century, white women were expected roles that almost did not demand from their emotional, intellectual, and economic autonomy.³¹ As for the black women, on the other hand, it was expected a different social and cultural conduct.

Favelada, as a political subject, usually corresponds to a black woman. To identify the *favelada* as a black woman does not mean to perceive her from her phenotype, but to recognize the dimension of her condition of social subordination, which is rigorously similar as experimented by black women. In relation to the black woman, gender, and race articulate to intensify the social subordination of the feminine. In the case of the *favelada*, these two dimensions are associated with the layers of poverty and socio-spatial segregation, intensifying the inequality framework that she is subjected.³²

3.2 The roles of women in the favelas

In Rio's favelas, women's experiences in relation to violence frequently lie at the thin line between public and private expressions of violence. The policymakers tend to emphasize a certain types of violence, such as police and gang brutality, within an implicit hierarchy based on visibility and death rates. As consequence, discussions of the violence phenomena rarely goes beyond the largely male protagonists to consider a wide range of actors, including women, and hidden and non-lethal forms of violence.³³

In the context of urban violence women are often assumed to be victims, and their existence is materialized when an act of violence brings their existence into relief either as accidental victims or as grieving partners or mothers. Occasionally, women are represented as exotic aberrations when their involvement in crime is 'discovered'.³⁴ Similarly, when women lead a gang or have power in a criminal activity, they are often portrait as "ladies of crime", in an attempt to sexualize their role as criminal women.

The experiences of women in the favelas, however, are much more nuanced. The dichotomy "offenders versus victims" neglects the volatility of front lines, where violence is

³¹ Nilza Rogéria de Andrade Nunes. *Mulher de favela: a feminização do poder através do testemunho de quinze lideranças comunitárias do Rio de Janeiro*. PhD diss., PUC-Rio, 2015. At 175.

³² *Id.* At 185.

³³ See Polly Wilding. "New Violence". At 722.

³⁴ *Id.* At 733.



constructed, negotiated, reshaped, and resolved as perpetrators and victims try to define and control the society they find themselves in.³⁵

As gang members or supporters, women's interactions with violence may range from active participation and supportive roles to passive sympathy or dissent. As posed by Polly Wilding, women "protect their partners, support gang members in jail, incite violent takeovers, hide guns or carry drugs, or in some cases are directly involved as traffickers".³⁶ Moreover, women's response to male gang membership may range from opposition, imitation or rejection to admiration, dependency, autonomy or subordination, although the responses within this range might well be the result of gendered power imbalances resulting from coercion or a perceived lack of choice.³⁷

Women often are partners to gang members, and not rarely there are incidents within the favelas in which women betray their partners by communicating their crimes to the police. Such situations can occur when they are being threatened or abused by them, or when the breakup is not an option, since they might get violent and don't accept it. The nature of violence against women that are partners of gang members is highlighted by the fact many of these men have easy access to firearms.

3.3 Motherhood in the favelas

In the private sphere, women are frequently trying to encourage, protect, educate, control and punish their children. In the majority of the favelas, women are the main carers of children as well as the central income earner in their households, roles that are challenging to juggle. In many cases, however, the central female figure is not necessarily the biological mother, but other relatives or even neighbors might assume the role of primary carer.³⁸

Women are also responsible for educating the children, and often it involves physically reprimands and punishments, which are commonly constructed as "education" rather than abuse. In such violent places, it is often questioned whether the violence used by mothers to educate their children is linked to the structural violence that mothers themselves are subjected to, or by

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Id.* At 734.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Id.* At 736.



the extremes of violence on the street from which mothers are trying to protect their children from.³⁹

There are three main objectives in a mother's life in the favelas: to protect their children from the violence of "the streets", to educate them in order to avoid the use of narcotic substances, and to protect them from being co-opted to drug gangs and to crime in general. Nevertheless, it is not rare situations in which the "natural order of things are inverted", as the popular knowledge in the favelas addresses the situation when mothers have to bury their children, especially due to stray bullets.

While it is not suggested that men do not also suffer emotionally from the deaths in the favelas, women are more likely to deal with the aftermath of killings of children or innocent victims in general. More women than men have been involved in justice campaigns following assassinations.⁴⁰ Throughout the years, women are being the protagonists of the "struggle for justice" by creating a network of support and political organizations in order to seek conviction of the policemen that have killed their sons, daughters, brothers, sisters, nephews, or nieces.⁴¹

The solidarity network and women's organizations helped to raise the voices of *faveladas* into the Judiciary, City Councils, NGO's, and other political arenas. For some of these women, it was the first time they had the chance to use high heels, and this simple act would be celebrated if the need was not heartbreaking for them. It usually takes years and a huge effort for a mother to finally sit in Court to watch the judgment of her son's executioner. The vast majority of them are acquitted.

In this context, the symbol of the "mother" is often opposed to the symbol of "state". This opposition is intrinsically gendered, as the feminine word "mother" in Portuguese contrasts with the male word "state". The male state is usually seen as the direct perpetrator of their son's assassination. The male state is also seen as the one who denies them justice for their son's death.⁴²

For women in favelas, the difficulties of different aspects of womanhood are exacerbated due to the control that gangs impose over residents' behavior. However, the recent militarization in the favelas challenged the state of affairs of such places, and a new layer was added to an

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Id.* At 739.

⁴¹ See Adriana Vianna, Juliana Farias. *A Guerra das mães.*

⁴² *Id.* At 92.



already complex situation. The rules imposed by the gang members are confronted by the heavy presence of state armed forces. Again, the role and experiences of women assume a complex aspect, due to the gender relations of such circumstances.

3.4 Militarization and its effects on women's life

The militarization under covered by public security policies reinforces the already complex situation in the favelas and the gendered violence which exists in such communities. The military presence creates a situation in which women's bodies become the site of the battle used by different groups. The women's perception of the situation addresses a general feeling of incertitude regarding the violence and the rules enforced in such places. The gang rules are gradually losing their enforcement, while the military personnel is unable to enforce the official law.

What researchers actually found out is that violence against women went up because of the military occupation in the favelas. Before the state-sponsored program, the penalization of violence against women was dealt with harshly by the drug cartels, whilst after the military, there was almost no deterrence for such crimes.⁴³

In the context of militarized favelas, mothers who lost their children assassinated by military forces have to continue to live surrounded by the presence of the representation of their children's murderer.⁴⁴ Furthermore, with the public opinion being in favor of the pacification program due to the narratives of "war against drugs" widely propagated by the media with the support of the elites, even the possibility of investigating and persecuting assassinations of innocent victims is reduced.

Finally, the strict social control of the military also frustrates the young generation of women that cannot have access to leisure or culture. There are also abuses, such as military personnel wanting to know where people live, what they do for a living, why they are carrying their personal objects, how they could buy a car, and so on. The invisible cities are finally visible through the eyes of the embodied state represented by the officials carrying heavy weaponry.⁴⁵

⁴³ See Anne-Marie Veillette. Nilza Rogéria de Andrade Nunes. *As mulheres e os efeitos da pacificação das favelas no Rio de Janeiro: compreendendo o gênero na política de segurança*.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*



The military personnel considers everyone as criminal. The stigma of *favelada* is, once more, reinforced. This time, not to the city, but the stigmatization is brought within the favelas, from the uniformed presence of the state. With the militarization programs, women are reduced to partners of criminals, mothers of criminals, daughters of criminals. Women are, again, silenced, oppressed, and stigmatized.

4 FINAL CONSIDERATIONS

Although women are not the primary target of the conflict in the favelas, they are the main ones who are left to deal with its social, political, and emotional consequences. Additionally, to assume women are passive agents and victims in the context of urban violence fails to acknowledge the nuances and contradictions of their experiences of womanhood.⁴⁶

In December 2018, Rio's governor went to Israel in order to buy drones to be used as weapons in the metaphoric wars against drugs. He was also clear when stated that "what is happening in Israel will happen in Rio de Janeiro", followed by several statements about the possibility of state agents "shoot to kill"⁴⁷. What he actually wanted to address was the existence of an authoritarian effort to construct a new legal approach that will give the possibility of state agents to "shoot first and ask later". The law enforcement in the Brazilian favelas is transforming through legal narratives in order to give state agents a sort of "license to kill".

The new approach of the Brazilian government is to prevent the cases of targeted killing to be investigated and reaching the Courts. As consequence, the symbol of women struggling for justice may be extinct. The gendered violence in the favelas will be reinforced, and women will be silenced and condemned to mourn their dead in the private sphere of their homes.

5 REFERENCES

Adriana Vianna, Juliana Farias. **A Guerra das mães: dor e política em situações de violência institucional.** cadernos pag. 37 (2011): 79-116.

Amanda Sá Dias. **Palestinian Refugee Camps and Brazilian Favelas as Urban Heterotopias.** Birkbeck L. Rev. 5 (2017): 81.

⁴⁶ See Polly Wilding. "New Violence". At 735.

⁴⁷ See The Times of Israel. *Far-right Rio governor likens drug dealers to Hezbollah, vows to act like Israel.* 17 July, 2019. Available at <https://www.timesofisrael.com/far-right-rio-governor-likens-drug-dealers-to-hezbollah-vows-to-act-like-israel/>



Anjuli Fahlberg, and Thomas J. Vicino. **Breaking the city**: Militarization and segregation in Rio de Janeiro. *Habitat International* 54 (2016): 10-17.

Anne-Marie Veillette. Nilza Rogéria de Andrade Nunes. **As mulheres e os efeitos da pacificação das favelas no Rio de Janeiro**: compreendendo o gênero na política de segurança.

Boaventura de Sousa Santos. **The law of the oppressed**: the construction and reproduction of legality in Pasargada. *Law & Soc'y Rev.* 12 (1977): 5. At 109.

Bruno Huberman. **Pacification, Capital Accumulation, and Resistance in Settler Colonial Cities**: The Cases of Jerusalem and Rio de Janeiro. *Latin American Perspectives.* (2019): 131-148.

Carolyn Prouse. **Framing the World cUPP**: Competing discourses of favela pacification as a mega-event legacy in Brazil. *Recreation and Society in Africa, Asia and Latin America* 3, no. 2 (2013).

Chandni Desai, and Heather Sykes. **An 'Olympics without Apartheid'**: Brazilian-Palestinian solidarity against Israeli securitisation. *Race & Class* 60, no. 4 (2019): 27-45.

Janice E Perlman. **The myth of marginality revisited**: The case of favelas in Rio de Janeiro. *Becoming global and the new poverty of cities* (2005). At 9.

Jeff Garmany. **The embodied state**: governmentality in a Brazilian favela. *Social & Cultural Geography* 10, no. 7 (2009): 721-739. At 723.

Kiberle Crenshaw. **Mapping the Margins**: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stan. L. Rev.* 43 (1990): 1241. At 1250.

Laird Bergad. **The comparative histories of slavery in Brazil, Cuba, and the United States**. Cambridge University Press, 2007.

Marielle Franco. **UPP: a redução da favela a três letras**: uma análise da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro. 2014.

Nilza Rogéria de Andrade Nunes. **Mulher de favela**: a feminização do poder através do testemunho de quinze lideranças comunitárias do Rio de Janeiro. PhD diss., PUC-Rio, 2015. At 175.



Stephen Holder. FILM REVIEW; **Boys Soldiering in an Army of Crime**. Jan. 2003. The New York Times.

Polly Wilding. “**New Violence**”: Silencing women’s experiences in the favelas of Brazil. *Journal of Latin American Studies* 42, no. 4 (2010): 719-747. At 722

The Times of Israel. **Far-right Rio governor likens drug dealers to Hezbollah, vows to act like Israel**. 17 July, 2019. Available at <https://www.timesofisrael.com/far-right-rio-governor-likens-drug-dealers-to-hezbollah-vows-to-act-like-israel/>.



**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA
TRABALHISTA PELOS MAGISTRADOS DE 1º GRAU DO TRIBUNAL
REGIONAL DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO**

**THE CONVENTIONALITY CONTROL OF THE LAW NO. 13.467/2017 AT
THE TRIAL COURT LEVEL OF THE BRAZIL'S 21th LABOR COURT**

Richardy Videnov Alves dos Santos¹

Thiago Oliveira Moreira²

Bento Herculano Duarte Neto³

Resumo: O estudo proposto tem como objeto de análise o controle judicial de convencionalidade realizado no âmbito da Justiça do Trabalho de Primeiro Grau do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. A pesquisa terá por objetivo principal identificar se os juízes do trabalho de 1º grau vinculados ao referido Tribunal têm se valido da técnica do controle de convencionalidade para analisar a validade das novas normas inseridas pela Lei nº 13.467/2017 nas relações de trabalho. Para tanto, investigará a construção do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, as feições do controle de convencionalidade no âmbito interno, os paradigmas a serem utilizados nesse controle, as diretrizes interpretativas no âmbito dos direitos humanos e dos *standards* onusianos e interamericanos de proteção ao trabalho e algumas das alterações realizadas pela Reforma Trabalhista. O procedimento metodológico será descritivo com natureza qualitativa e quantitativa e mediante levantamento bibliográfico, notadamente da análise de sentenças obtidas no portal eletrônico do TRT da 21ª Região. Conclui-se que, apesar da existência de argumentos no sentido da incompatibilidade de várias alterações promovidas na CLT pela Lei nº 13.467/2017 com o Direito Internacional do Trabalho, o tema

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp (UNIDERP). Analista judiciário – área judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2332157184231420>. Email: richardy.videnov@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6755-8223>.

² Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutor e Mestre em Direito pela Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Chefe do Departamento de Direito Privado da UFRN. Vice-Coordenador do PPGD/UFRN. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8030681636075210>. E-mail: thiagoliveiramoreira1981@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6010-976X>.

³ Professor Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Desembargador do Trabalho do Tribunal Regional da 21ª Região. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4448792481460599>. Email: bento@trt21.jus.br. ORCID: 0000-0002-1663-3000.



ainda não repercutiu nos julgados dos juízes de primeiro grau da Justiça do Trabalho no estado do Rio Grande do Norte e, nas vezes em que foi realizado, invocou-se como paradigma norma internacional sem perfeita correspondência com a norma afastada.

Palavras-chave: Controle jurisdicional de convencionalidade. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Reforma Trabalhista. Juízes do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 21ª da Região.

Abstract: The proposed study has as its object of analysis the judicial control of conventionality carried out at the trial court level of the Brazil's 21th Labor Court. The study here proposed has as main objective to identify whether the labor judges at the trial Court level linked to that Court has been using the conventionality control technique to analyze the validity of the new norms introduced by Law No. 13.467/2017 in the labor relations. To do so, it will investigate the construction of conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights, the features of conventionality control in the domestic sphere, the paradigms to be used in this control, the interpretive guidelines in the scope of human rights, the UN and inter-American standards of protection at work and some of the changes made by the Labor Reform. The methodological procedure will be descriptive with a qualitative and quantitative nature and through a bibliographic survey, notably the analysis of sentences obtained from the website of the Brazil's 21st Regional Labor Court. It is concluded that, despite the existence of arguments regarding the incompatibility of several changes promoted in the "CLT" by the Brazilian Law No. 13.467/2017 with the International Labor Law, the issue has not yet reverberated in the judgments of the judges at trial Court level of the Regional Labor Court in the state of Rio Grande do Norte and, in the times when it was carried out, it was invoked as an international norm paradigm without perfect correspondence with the removed norm.

Keywords: Judicial conventionality control. Case Law of Inter-American Court of Human Rights. Labor Reform. Labor judges. Brazil's 21st Regional Labor Court.

Sumário: 1 Introdução. 2 Elaboração do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos 3 Controle doméstico de convencionalidade. 4 Paradigmas e diretrizes interpretativas para o controle de convencionalidade. 4.1 Instrumentos internacionais de proteção ao trabalho no sistema onusiano. 4.2 Instrumentos internacionais de proteção ao



trabalho no SIPDH. 5 Breves considerações sobre a Reforma Trabalhista. 6 Controle de convencionalidade pelos juízes de 1º grau do TRT da 21ª região. 7 Conclusão. 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Apesar dos efeitos desastrosos das Guerras Mundiais, os períodos que lhe sucederam, em especial no caso da Segunda, foram marcados por avanços no âmbito da proteção internacional de direitos humanos. Após a Primeira, surgiu a Organização Internacional de Trabalho (OIT), que trouxe para o debate mundial o trabalho à luz da dignidade do trabalhador. Após a Segunda, a concepção dos direitos humanos observou uma guinada capitaneada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que trouxe a ideia de universalidade e indivisibilidade. Sucederam-se, então, diversos tratados e convenções visando, de forma mais específica, à proteção do trabalho digno.

Apesar de o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH) não ser tão prodigioso em normas de proteção ao trabalho, esse sistema regional também possui aptidão para a promoção de patamares mínimos de proteção ao trabalho, pois, guiado pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), procedeu à construção de um relevante instrumento para a elevação do patamar civilizatório nos países a ele vinculados. Trata-se do controle de convencionalidade, mecanismo empregado na aferição da compatibilidade entre as normas internas e as normas internacionais de direitos humanos.

No caso brasileiro, esse patamar civilizatório foi severamente afligido pela Lei nº 13.467/2017, cognominada de “Reforma Trabalhista”, que implementou uma série de mudanças na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). É apontado que muitas das alterações colidem com o caráter protecionista até então prevalecente das normas trabalhistas.

Nesse cenário, o presente trabalho tem como objeto de estudo o controle judicial de convencionalidade, especificamente o controle realizado no âmbito da Justiça do Trabalho de Primeiro Grau no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, que corresponde ao estado brasileiro do Rio Grande do Norte.

Diante das inúmeras alegações de que a Reforma Trabalhista colide com princípios fundantes do Direito do Trabalho, como também com normas de proteção ao trabalho de índole constitucionais e internacionais, vulnerando a proteção do trabalhador no ordenamento brasileiro, a presente investigação busca responder ao questionamento se os juízes do trabalho de 1º grau do



TRT da 21ª Região cumprem ou não seu dever de realizar o controle de convencionalidade da Reforma Trabalhista, uma vez que se trata de norma interna e como tal sujeita ao referido controle, segundo a jurisprudência da Corte IDH.

Assim, o objeto geral desta produção é identificar se os juízes do trabalho de 1º grau vinculados ao TRT da 21ª Região têm se valido da técnica do controle de convencionalidade para analisar a validade das novas normas inseridas pela Lei nº 13.467/2017 na CLT.

Para tanto, investigará, em primeiro lugar, a construção do controle de convencionalidade pela Corte IDH. Em seguida, procederá ao exame das feições gerais do controle de convencionalidade no âmbito doméstico, seguindo-se de uma análise dos paradigmas a serem utilizados nesse controle, bem como das diretrizes interpretativas no âmbito dos direitos humano e dos *standards* onusianos e interamericanos de proteção ao trabalho. Feitas tais considerações, será abordada a Reforma Trabalhista na intenção de identificar possíveis normas violadoras desses *standards*, para, por fim, adentrar efetivamente na busca e análise das sentenças proferidas pelos juízes do TRT da 21ª Região.

O procedimento metodológico será descritivo com natureza qualitativa e quantitativa e mediante levantamento bibliográfico e documental, notadamente da análise de sentenças obtidas no portal eletrônico do TRT da 21ª Região. Adotará, o método de abordagem dedutivo, porque o estudo partirá de premissas gerais da Teoria dos Direitos Humanos e do Direito Internacional do Trabalho. A pesquisa terá natureza aplicada, pois busca produzir conhecimentos com potencial de aplicação prática pelos juristas atuantes na seara trabalhista.

Para tanto, foram realizadas buscas textuais na aba jurisprudência do portal <https://www.trt21.jus.br/> por sentenças contendo a expressão “controle de convencionalidade”. Como critério temporal das buscas, delimitou-se o período entre 11-11-2017, data de início de vigência da lei supracitada, e 22-11-2021, data escolhida para o término das buscas. A pertinência temática com a Reforma Trabalhista foi aferida por ocasião da análise das sentenças. A escolha pela delimitação do TRT 21ª decorre da correspondência ao Estado em que realizado o Programa de Pós-Graduação do primeiro autor.

A pesquisa justifica-se dado o caráter ainda recente da Reforma Trabalhista, a profundidade das alterações realizadas nas normas brasileiras de proteção ao trabalho e as



variadas alegações de invalidade de suas normas à luz dos *standards* de proteção internacional ao trabalho, o que carece de urgente aprofundamento teórico e jurisprudencial.

Espera-se como resultado do estudo identificar se os juízes do trabalho vinculados ao TRT da 21ª Região aplicam ou não o controle de convencionalidade como ferramenta de aprimoramento da prestação jurisdicional e aferição da validade da Reforma Trabalhista.

2 ELABORAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A expressão “controle de convencionalidade” é associada à Decisão nº 74-54 DC, datada de 15-1-1975, proferida pelo Conselho Constitucional Francês. O órgão entendeu que não detinha atribuição para exercer o controle de *convencionalidade*, senão apenas o de *constitucionalidade*.⁴ Entretanto, o desenvolvimento da técnica jurídica desse novo controle não é creditado ao precitado Conselho, mas à Corte IDH, a partir do ano de 2006.⁵

Sidney Guerra esclarece que o controle de convencionalidade é um novo dispositivo jurídico que permite fiscalizar as leis infraconstitucionais mediante um duplo controle de verticalidade, segundo o qual as normas internas de um país devem ser compatíveis não apenas com a Constituição, o que dá lugar ao controle de constitucionalidade, como também com os tratados internacionais ratificados e em vigor em determinado país, dando lugar ao controle de convencionalidade⁶. Em sentido semelhante, Valério Mazzuoli conceitua o controle de convencionalidade como a compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado.⁷

Thiago Oliveira Moreira⁸ ressalta a afinação desse mecanismo com o novo papel do ser humano como sujeito do Direito Internacional, servindo à efetiva aplicação das normas protetivas dos direitos humanos por meio do afastamento das normas internas contrárias.⁹

⁴ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 27.

⁵ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 28.

⁶ GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica**, vol. 01, nº. 46, Curitiba, 2017, p. 6. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1994/1275>. Acesso em: 2 dez. 2021.

⁷ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 35.

⁸ Para o aprofundamento das ideias do autor sobre o controle de convencionalidade, *vide*: MOREIRA, Thiago Oliveira. **Algumas Experiências Andinas em Matéria de Controle de Convencionalidade**. In.: CARVALHO, David França Ribeiro de (Org.). *Diálogos com o Direito Internacional: uma necessária transdisciplinaridade*. Vol. II.



Podem ser objeto de controle e, conseqüentemente, invalidadas quaisquer espécies de normas internas, a exemplo de normas constitucionais, leis, decretos, medidas provisórias e decisões judiciais.¹⁰ De fato, é possível verificar se Constituições, leis, atos administrativos, entre outros, violam alguma disposição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), proferindo-se uma sentença que determine, inclusive, a modificação, revogação ou reforma de normas internas, a fim de fazer prevalecer a eficácia da CADH.¹¹

Pode-se afirmar, em suma, que o controle de convencionalidade é a própria razão de ser da Corte IDH, consistente no cotejo da compatibilidade do ato de violação e o Pacto de San José da Costa Rica e seus protocolos adicionais.¹² E, embora o exercício desse controle derive do dever de respeitar e cumprir de boa-fé os compromissos espontaneamente assumidos no âmbito internacional, sua afirmação somente passou a ocorrer a partir do ano de 2006, quando a Corte IDH julgou o caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*¹³. A partir desse julgamento, a nomenclatura controle de convencionalidade passou a ser empregada claramente para designar o exame de compatibilidade vertical entre as normas internas e o bloco de convencionalidade do

Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 125 – 145. Ainda: GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. **Contornos Atuais do Controle de Convencionalidade Doméstico**. In.: Los Desafios Jurídicos a La Gobernanza Global: una perspectiva para los próximos siglos. 1º ed. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2017. Por fim: MOREIRA, Thiago Oliveira. **O Exercício do Controle de Convencionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do voto do Min. Ribeiro Dantas**. In.: Revista FIDES, 15 ed., v. 8, n. 1. Natal: 2017, p. 99 – 103.

⁹ MOREIRA Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015, p. 61.

¹⁰ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015, p. 254.

¹¹ GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica**, vol. 01, nº. 46, Curitiba, 2017, p. 8. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1994/1275>. Acesso em: 2 dez. 2021.

¹² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: SALAZAR UGARTE, Pedro CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. **La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma**. Mexico: Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 2011, p. 30. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/11939/interpretacion-conforme-y-control-difuso-de-convencionalidad-el-nuevo-paradigma-para-el-juez-mexicano.pdf?sequence=15&isAllowed=y>. Acesso em: 14 nov. 2021.

¹³ MAZUOLLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 6.



SIPDH.¹⁴ Assim, para além do controle de convencionalidade interamericano realizado por aquela Corte, ganhou forma o dever de realizar um controle de convencionalidade doméstico.¹⁵

Nesse formato, os juízes nacionais tornam-se guardiões também das decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos¹⁶. Por outro lado, não havendo interpretação da Corte IDH sobre o direito objeto de análise, o juiz nacional deverá se investir na condição de juiz internacional para proferir uma sentença à luz dos princípios do Direito Internacional do Trabalho, em especial, o princípio *pro persona*¹⁷.

Naquele julgamento, assentou-se, ainda, que o exame tem por parâmetro não apenas o tratado, como também a própria interpretação que a Corte IDH tem feito da CADH, tendo vista ser sua intérprete última. Trata-se de aspecto relevante da decisão, pois o entendimento então dominante era de que tribunais regionais de direitos humanos não seriam competentes para analisar a convencionalidade de uma lei em abstrato, nem para invalidar norma interna.¹⁸

Desenvolvendo sua interpretação, a Corte, no caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru, ainda em 2006, ressaltou que a obrigação do Poder Judiciário em realizar o controle de convencionalidade se dá inclusive sem provocação, isto é, *ex officio*.¹⁹ Já no caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México, julgado em 26-11-2010, a Corte IDH, ampliando os órgãos responsáveis pelo controle de convencionalidade no âmbito interno, incluiu os órgãos vinculados à administração da justiça, a exemplo do Ministério Público.²⁰ Nesse julgado, exortou-se a um diálogo entre juízes nacionais e internacionais não somente “de cima para baixo”, quando os juízes nacionais recebem dos juízes internacionais os valores imprescindíveis ao julgamento de causas envolvendo direitos humanos, senão também “de baixo para cima”,

¹⁴ MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. Anais do XV CBDI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 263.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. Anais do XV CBDI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 264.

¹⁶ FIGUEIREDO, Sylvania Marlene de Castro. **Controle de convencionalidade**: novo paradigma para a magistratura brasileira. São Paulo: Noeses, 2018, p. 179.

¹⁷ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 37.

¹⁸ GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica**, vol. 01, nº. 46, Curitiba, 2017, p. 6-7. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1994/1275>. Acesso em: 2 dez. 2021.

¹⁹ MAZUOLLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 7.

²⁰ MAZUOLLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 9.



quando os juízes internos, por intermédio de sua experiência, podem auxiliar os juízes internacionais,²¹ resultando na ampliação do diálogo entre as cortes nacional e supranacional²². O entendimento foi reafirmado, em 24-2-2011, no julgamento do caso *Gelman vs. Uruguai*, quando se afirmou que todos os órgãos do Estado vinculados a administração da justiça, em todos os níveis, devem exercer, de ofício, o controle de convencionalidade, observados os respectivos âmbitos de atribuições.²³ Com base em tal precedente, Valério de Oliveira Mazzuoli defende que também seriam responsáveis pelo controle de convencionalidade a Defensoria Pública e a Polícia Judiciária Civil.²⁴

Já no caso *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus Membros vs. Honduras*, datado de 8-10-2015, a Corte IDH proferiu uma importantíssima decisão que ampliou o parâmetro do controle de convencionalidade. Na ocasião, a Corte delineou que o controle tem como paradigma não apenas a CADH, mas todos o *corpus iuris* internacional de proteção, isto é: o mosaico regional (SIPDH) e onusiano (global).²⁵ Por fim, no *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, datado de 20-10-2016, a Corte IDH avançou no tema, anunciando que o controle não é atividade que se restringe ao Poder Judiciário e aos órgãos vinculados à administração da Justiça, mas a todos os Poderes, englobando o Executivo e o Legislativo.^{26,27}

Embora tenha começado a ser delineado a partir de 2006, a obrigação de realizar o controle de convencionalidade remonta à data de entrada em vigor da CADH, em 18-7-1978,

²¹ MAZUOLLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

²² FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **Controle de convencionalidade: novo paradigma para a magistratura brasileira**. São Paulo: Noeses, 2018, p. 177.

²³ MAZUOLLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 11.

²⁴ MAZUOLLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 12.

²⁵ MAZUOLLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 13.

²⁶ MAZUOLLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 13-14.

²⁷ Apesar do avanço, esse entendimento não está assentado em base sólida. Em realidade, conforme examina minudentemente Thiago Oliveira Moreira, a Corte IDH, em sucessivos julgamentos e resoluções de supervisão de cumprimento de sentença e, às vezes, no mesmo julgado, sem apresentar qualquer justificativa, cambia entre afirmar que o controle cabe ora a juízes, ora a agentes do sistema de justiça, ora a qualquer órgão da Administração Pública. Para melhor aprofundamento da pesquisa e crítica, cf. MOREIRA, 2017, p. 251 – 271.



ainda que à época não se tenha empregado tal terminologia.²⁸ No caso brasileiro, a partir de sua ratificação e entrada em vigor.

O fundamento político-jurídico desse controle deriva não apenas da precitada Convenção, como do próprio costume internacional reconhecido pelos Estados, no sentido de reconhecer como uma prática geral tida como direito o dever de cumprir de boa-fé os compromissos firmados com outros Estados. Tem fundamento, ainda, no art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que prevê que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. A mesma convenção estabelece, em seu art. 27, que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.²⁹ Ainda são apontados como fundamento: os arts. 29. b e 68, item 1, da CADH, bem como o art. 5º do PIDCP.³⁰

E, apesar de inexistir no ordenamento brasileiro, previsão expressa para a realização do controle de convencionalidade, a doutrina aponta que o art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) também o autorizaria, tendo em vista a abertura a um processo interpretativo pautado pelo princípio *pro persona*.³¹ Para Luciano Meneguetti Pereira, o controle de convencionalidade retira sua índole constitucional dos dispositivos que tratam da dignidade humana (art. 1º, inc. III), da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II), da cooperação dos povos para o progresso da humanidade (art. 4º, inc. IX), da integração entre os povos da América Latina (art. 4º, parágrafo único), da eficácia plena e imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade dos tratados de direitos humanos (art. 5º, §§ 1º e 2º, da CRFB/88), assim como da vinculação do Estado brasileiro às Cortes Internacionais de Direitos Humanos (art. 7º do ADCT).³²

²⁸ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 40.

²⁹ PEREIRA, Luciano Meneguetti. O controle jurisdicional de convencionalidade no Brasil: uma análise de comportamentos antagônicos entre as justiças penal e trabalhista brasileiras. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 438.

³⁰ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **Controle de convencionalidade: novo paradigma para a magistratura brasileira**. São Paulo: Noeses, 2018, p. 180.

³¹ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **Controle de convencionalidade: novo paradigma para a magistratura brasileira**. São Paulo: Noeses, 2018, p. 182.

³² PEREIRA, Luciano Meneguetti. O controle jurisdicional de convencionalidade no Brasil: uma análise de comportamentos antagônicos entre as justiças penal e trabalhista brasileiras. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 438.



Apresentado o histórico do controle de convencionalidade e sua elaboração pela Corte IDH, segue-se a análise das feições de tal controle a ser realizado no âmbito doméstico.

3 CONTROLE DOMÉSTICO DE CONVENCIONALIDADE

Existem dois modelos possíveis de controle de convencionalidade: um interno e um internacional. O presente tópico abordará as características do primeiro, conferindo-se destaque a seu modo de realização e a seus efeitos. O controle interno é aquele manejado, notadamente, mas não exclusivamente, pelos juízes e tribunais nacionais. É um modelo prioritário ou primário, porque é aquele que deve ser realizado em primeiro lugar, apresentando-se as cortes internacionais apenas quando ausente ou insuficiente a tutela realizada no âmbito interno de cada país.³³

Platon Teixeira de Azevedo Neto aponta que o Magistrado deverá realizar o controle de convencionalidade de forma preliminar, antes de decidir o mérito da causa, declarando a conformidade ou desconformidade daqueles aos tratados de direitos humanos. No caso de desconformidade, deverá declarar o efeito paralisante da norma interna, aplicando ao caso concreto, a norma internacional de Direito Humano que for mais favorável.³⁴

Do cenário delineado, é possível concluir que o juiz interno realizará dois exames de compatibilidade: um de constitucionalidade e outro de convencionalidade. Assim, a norma examinada somente será válida se passar por um duplo crivo³⁵, duplo filtro³⁶ ou por um exame de dupla compatibilidade vertical material³⁷; o que, no caso brasileiro, ocorrerá se estiver em consonância com a CRFB/88 e com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil.

³³ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 29.

³⁴ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 70.

³⁵ De acordo com André de Carvalho Ramos, a teoria do duplo crivo deverá ser adotada quando a decisão do STF não houver dialogado com a Corte IDH ou quando o diálogo houver sido insuficiente. Em sua visão, trata-se de uma dupla garantia aos direitos humanos, pois qualquer ato ou norma deve passar por esses dois critérios para que os direitos sejam respeitados no Brasil. RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 497-524. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67955/70563>. Acesso em: 3 dez. 2021.

³⁶ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 70.

³⁷ Nesse sentido, cf. BOMFIM, Brena Késsia Simplício. **Controle de convencionalidade na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 81.



A norma que não passar pelo crivo da convencionalidade será declarada inconvencional e, portanto, será inválida, não sendo aplicada, apesar de ainda poder ter vigência (efeito negativo). A declaração terá efeitos *ex tunc*, isto é, será considerada inválida desde seu nascedouro, não havendo a possibilidade de modulação dos efeitos para o futuro.³⁸

Outra possibilidade é a determinação que as normas internas sejam interpretadas segundo os comandos dos tratados de direitos humanos (efeito positivo), visando a uma harmonização com as previsões internacionais e com a jurisprudência da Corte IDH. Assim, os juízes e tribunais internos poderão interpretar as normas domésticas conforme os tratados de direitos humanos, inclusive mesmo se a alegada inconvencionalidade disser respeito a norma constitucional.³⁹ Cuida-se de aplicação analógica da interpretação conforme em matéria de controle de constitucionalidade.⁴⁰ Não há necessidade de observar a cláusula de reserva de plenário, salvo se se tratar de tratados equivalentes a emenda constitucional⁴¹.

Sylvia Marlene de Castro Figueiredo identifica no novo paradigma uma manifestação do pluralismo constitucional, a exigir do aplicador do direito uma postura não baseada no princípio da hierarquia, mas na observância da abertura constitucional, no bloco de constitucionalidade e na prevalência das normas de direitos humanos. A autora destaca que o próprio SIPDH simboliza a consolidação de um constitucionalismo regional, cujo objetivo maior é a salvaguarda de Direitos Humanos no âmbito interamericano.⁴²

Segundo entende Valério de Oliveira Mazzuoli, também irá se falar em controle concentrado de convencionalidade, na hipótese dos tratados de direitos humanos internalizados nos termos do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, isto é, quando forem aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional em dois turnos.⁴³ De fato, como ressalta o jurista, se a Constituição autoriza a incorporação de tratados de direitos humanos com a

³⁸ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 64-66.

³⁹ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 65-66.

⁴⁰ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 176.

⁴¹ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, P. 176.

⁴² MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 171.

⁴³ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 167.



atribuição do *status* de equivalência a emendas constitucionais, por questão de lógica, deve garantir também os meios que asseguram qualquer norma constitucional se proteger contra investidas do direito infraconstitucional.⁴⁴

Na hipótese de o STF reconhecer a inconveniência de determinada norma no controle abstrato, sua decisão terá efeito *erga omnes* e vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública, com a mesma intensidade das decisões proferidas em controle de constitucionalidade.⁴⁵

É importante destacar que, segundo a Corte IDH reconheceu em 30-1-2014, no julgamento do caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, não existe um modelo de controle de convencionalidade, cabendo a cada Estado instituir seu modelo, com base nas previsões constitucionais recursos existentes em sua legislação.⁴⁶ À luz desse entendimento, evidencia-se a possibilidade de utilização dos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade para se realizar, com eficácia *erga omnes*, a convencionalidade de atos internos brasileiros.

Explanado, em linhas gerais, o papel dos juízes nacionais no controle de convencionalidade enquanto instrumento que permite ao Estado brasileiro observar os tratados de direitos humanos que se comprometeu na ordem internacional, passa-se a examinar os paradigmas e diretrizes interpretativas do aludido controle.

4 PARADIGMAS E DIRETRIZES INTERPRETATIVAS PARA O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Como visto, são paradigmas para o controle de convencionalidade todos os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no país, sejam eles derivados do SIPDH (regional), seja do sistema global (onusiano), bem como a interpretação que a Corte IDH realiza deles.⁴⁷ Esse entendimento está sintonia com a CADH, que no art. 64, item I, estabelece que “os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de

⁴⁴ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. Podem os tratados de direitos humanos não “equivalentes” às emendas constitucionais servir de paradigma ao controle concentrado de convencionalidade? In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 147.

⁴⁵ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 65.

⁴⁶ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 39.

⁴⁷ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 29.



outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”.⁴⁸ Os sistemas de proteção se complementam, e não se excluem.

É possível afirmar, em vista do princípio *pro persona*, que também servirá como paradigma a interpretação conferida pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) aos tratados do sistema global, sempre que os tratados regionais, a interpretação da Corte IDH ou o próprio direito interno não sejam mais favoráveis. A esse respeito, destaca-se o entendimento de Thiago Oliveira Moreira, que expõe, sem fazer distinções, que é paradigma do controle a interpretação conferida por tribunais internacionais de direito humanos.⁴⁹

Segundo esclarece, ainda, o autor supracitado poderá ser declarada a inconveniência com base não apenas em violação de tratados ou da interpretação dos tribunais internacionais, como também de normas de *jus cogens* e de costume internacional.⁵⁰ Todo esse material normativo controlante integra o que se passou a chamar “bloco de convencionalidade”⁵¹, em analogia ao “bloco de constitucionalidade”, que forma um *corpus iuris* de direitos humanos de observância cogente pelos Estados-partes⁵².

Valério de Oliveira Mazzuoli pondera que o exercício a ser realizado será complexo, compreendendo localizar a norma internacional aplicável, conhecer seu conteúdo eficaz e, por fim, a interpretação da Corte IDH, se houver.⁵³ Nessa atividade, o juiz deverá identificar os *standards* de proteção internacional aos direitos humanos incidentes, que são as garantias mínimas, normas, padrões ou modelos globais de proteção à condição humana vistos como postulados basilares e referenciais teóricos dos sistemas jurídicos da contemporaneidade.⁵⁴

⁴⁸ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 63.

⁴⁹ MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas. In. MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. Anais do XV CBDI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 254.

⁵⁰ MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas. In. MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. Anais do XV CBDI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 254.

⁵¹ MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas. In. MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. Anais do XV CBDI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 254.

⁵² MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 54.

⁵³ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 37.

⁵⁴ BOMFIM, Brena Késsia Simplício. **Controle de convencionalidade na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 2.



Assim, é imprescindível conhecer a jurisprudência da Corte IDH, pois é ela que irá fornecer, para quem atua na investigação dentro do SIPDH, os parâmetros interamericanos de proteção dos direitos humanos que deverão ser observados pelos Estados, sejam como *res judicata*, para Estados condenados, sejam como *res interpretata*, para Estados alheios ao caso julgado.⁵⁵ Outra importante fonte da interpretação da Corte IDH são suas opiniões consultivas, que aferem a convencionalidade das leis, embora não realizem propriamente controle.⁵⁶ Por sintetizarem a aferição de convencionalidade pelo órgão internacional que, em outras hipóteses, profere decisões com caráter vinculante, seu poder persuasivo é elevado.

Dito isso, cumpre ressaltar uma importante diretriz incidente em matéria de interpretação de direitos humanos⁵⁷ ou em caso de conflito entre normas internacionais e internas⁵⁸, consistente no princípio *pro persona* ou da primazia da norma mais favorável. Segundo esse princípio, prevalecerá, no caso concreto, a norma que for mais benéfica ou mais protetiva ao ser humano. O princípio em comento está presente em tratados de direitos humanos e remete à impossibilidade de se alegar a existência de uma norma internacional para restringir direitos já assegurados em outros tratados ou até mesmo na legislação interna.⁵⁹

Tal princípio exerce uma dupla função. De um lado, permite que a vítima invoque a solução que seja mais vantajosa à salvaguarda de seu direito, seja ela oriunda do sistema interno, regional ou global. De outro, destina-se a assegurar continuamente a elevação dos parâmetros de proteção dos direitos, pois, ao estabelecer a aplicação da norma mais favorável impede que um nível de proteção já alcançado no âmbito interno ou internacional seja reduzido diante da superveniência de uma norma ou interpretação menos garantista. Atua, assim, orientando a prevalência da dignidade da pessoa humana e impedindo retrocessos.⁶⁰ Nesse sentido, o art. 29 da CADH prevê que nenhuma cláusula será poderá ser interpretada no sentido de “excluir ou limitar

⁵⁵ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 63.

⁵⁶ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 64.

⁵⁷ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 35.

⁵⁸ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 29.

⁵⁹ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **Controle de convencionalidade: novo paradigma para a magistratura brasileira**. São Paulo: Noeses, 2018, p. 170.

⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo Clemente de Brito. Controle de convencionalidade na via concentrada. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 186.



o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.⁶¹

O controle de convencionalidade será pautado pelo princípio *pro persona*, e não por uma análise engessada pela hierarquia, mesmo diante da decisão proferida pelo STF no RE nº 466.343, que posicionou os tratados de direitos humanos não internalizados segundo o art. 5º, § 3º, da CRFB em posição superior às leis ordinárias, mas inferior à Constituição.⁶²

Outro aspecto a ser observado na interpretação e aplicação dos tratados internacionais é que eles devem ser compreendidos como instrumentos vivos (“*living instrument*”), devendo serem interpretados de acordo com o momento de sua aplicação, e não com base na época da elaboração da norma.⁶³

Feitas tais considerações, necessárias para a compreensão dos paradigmas e diretrizes interpretativas a serem usados no controle judicial de convencionalidade, cumpre identificar, ainda que sem a pretensão de esgotá-los e esmiuçar seu teor, alguns dos instrumentos internacionais de proteção do trabalho nos sistemas onusiano e regional, evidenciando-se se tais normas servem ou não ao controle de convencionalidade da Lei nº 13.467/2017.

⁶¹ Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

⁶² Thiago Oliveira Moreira, apesar de reconhecer o avanço em relação à tese da paridade normativa entre leis e tratados internacionais, critica a tese que prevaleceu no julgamento em epígrafe. Argumenta que, sem pretender esgotar todas as críticas possíveis, que foi atribuído aos tratados de direitos humanos o mesmo nível hierárquico dos tratados em matéria tributária, o de supralegalidade, consoante o art. 98 do CTN e o próprio STF, o que teria invertido a lógica contra a tendência atual do constitucionalismo global, ao equiparar normas que prescrevem valores absolutamente distintos. Acrescenta que o STF deixou de conferir efeito útil (*effet utile*) ao art. 5º, § 2º, da CRFB, segundo o qual os tratados em direitos humanos são incorporados ao direito interno como normas constitucionais. Pondera que, na dúvida entre a hierarquia infraconstitucional e constitucional sobre tratados que versem sobre direitos humanos, o STF deveria ter optado pela solução que melhor atendesse ao princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II, da CRFB). Enfatiza que a atribuição de status supralegal colou o país em contradição à própria integração com a Sociedade Internacional, em desacordo com vertente consagrada no constitucionalismo contemporâneo, onde há abertura da ordem interna ao Direito Internacional. Por fim, aponta que foi privilegiada a forma em detrimento do conteúdo, conferindo-se tratamentos distintos a normas com o mesmo conteúdo ético-jurídico tão somente em razão de serem aprovados ou não segundo o rito do art. 5º, § 3º, da CRFB. Com efeito, a decisão faz vista grossas à norma constitucional vertida no art. 5º, § 2º, da CRFB. Entretanto, não deixa de representar um avanço em relação à tese da equivalência hierárquica com leis ordinárias. Para melhor compreensão das críticas, cf. MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015, p. 311-312.

⁶³ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 68.



4.1 Instrumentos internacionais de proteção do trabalho no sistema onusiano

No âmbito do sistema global, a Declaração Universal da ONU de 1948 é um marco para os direitos humanos em geral, porém, ela não é dotada de caráter vinculante⁶⁴, não servindo, portanto, como parâmetro ao controle de convencionalidade. A ONU tem como órgão judicial a CIJ, responsável por decidir as controvérsias entre Estados e por emitir opiniões consultivas em questões de Direito Internacional⁶⁵. O atributo de compulsoriedade somente veio a ser alcançado pelo Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e pelo Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em 1966. Esse último prevê vários direitos sociais, como o direito ao trabalho, à remuneração justa, segurança e higiene no trabalho, lazer, fundar sindicatos, filiar-se ao sindicato de sua escolha, proteção à maternidade, entre outros. Já o Protocolo Facultativo ao PIDESC surgiu na tentativa de conferir maior capacidade de verificação de cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, por meio do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU⁶⁶.

No sistema global, possui extremada importância, considerado o objeto da presente abordagem, a OIT. Com sua criação pelo Tratado de Versalhes, a questão social foi trazida para o centro da agenda internacional no período pós-Primeira Guerra.⁶⁷ Sua principal atribuição é consolidar a proteção internacional ao trabalho decente e disposições mínimas de teor laboral.⁶⁸ A Organização tem como principais instrumentos suas Convenções, as quais constituem em fonte formal do Direito Internacional do Trabalho⁶⁹ e, portanto, servem ao controle de convencionalidade, desde que ratificadas pelo Estado-membro.

⁶⁴ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 42.

⁶⁵ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 47-48.

⁶⁶ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 43-45.

⁶⁷ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 49.

⁶⁸ BOMFIM, Brena Késsia Simplício. **Controle de convencionalidade na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 47.

⁶⁹ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 50.



Dentre elas, destacam-se as convenções fundamentais, assim denominadas aquelas que englobam aquelas relacionadas à liberdade de associação e negociação coletiva (Convenções 87⁷⁰ e 98), à eliminação de trabalhos forçados (Convenções 29 e 105), à abolição do trabalho infantil (Convenções 138 e 182) e à eliminação da discriminação relativamente ao emprego e à ocupação (Convenções 100 e 111).⁷¹

Além das convenções, a OIT pode adotar recomendações, sugestões ao legislador dos países membros no sentido da adequação da legislação interna às questões nelas tratadas, não vinculando os Estados-parte diretamente. Tais recomendações não servem como parâmetro ao controle de convencionalidade, pois, não são passíveis de ratificação, nem constituem tratados internacionais.⁷² Nada obstante, servem à identificação de *standards* do trabalho.

Ainda no âmbito da OIT, a Declaração de Filadélfia de 1944, apesar de sua relevância ao embasar uma compreensão das relações trabalhistas sob a perspectiva da dignidade do trabalhador, não serve como parâmetro ao controle de convencionalidade, por não ter força vinculante em razão de seu formato.⁷³ Pelas mesmas razões, tampouco servem como parâmetro ao controle de convencionalidade, a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social e Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Justa.

74

4.2 Instrumentos internacionais de proteção do trabalho no SIPDH

No âmbito do SIPDH, o principal marco para esse sistema é a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (apesar do termo empregado, que poderia ter consignado “pessoa humana”), adotada na 9ª Conferência Americana de Bogotá, em 1948. Todavia, por não ser tratado, não serve como parâmetro ao controle de convencionalidade. Esse atributo de obrigatoriedade foi alcançado pela CADH de 22-11-1969, a qual, porém, é marcada pela baixa

⁷⁰ A Convenção nº 87 é a única convenção fundamental que não foi ratificada pelo Brasil. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções não ratificadas**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242947/lang--pt/index.htm. Acesso em: 2-12-2021.

⁷¹ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 52.

⁷² BOMFIM, Brena Késsia Simplicio. **Controle de convencionalidade na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 70.

⁷³ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 49-50.

⁷⁴ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 53-54.



inserção de previsões de direitos sociais. O art. 26 é um dos poucos que tratam do tema, estatuidando uma cláusula de progressividade em matéria de direitos sociais.⁷⁵ Além desse dispositivo, existem apenas o art. 6º, que proíbe a escravidão e a servidão, e dos artigos 15 e 16, que preveem direitos sindicais.⁷⁶

A progressividade constante do art. 26 deve ser interpretada com o art. 29 da Convenção, de modo a afastar hermenêuticas limitativas dos direitos sociais, buscando-se uma interpretação mais ampliadora possível e evitando-se impedimentos ao gozo de direitos sociais já reconhecidos internamente pelo próprio Estado.⁷⁷ Essa progressividade não implica em salvo conduto para que as ações em busca dos direitos sociais se posterguem indefinidamente, senão uma obrigação de avançar de modo eficaz até a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como numa proibição de regressividade.⁷⁸

A cláusula tem aplicação direta no Brasil, dado o compromisso assumido pelo país em 10-12-1998. No entanto, conforme evidencia Maria Francimar Carvalho Costa, a própria Corte IDH foi refratária, pelo menos, em um primeiro momento, em aplicar diretamente o art. 25 da Convenção. Até o ano de 2009, a Corte decidia sobre o tema apenas por conexão, invocando direitos civis e políticos, e não diretamente os direitos econômicos, sociais e culturais.⁷⁹ A autora destaca que o marco da mudança é o julgamento do caso Acevedo Buendía e Outros, ocasião que a Corte concluiu que o art. 26 não é meramente declarativo, tendo ressaltado a interdependência e a paridade em matéria de importância entre os direitos civis e políticos e os econômicos, sociais e

⁷⁵ O dispositivo em questão prevê: “os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

⁷⁶ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 57.

⁷⁷ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 58.

⁷⁸ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, *loc. cit.*

⁷⁹ COSTA, Maria Francimar Carvalho. O desenvolvimento progressivo previsto no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Princípio da Reserva do Possível. In: MOREIRA, Thiago Oliveira; GURGEL, Yara Maria Pereira; LOPES FILHO, Francisco Camargo. **Direito internacional dos direitos humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade**. Natal: Polimata, 2021, p. 252-253.



culturais.⁸⁰ Outro julgamento paradigmático foi realizado em 2017, no caso Lagos del Campo vs. Peru, quando a corte internacional reconheceu expressamente a justiciabilidade dos direitos previstos no art. 26 da CADH.⁸¹

Por fim, buscando-se combater a baixa inserção de direitos sociais na CADH, foi adotado o Protocolo Adicional à CADH em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de San Salvador de 17-11-1988, que entrou em vigor em novembro de 1999 e que foi ratificado pelo Brasil em 21-8-1996.⁸² O Protocolo tem como objetivo garantir e dar efetividade aos direitos econômicos, sociais e culturais, permitida a possibilidade de incorporação de outros direitos sociais. Destaca-se os arts. 6º a 18, que buscam garantir a efetividade do direito ao trabalho, notadamente a condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho, entre outras.⁸³ Dado seu caráter cogente, o Protocolo de San Salvador serve como paradigma ao controle de convencionalidade.

Identificados os principais instrumentos que servem ao controle de convencionalidade em matéria trabalhista no Brasil, é possível avançar na análise, investigando-se algumas das alterações mais significativas promovidas pela Reforma Trabalhista, evidenciando-se em que medida podem entrar em rota de colisão com a proteção oriunda dos *standards* internacionais.

5 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REFORMA TRABALHISTA

A proteção conferida pelas leis trabalhistas no Brasil visa a promover uma igualdade substancial entre os agentes da relação de trabalho, dado que uma das partes, o trabalhador, não tem a mesma igual jurídica que a outra parte contratante, diversamente do que se verifica nos

⁸⁰ COSTA, Maria Francimar Carvalho. O desenvolvimento progressivo previsto no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Princípio da Reserva do Possível. In: MOREIRA, Thiago Oliveira; GURGEL, Yara Maria Pereira; LOPES FILHO, Francisco Camargo. **Direito internacional dos direitos humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade**. Natal: Polimata, 2021, p. 253-254.

⁸¹ COSTA, Maria Francimar Carvalho. O desenvolvimento progressivo previsto no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Princípio da Reserva do Possível. In: MOREIRA, Thiago Oliveira; GURGEL, Yara Maria Pereira; LOPES FILHO, Francisco Camargo. **Direito internacional dos direitos humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade**. Natal: Polimata, 2021, p. 254.

⁸² GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. 2007. 311 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 147.

⁸³ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. 2007. 311 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 147.



contratos cíveis⁸⁴. Ocorre que a Lei nº 13.467/2017, a denominada Reforma Trabalhista, promoveu uma série de alterações na CLT, atendendo a anseios de longa data no sentido da flexibilização das normas de proteção trabalhista.

A flexibilização pode abranger tanto o sentido de desregulamentação, como de transferência da produção normativa da produção normativa para a negociação coletiva.⁸⁵ A nova lei foi mais além e incluiu uma transferência da produção normativa inclusive para a negociação direta e individual entre empregado e empregador, nas hipóteses de um empregado a que a doutrina denominou de “hipersuficiente” (art. 611-A da CLT).

Conforme destaca Silvio Beltramelli Neto, a flexibilização dos direitos trabalhistas é defendida como um modo de preservar a sustentabilidade dos empreendedores em um ambiente de alta competitividade e economia de mercado globalizada e que, por outro lado, também serviria, alegadamente, à manutenção e à criação de postos de trabalho.⁸⁶

Uma problemática indeclinável na proposta da flexibilização trabalhista ao propugnar a transferência da produção normativa para as partes é que ela parte do pressuposto que ambos os partícipes estariam em condições de discutir em pé de igualdade a melhoria de suas condições, sendo que, em realidade, encontram-se em campos opostos e que o detentor dos meios de produção ostenta, na maioria dos casos, uma posição de superioridade econômica.⁸⁷

Examinando a adequação da Lei nº 13.467/2017 aos parâmetros oriundos da OIT, Wolney de Macedo Cordeiro destaca a falta de debates prévios mais aprofundados sobre a alteração dos padrões regulatórios, o que, a seu ver, é observada em vários pontos da nova lei. O autor aponta não ter havido espaço para debater, durante o trâmite do projeto de lei, a análise seus impactos perante os limites estabelecidos pelas normas de direito internacional, o que agravaria a situação, dada a ausência de tradição, em nosso direito interno, em concretizar o controle de convencionalidade em matéria trabalhista.⁸⁸

⁸⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. Princípios de Direito Individual do Trabalho. In: CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista: Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. São Paulo: Método, 2017, p. 5.

⁸⁵ BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008, p. 36.

⁸⁶ BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008, P. 36.

⁸⁷ Nesse sentido: BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008, p. 41.

⁸⁸ CORDEIRO, Wolney de Macedo. O controle de convencionalidade e reforma trabalhista: adequação da Lei nº 13.467/2017, de 13.07.2017 aos padrões regulatórios da Organização Internacional do Trabalho. In: MAIA, Luciano



Vólia Bomfim Cassar aponta que Reforma alterou a legislação trabalhista na maioria dos casos em prejuízo ao empregado. Para ela, a Reforma é uma resposta à crise e aos interesses dos empresários e subverte, por várias razões, o princípio da proteção do trabalhador.⁸⁹ A jurista defende que as alterações legislativas modificam o cenário do *Welfare State*, que nem sequer havia sido implementado plenamente no Brasil, configurando verdadeiro retrocesso de direitos trabalhistas, em contradição à intenção do legislador constituinte, que ambicionou a melhoria da condição do trabalho (art. 7º, *caput*, da CRFB).⁹⁰

Com efeito, o diploma flexibilizou diretrizes principiológicas que eram elementares ao direito material do trabalho. Nesse sentido, Vólia Bomfim Cassar denuncia a inversão da lógica principiológica: da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador que deu lugar à prevalência do acordo ou convenção coletiva mesmo que reduza ou suprima direitos insertos na lei (art. 611-A da CLT); da prevalência da condição mais favorável ao empregado que cedeu lugar para o fim da ultratividade das normas coletivas (conforme a nova redação do art. 614, § 3º, da CLT); do princípio da primazia da realidade, que foi excepcionado em algumas hipóteses para estabelecer a prevalência do ajuste individual ou coletivo sobre a realidade, ainda que a avença seja contrária à realidade, como no caso de acordo individual celebrado nas hipóteses previstas pelo art. 611-A da CLT; do princípio da inalterabilidade contratual prejudicial ao empregado que também passou a admitir algumas exceções, como a possibilidade de supressão do auxílio-alimentação, diárias de viagem e prêmios pagos com habitualidade (art. 457, parágrafo único, da CLT); e do princípio da irrenunciabilidade que passou a admitir exceções como a eficácia geral liberatória em razão da adesão pelo empregado ao programa de demissão voluntária.⁹¹

Mauro Schiavi também defende terem ocorridos retrocessos na precitada Reforma, sustentando que ela não conseguiu tornar o processo trabalhista mais justo e efetivo. Destaca que foram criados entraves ao acesso à justiça pela parte economicamente fraca, com a necessidade

Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 377-378.

⁸⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. Princípios de Direito Individual do Trabalho. In: CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**: Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. São Paulo: Método, 2017, p. 5-6.

⁹⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. Princípios de Direito Individual do Trabalho. In: CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**: Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. São Paulo: Método, 2017, p. 5-6.

⁹¹ CASSAR, Vólia Bomfim. Princípios de Direito Individual do Trabalho. In: CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**: Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. São Paulo: Método, 2017, p. 6-15.



de comprovação de insuficiência econômica para a gratuidade judiciária, pagamento de despesas do processo, prescrição intercorrente e limitação da responsabilidade patrimonial.⁹² Tais entraves malferem, entre outros, o art. 5º, *caput*, inc. LXXIV, da CRFB.

Platon Teixeira de Azevedo Neto sustenta que são inconventionais: a possibilidade da jornada 12x36 em atividades insalubres (art. 60, parágrafo único, da CLT) ante os arts. 4º e 5º da Convenção nº 155 da OIT; a limitação dos danos extrapatrimoniais considerada a remuneração da vítima (art. 223, § 1º, da CLT) ante os arts. 1º e 2º da Convenção nº 111 da OIT e os arts. 8º e 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; da possibilidade de contratação do trabalho intermitente sem o pagamento de salário mínimo mensal ante as Convenções nº 95 e 131 da OIT; da dispensa prévia sem negociação coletiva (art. 477-A da CLT) ante a Convenção nº 154 da OIT; da prevalência do negociado sobre o legislado em determinadas matérias (Lei nº 13.467/2017. 611-A e 611-B da CLT) ante as Convenções nº 98 e 154 da OIT; da proibição da ultratividade das normas coletivas (art. 614, § 3º, da CLT) ante as Convenções nº 98 e 154 da OIT; e do art. 844 da CLT ante o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ainda, entende que demanda interpretação conforme as disposições referentes ao teletrabalho (art. 62, inc. III, da CLT) a fim de compatibilizá-las com a Convenção nº 155 da OIT, para que os direitos referentes à saúde e à segurança no trabalho sejam resguardados.⁹³⁹⁴

Do cenário exposto, tem-se que a Reforma Trabalhista, apesar de não ser unanimidade, pode, para além de dispositivos constitucionais, ter violado *standards* internacional que refletem o patamar civilizatório que se busca imprimir às relações de trabalho. Assim, a Lei nº

⁹² SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 16.

⁹³ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, 2021.

⁹⁴ Nada obstante, cumpre consignar a existência de posicionamentos em sentido contrário, ressaltando ter sido pertinentes e necessárias as alterações promovidas. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, por exemplo, exalta as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 relativamente à interpretação, aplicação e integração do direito do trabalho, em especial aquelas que dizem respeito à autocontenção judicial. Defende que as alterações devem ser entendidas em um contexto de reação política a excessos da jurisprudência trabalhista, como na temática da validade das normas coletivas. Ela destaca que a Lei nº 13.467/2017, ao fixar mecanismos legais de proteção à segurança jurídica, teria intencionado combater o ativismo judicial e a instabilidade que o acompanha, porquanto, segundo entende, juízes ativistas tendem a desconsiderar a jurisprudência em privilégio de suas próprias concepções de justiça. Para essas e outras considerações, ver: PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. O art. 8º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 13.467/2017: uma reação hermenêutica ao ativismo judicial? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 85, n. 1, p. 20-21, jan./mar. 2019. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/157116/2014_peduzzi_maria_art8lei13467_reacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 31-01-2021.



13.467/2017 abre um importante caminho para que se possa discutir e aplicar o controle de convencionalidade em matéria trabalhista no direito brasileiro.⁹⁵

Dito isso, dá-se continuidade à pesquisa investigando se os juízes de 1º grau do TRT da 21ª Região têm utilizado ou não do controle de convencionalidade para examinar a validade das alterações promovidas nas normas internas pela Reforma Trabalhista e, em caso afirmativo, se têm observado as diretrizes interpretativas abordadas no tópico anterior.

6 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELOS JUÍZES DE 1º GRAU DO TRT DA 21ª REGIÃO

Realizadas as buscas no portal eletrônico do TRT da 21ª Região, utilizando-se como marco temporal o período entre 17-11-2017 e 22-11-2021 e como termo de busca a expressão “controle de convencionalidade”, foram encontradas 109 (cento e nove) sentenças.

Na Ação Trabalhista – Rito Ordinário ATOrd nº 0001002-05.2019.5.21.0042, julgada em 15-5-2021, o Juízo da 9ª Vara do Trabalho de Natal consignou ser dever do Magistrado brasileiro realizar o controle de convencionalidade. Apesar de ter reconhecido sua possibilidade, a convencionalidade ou não de determinada norma não foi objeto de análise na sentença em comento.

Na Ação Trabalhista – Rito Ordinário nº RTOrd 0000020-16.2017.5.21.0024, julgada em 30-7-2018, o resultado da busca foi positivo porque o Juízo da Vara de Trabalho de Macau transcreveu um acórdão da 7ª Turma do TST, que, realizando controle de convencionalidade, havia entendido ser possível a cumulação entre o adicional e insalubridade e do periculosidade, matéria não pertinente ao presente estudo.

Todas as demais sentenças foram proferidas pela mesma juíza. Tendo em vista a possibilidade de se estar diante de um entendimento já firmado, foram examinadas, por amostragem, as 30 últimas sentenças proferidas pela magistrada e foi observado que o controle de convencionalidade foi realizado sobre a mesma matéria. As sentença em questão afastam a validade do art. 791-A, §4º da CLT, inserido pela Lei nº 13.467/2017, no aspecto em que autoriza

⁹⁵ CORDEIRO, Wolney de Macedo. O controle de convencionalidade e reforma trabalhista: adequação da Lei nº 13.467/2017, de 13.07.2017 aos padrões regulatórios da Organização Internacional do Trabalho. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 395.



a dedução dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para pagamento de honorários sucumbenciais devidos ao advogado da parte adversa.

Cita-se como exemplo a decisão proferida na Ação Trabalhista - Rito Ordinário ATOrd nº 0000291-25.2021.5.21.0011, julgada em 10-11-2021. A magistrada afirmou que a norma interna brasileira não se coaduna com art. 9º da Convenção da OIT nº 95, que proíbe qualquer desconto dos salários para assegurar pagamento direto ou indireto do trabalhador ao empregador, a representantes deste ou a qualquer intermediário com o fim de obter ou conservar um emprego. Concluiu que a norma introduzida pela Reforma Trabalhista, além de inconstitucional, “não suplanta o imprescindível controle de convencionalidade”.

A pesquisa realizada demonstra que, apesar da existência de argumentos no sentido da incompatibilidade de várias alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 com o Direito Internacional do Trabalho, o tema ainda não repercutiu nos julgados dos juízes de primeiro grau da Justiça do Trabalho no Rio Grande do Norte (primeira constatação). Nesse âmbito, apenas 3 juízes manifestaram-se no sentido da possibilidade do controle de convencionalidade no período a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, sendo que dois dos julgados não têm conexão com a lei supracitada. Dos três juízes identificados, apenas uma juíza empreendeu efetivo controle de convencionalidade sobre norma inserida pela Reforma Trabalhista, ainda que não se concorde com o parâmetro empregado para a análise da convencionalidade do art. 791-A, § 4º, da CLT (segunda constatação), conforme exposto adiante.

A primeira constatação corrobora o argumento doutrinário anteriormente citado de que existe uma resistência ou, pelo menos, uma baixa adesão na Justiça do Trabalho à realização do controle de convencionalidade. Situação semelhante já havia sido constatada por Thiago Oliveira Moreira, que observou um total escanteamento das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.⁹⁶

Francisco Camargo Alves Lopes Filho e Thiago Oliveira Moreira identificaram que o referido órgão ainda não aplica a CADH diretamente, aparentando aplicar a Convenção na maior

⁹⁶ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRRN, 2015, p. 216.



parte dos casos quando adotam orientação de algum tribunal superior. Observaram, ainda, que, não foi realizado de modo explícito qualquer controle de convencionalidade.⁹⁷

Ocorre que a quase inexistente utilização do controle de convencionalidade como forma de aprimorar a proteção dos direitos humanos não se restringe a tribunais locais, mas também ao próprio Supremo Tribunal Federal (STF), como aponta Sidney Guerra. O jurista verificou, realizando uma busca no portal eletrônico daquela Corte pela expressão “controle de convencionalidade”, apenas dois acórdãos. Enfatiza que o STF nem sequer aplica o art. 29 da CADH, que consagra o princípio *pro persona*. Em sua visão, tal constatação demonstra um completo desprezo ao SIPDH e, conseqüentemente, ao próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos, impactando negativamente no pleno alcance dos objetivos almejados pelos referenciais de acesso à Justiça.⁹⁸

Conforme exorta Thiago Oliveira Moreira, o Judiciário nacional precisa romper com paradigmas conservadores e voltar-se para a realidade transnacional contemporânea, pois é seu dever aplicar as normas decorrentes das fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como considerar, quando da análise dos casos submetidos a sua apreciação, a interpretação que as Cortes Internacionais conferem a essas normas.⁹⁹

Wolney de Macedo Cordeiro atribui aquela resistência também a ausência de uma estrutura jurídica mais sólida no que diz respeito à aplicação direta do Direito Internacional, o que dificulta a consolidação de uma jurisprudência unívoca. Acrescenta que a jurisprudência trabalhista ainda engatinha no tema do controle de convencionalidade, por não ter sido possível, ainda, a construção de um sistema claro e objetivo de controle convencional.¹⁰⁰ Nesse cenário, a

⁹⁷ Para melhores detalhes, cf. LOPES FILHO, Francisco Camargo Alves; MOREIRA Thiago Oliveira. O emprego da Convenção Americana de Direitos Humanos na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 14, n. 3, p. 137, 20 ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/25360/14611>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁹⁸ GUERRA, Sidney. O Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: um estudo em comemoração aos 30 anos da Constituição de 1998. **Revista Jurídica**, vol. 04, nº. 53, Curitiba, 2018. pp. 493-494. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.53.20.pdf. Acesso em: 2 dez. 2021.

⁹⁹ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015, p. 217.

¹⁰⁰ CORDEIRO, Wolney de Macedo. O controle de convencionalidade e reforma trabalhista: adequação da Lei nº 13.467/2017, de 13.07.2017 aos padrões regulatórios da Organização Internacional do Trabalho. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 390-393.



Lei nº 13.467/2017 apresenta-se, de fato, como uma oportunidade para difusão e aperfeiçoamento do controle de convencionalidade em matéria trabalhista.

Por fim, a segunda constatação apresentada como resultado da pesquisa é a de que, apesar de louvável o entendimento consignado pela magistrada, no sentido de ter realizado uma análise da compatibilidade da norma inserida na CLT à luz de uma norma internacional, chama a atenção o fato de a norma invocada não dizer respeito exatamente ao tema dedução de créditos trabalhistas para o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais.

Embora seja possível afirmar a intangibilidade dos rendimentos do trabalhador, de natureza alimentar, observa-se que o art. 9º da Convenção nº 95 da OIT trata exclusivamente do desconto salarial para “o fim de obter ou conservar um emprego”, situação que não se amolda aos casos apreciados pela juíza. Logo, é possível afirmar que a norma internacional invocada não versa sobre a mesma hipótese trazida pela norma interna declarada inválida.

Nesse sentido, e tendo em vista que a aplicabilidade do controle jurisdicional de convencionalidade ainda encontra muita resistência no âmbito trabalhista, cumpre destacar a advertência feita por Platon Teixeira de Azevedo Neto de que tal controle deve ser realizado de forma responsável, objetiva e criteriosa. Para o autor, deixar de aplicar uma norma interna sem um fundamento consistente pode gerar um descrédito do sistema judiciário, bem como prejudicar o avanço do controle de convencionalidade no Brasil. O amadurecimento desse sistema exige um uso racional e adequado da técnica, de modo que haja respeito às decisões tomadas e que elas sejam mantidas pelas cortes superiores, em caso de eventual recurso.¹⁰¹

7 CONCLUSÃO

O controle jurisdicional de convencionalidade consiste no exame vertical material de compatibilidade de um ato, comissivo ou omissivo, ou norma internos com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país, a ser realizado, de ofício ou por provocação, por qualquer juiz ou tribunal interno. A técnica representa um aprimoramento do controle de validade de atos ou normas, pois, para serem válidos, não é suficiente que sejam compatíveis com a constituição nacional, mas também com os tratados de direitos humanos, devendo passar, assim, por um duplo crivo de compatibilidade vertical material. Nessa análise,

¹⁰¹ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021, p. 71.



não prevalece o critério hierárquico para a solução do caso concreto, mas o princípio *pro persona*, prevalecendo, no caso concreto, a norma que melhor assegura ou mais amplia os direitos da pessoa humana.

Cuida-se de ferramenta que tem o potencial de promover a compatibilização das normas internas com o padrão civilizatório reconhecido pelas normas de direito internacional dos quais a República Federativa do Brasil faz parte, o que merece o conhecimento e aprofundamento de toda a comunidade jurídica.

A pesquisa realizada no portal eletrônico do Tribunal Regional da 21ª Região corroborou, pelo menos no âmbito do estado do Rio Grande do Norte, que a técnica do controle de convencionalidade engatinha a passos lentos, para não dizer que praticamente não é utilizado. Apesar da existência de argumentos no sentido da incompatibilidade de várias alterações promovidas na CLT pela Lei nº 13.467/2017 com o Direito Internacional do Trabalho, o tema ainda não repercutiu nos julgados dos juízes de primeiro grau da Justiça do Trabalho no estado do Rio Grande do Norte.

Nesse âmbito territorial, apenas uma magistrada realizou controle de convencionalidade sobre uma norma inserida pela Reforma Trabalhista, qual seja: o art. 791-A, § 4º, da CLT. Embora aplaudível o entendimento perfilhado pela juíza, no sentido de ordenamento pátrio admitir o controle de convencionalidade, observa-se que a norma internacional invocada como parâmetro não guarda perfeita pertinência com a norma afastada.

Conclui-se que, para além de realizar o controle de convencionalidade, os juízes internos devem realizar tal atividade de forma criteriosa, evitando invocar normas contidas em tratados que não guardem estreita relação com a norma interna examinada, a fim evitar a perpetuação da resistência jurisprudencial à aplicação da técnica, bem como conferir melhores chances de a sentença ser confirmada em caso de eventual recurso.

8 REFERÊNCIAS

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Controle de convencionalidade em matéria trabalhista**. Brasília: Venturoli, 2021.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008.



BOMFIM, Brena Késsia Simplício. **Controle de convencionalidade na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Princípios de Direito do Trabalho sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista: Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. São Paulo: Método, 2017.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. O controle de convencionalidade e reforma trabalhista: adequação da Lei nº 13.467/2017, de 13.07.2017 aos padrões regulatórios da Organização Internacional do Trabalho. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 377 – 404.

COSTA, Maria Francimar Carvalho. O desenvolvimento progressivo previsto no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Princípio da Reserva do Possível. In: MOREIRA, Thiago Oliveira; GURGEL, Yara Maria Pereira; LOPES FILHO, Francisco Camargo. **Direito internacional dos direitos humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade**. Natal: Polimata, 2021, p. 249-268.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **Controle de convencionalidade: novo paradigma para a magistratura brasileira**. São Paulo: Noeses, 2018.

GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica**, vol. 01, nº. 46, Curitiba, 2017, p. 1 – 21. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1994/1275>. Acesso em: 2 dez. 2021.

GUERRA, Sidney. O Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: um estudo em comemoração aos 30 anos da Constituição de 1998. **Revista Jurídica**, vol. 04, nº. 53, Curitiba, 2018. pp. 467 – 496. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.53.20.pdf. Acesso em: 2 dez. 2021.



GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. **Contornos Atuais do Controle de Convencionalidade Doméstico**. In.: Los Desafios Jurídicos a La Gobernanza Global: una perspectiva para los próximos siglos. 1º ed. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2017.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. 2007. 311 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

LOPES FILHO, Francisco Camargo Alves; MOREIRA Thiago Oliveira. O emprego da Convenção Americana de Direitos Humanos na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 14, n. 3, p. 112 – 139, 20 ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/25360/14611>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: SALAZAR UGARTE, Pedro CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. **La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma**. Mexico: Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 2011. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/11939/interpretacion-conforme-y-control-difuso-de-convencionalidad-el-nuevo-paradigma-para-el-juez-mexicano.pdf?sequence=15&isAllowed=y>. Acesso em: 14 nov. 2021.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. Podem os tratados de direitos humanos não “equivalentes” às emendas constitucionais servir de paradigma ao controle concentrado de convencionalidade? In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 145 – 153.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.



MOREIRA, Thiago Oliveira. **Algumas Experiências Andinas em Matéria de Controle de Convencionalidade**. In.: CARVALHO, David França Ribeiro de (Org.). *Diálogos com o Direito Internacional: uma necessária transdisciplinaridade*. Vol. II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 125 – 145.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas. In. MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. Anais do XV CBDI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 251 – 271.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **O Exercício do Controle de Convencionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do voto do Min. Ribeiro Dantas**. In.: Revista FIDES, 15 ed., v. 8, n. 1. Natal: 2017, p. 99 – 103.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. O art. 8º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 13.467/2017: uma reação hermenêutica ao ativismo judicial? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 85, n. 1, p. 19 – 33, jan./mar. 2019. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/157116/2014_peduzzi_maria_art8lei13467_reacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 31-1-2021.

PEREIRA, Rodrigo Clemente de Brito. Controle de convencionalidade na via concentrada. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 185 – 206.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 497 – 524. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67955/70563>. Acesso em: 3 dez. 2021.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2018.



**DESASTRES AMBIENTAIS NO MEIO MARINHO EM DECORRÊNCIA
DO DERRAMAMENTO DE ÓLEO: A (IN)SUFICIÊNCIA DOS
INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE MITIGAÇÃO DO DANO E RESPOSTA
EFICAZ**

**ENVIRONMENTAL DISASTERS IN THE MARINE ENVIRONMENT AS A
RESULT OF THE OIL SPILL: THE (IN) SUFFICIENCY OF LEGAL
INSTRUMENTS FOR DAMAGE MITIGATION ANDE EFFECTIVE
RESPONSE**

Livia Maria Sousa¹

Tarin Cristino Frota Mont'alverne²

Resumo: A industrialização dos oceanos tem aumentado os níveis de poluição causando desequilíbrio ecológico, perda da biodiversidade e severas alterações do clima ao longo dos anos. Neste contexto, o transporte e a extração de petróleo e seus derivados têm contribuído de forma fundamental para o aumento do risco de desastres ambientais, potencializando a vulnerabilidade do sistema. Apesar das complexas interações no meio ambiente marinho, onde uma interferência numa dada esfera pode gerar externalidades positivas ou negativas em outra, os mares e oceanos estão divididos por linhas imaginárias, denominadas de fronteiras, por isso cada vez mais ganha força o movimento da comunidade internacional voltado à cooperação internacional e ao compartilhamento de informações e de responsabilidades. O Brasil é signatário das principais

¹ Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Processo Civil. Já exerceu os cargos de Promotora de Justiça nos Estados do Piauí (2002-2004) e do Rio Grande do Norte (2004-2008). Membro do Ministério Público Federal desde 2008. Ex-Procuradora Regional Eleitoral no Estado do Ceará.

² Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Foi Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2016-2019). Foi Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2012-2016). Doutora em Direito Internacional do Meio Ambiente - Universidade de Paris e Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional Público - Universidade de Paris. Diretora da International Law Association- Brasil. Coordenadora do Modulo Jean Monnet. Pesquisadora do Centro de Excelencia Jean Monnet- UFMG. Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI). Coordenadora do Projeto de Pesquisa em Direito do Mar. Foi Professora Convidada na Universidade Paris-Saclay, Universidade de Paris e Universidade La Rochelle. Bolsista por produtividade - PQ.



Convenções que visam à proteção e à regulação do espaço marinho, contudo a ocorrência cada vez mais frequente de desastres ambientais exige a construção de um cenário político-institucional que propicie uma adequada gestão do risco. A partir da análise da atuação dos órgãos governamentais nos recentes incidentes de derramamento de óleo na costa brasileira, pretende-se demonstrar que o país não tem dado a devida atenção aos instrumentos jurídicos voltados à fase de resposta e mitigação de danos ao meio ambiente marinho, inexistindo uma efetiva coordenação no nível federal. As severas falhas no gerenciamento do risco evidenciam a necessidade de planejamento e coordenação para que a resposta ao desastre no meio ambiente marinho seja imediata e possa mitigar os danos sofridos. Uma eficaz gestão de riscos necessita de instrumentos jurídicos capazes de dar uma pronta resposta e mitigar as perdas ambientais, materiais e humanas. O trabalho é, predominantemente, teórico, buscando estabelecer um diálogo entre correntes doutrinárias que tratam do tema das catástrofes em meio marinho, demonstrando lacunas e inquietações; e bibliográfico, uma vez que se desenvolve a partir de material já elaborado, especialmente consultas a documentos oficiais, livros, teses e artigos científicos.

Palavras-chaves: Desastres ambientais. Meio ambiente marinho. Derramamento de óleo. Gerenciamento do risco.

Abstract: The rampant economic use of the oceans has increased levels of pollution causing ecological imbalance, loss of biodiversity and severe climate changes over the years. In such context, the transportation and extraction of oil and its derivatives have fundamentally contributed to the increased risk of environmental disasters, increasing the vulnerability of the marine environment. Despite the complex interactions in the marine environment, where an interference in a given sphere can generate positive or negative externalities in another, the seas and oceans are divided by imaginary lines, called borders, so the movement of the international community is increasingly gaining strength focused on international cooperation and the sharing of information and responsibilities. Brazil is a signatory to the main Conventions aimed at protecting and regulating the marine space, however, the increasingly frequent occurrence of environmental disasters requires the construction of a political-institutional scenario that provides adequate risk management. From the analysis of the performance of government agencies in recent incidents of oil spills off the Brazilian coast, it is intended to demonstrate that the country has not paid due attention to legal instruments aimed at the phase of response and mitigation of



damage to the marine environment, there is no effective coordination at the federal level. The severe failures in risk management show the need for planning and coordination so that the response to the disaster in the marine environment is immediate and can mitigate the damage suffered. Effective risk management requires legal instruments capable of providing a prompt response and mitigating environmental, material and human losses. The work is predominantly theoretical, seeking to establish a dialogue between doctrinal currents that deal with the theme of catastrophes in the marine environment, demonstrating gaps and concerns; and bibliographical, since it is developed from material already prepared, especially consultations to official documents, books, theses and scientific articles.

Keywords: Environmental disasters. Marine environment. Oil spill. Risk management.

Sumário: 1 Introdução – 2 Adequação do conceito normativo de desastres para meio ambiente marinho? – 2.1 Definição jurídica de desastre no meio marinho – 3 O (re)conhecimento dos instrumentos jurídicos como estratégia para resposta a desastres ambientais – 3.1 Resposta a desastres ambientais como forma de prevenção recorrência destes eventos extremos a partir da normatização – 4 Avanços e desafios no gerenciamento do risco de desastres decorrente do derramamento de óleo no meio marinho – 4.1 Quadro normativo para proteção contra poluição marinha por hidrocarbonetos e seu reflexo no gerenciamento do risco de desastre – 4.2 Plano Nacional de Contingência: Pronto acionamento em situação de desastre? – 4.3 Instrumentos de coordenação e cooperação institucional para resposta a desastre em meio marinho: inadequada aplicação? – 5 Conclusão – 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A percepção de desastres ambientais como sendo resultado de fato exclusivamente da natureza não se coaduna com o desenvolvimento da ciência na atualidade. Isso pode ser mais claramente observado nos desastres ocorridos no meio ambiente marinho, onde a ação antrópica tem sido causa direta desses eventos catastróficos, com prejuízos incalculáveis à biodiversidade marinha e à segurança humana³.

³ A expressão “segurança humana” utilizada neste trabalho tem o sentido que lhe foi dado pela Resolução aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de setembro de 2012, a qual avançou para, além de uma política voltada à repressão de crimes, garantir o direito à vida e à dignidade do ser humano, por meio de uma abordagem de todo o espectro dos direitos fundamentais (UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/RES/66/290, 10**



De fato, a intensificação do uso dos oceanos pelo homem está diretamente relacionada ao risco de desastres, uma vez que o aumento dos níveis de poluição contribui para intensificar a vulnerabilidade do espaço marinho, potencializando os danos decorrentes desse evento extremo.

A preocupação com a poluição marinha no âmbito internacional pode ser observada na Convenção de Montego Bay, aprovada em 1992, no âmbito das Nações Unidas, na medida em que trouxe uma definição ampla, buscando reduzir ou eliminar a introdução de substâncias no meio marinho que possa trazer efeitos nocivos ao ambiente ou prejudicar as atividades desenvolvidas⁴.

Assim as medidas de controle da poluição por navios e de proteção ambiental devem envolver necessariamente ações para reduzir os níveis de emissão de poluentes no ar, em particular de enxofre, reduzir o lixo marinho, proteger à biodiversidade em áreas fora da jurisdição nacional, implementar o gerenciamento de água de lastro entre outras que estão relacionadas a um transporte ambientalmente sustentável, conforme reconheceu o Secretário Geral da OMI Kitack Lim na 122ª Sessão da Organização Marítima Internacional.⁵ Nesse cenário, o impacto do transporte marítimo de mercadorias tem sido bastante significativo, já que continua sendo considerado a espinha dorsal do comércio globalizado, com mais de quatro quintos do comércio mundial de mercadorias em volume tem sido transportado por via marítima.

Assim, apesar de haver sido registrada uma desaceleração do crescimento do comércio marítimo internacional em 2018, devido a indicadores econômicos menos favoráveis num contexto de maior incerteza, esse mesmo período, representou um marco no transporte marítimo,

September 2012. New York: United Nations, 2012. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/66/290>. Acesso em: 5 jul. 2020).

⁴ Considera-se Poluição Marinha na Convenção Internacional sobre Direito do Mar a “[...] a introdução pelo homem, direta ou indiretamente, de substâncias ou de energia no meio marinho, incluindo os estuários, sempre que a mesma provoque ou possa vir provocar efeitos nocivos, tais como danos aos recursos vivos e à vida marinha, riscos à saúde do homem, entrave às atividades marítimas, incluindo a pesca e as outras utilizações legítimas do mar, alteração da qualidade da água do mar, no que se refere à sua utilização, e deterioração dos locais de recreio” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar [Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982]. In: BRASIL. **Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990.** Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Brasília, DF: Presidência da República, 1990, p. 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and99165-90.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021).

⁵ Disponível em: <http://www.imo.org/en/mediacentre/pressbriefings/pages/17--world-maritime-theme-for-2020.aspx>. Acesso em: 5 jul. 2020.



uma vez que volume total alcançou 11 bilhões de toneladas, como demonstra o Relatório da UNCTAD.⁶

O crescimento do transporte marítimo reflete na necessidade de intensificar as medidas de proteção ao meio ambiente, uma vez que, conforme o referido Relatório da UNCTAD⁷, os produtos que mais contribuíram para esse crescimento foram os bens transportados a granel, seguidos de carga em contêiner, outros granéis secos, petróleo, gás e produtos químicos.

Assim, verifica-se que cerca de mais de oito mil petroleiros navegam nos mares e oceanos, sendo que o transporte de petróleo representa quase um terço do comércio marítimo mundial, e, nos últimos vinte anos, houve um incremento na capacidade dos navios que transportam óleo e seus derivados. Ainda, conforme concluiu a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, os embarques de petróleo bruto totalizaram 3,194 bilhão de toneladas em 2018⁸. Acrescente-se a isso que, segundo projeções da UNCTAD, o comércio marítimo internacional seguirá em expansão durante o período de 2019 a 2024, com perspectiva de crescimento anual de 3,4%⁹.

A par do crescimento do transporte marítimo e aumento dos riscos de desastres em decorrência desta atividade, avançam estudos científicos que apontam para a relação direta entre os oceanos e as mudanças climáticas, sendo a conservação do meio ambiente marinho fundamental para proteção do sistema climático contra mudanças induzidas pelo homem, conforme reconhece a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática ao enunciar em seu preâmbulo “[...] a importância dos sumidouros e reservatórios de gases de efeito estufa nos ecossistemas terrestres e marinhos”¹⁰.

É nesse cenário desafiador que cresce o reconhecimento da importância dos oceanos para o planeta. Assim ao lado da industrialização dos oceanos, percebe-se a necessidade de desenvolver instrumentos jurídicos voltados ao gerenciamento do risco de desastres ambientais, mediante a adoção de medidas de prevenção, bem como do desenvolvimento de técnicas que permitam uma resposta eficiente e eficaz de todos os envolvidos em caso de ocorrência do evento extremo.

⁶ Ver tabelas 1.3 e 1.4, Relatório Disponível em: <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2563>. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁷ UNCTAD, 2019.

⁸ UNCTAD, 2019.

⁹ UNCTAD, 2019.

¹⁰ Organização das Nações Unidas, 1992.



A recorrência de grandes desastres no meio marinho tem despertado preocupação internacional com a proteção desse ambiente, contribuindo para o avanço da regulação no direito internacional dos mares e oceanos, áreas tradicionalmente reconhecidas como de uso comum, abrindo-se espaço para estabelecimento de obrigações dos Estados costeiros de adotar medidas para prevenir e reduzir a ocorrência desses eventos extremos.

O tema é particularmente importante para o Brasil que conta com uma extensa área oceânica, com cerca de 5,7 milhões de quilômetros quadrados e dele retirados, aproximadamente, 95% do petróleo, 80% do gás natural e 45% do pescado produzido no país, além de uma rica biodiversidade. Soma-se a isso o fato de que as nossas rotas marítimas são responsáveis pelo escoamento de 95% do comércio exterior brasileiro¹¹.

O certo é que, ainda que seja executada a atividade econômica relativa ao transporte de hidrocarbonetos com diligência, o transporte da mercadoria expõe as pessoas e o meio ambiente a um risco de catástrofe. O incremento do risco decorrente de atividades econômicas no meio marinho que tem levado a comunidade internacional a buscar medidas de prevenção, mitigação e compensação de danos a partir de tratados internacionais, sendo o país signatário das convenções internacionais que se propõe a regular o transporte de substâncias perigosas, particularmente, o petróleo e seus derivados.

No país, a ocorrência do desastre ambiental na bacia do Campo de Frade, Rio de Janeiro em 2012, concorreu para a reformulação do Plano Nacional de Contingência no ano seguinte¹², levantando a questão de saber se os marcos regulatórios atuais são suficientes para responder a uma situação de desastre em meio marinho, se há previsão de recursos humanos e financeiros para atuar em situação de crise e se estão sendo efetivamente testados.

O recente desastre ambiental ocorridos em alto mar e que atingiu a costa brasileira no ano de 2019 suscitou uma inquietação política e doutrinária, sobre a existência dos instrumentos jurídicos adequados para responder à situação de desastres em meio ambiente marinho, bem como a respectiva eficácia dos mesmos.

O presente estudo pretende demonstrar que a vasta normatização internacional não tem sido suficiente para reduzir a ocorrência de desastres, ao contrário, o que se observa é um atraso

¹¹ Informação Disponível em: https://www.mar.mil.br/hotsites/amazonia_azul/index.html. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹² (Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/03/22/vazamentos-no-campo-de-frade-se-devem-a-erros-da-chevron-diz-anp>).



ou lentidão da resposta a desastres pela comunidade internacional. No direito interno, a atuação dos múltiplos atores envolvidos na proteção ambiental exige ferramentas de coordenação que alinhem os envolvidos e os capacite para uma atuação conjunta, definindo âmbito de atribuições e responsabilidade.

O artigo visa analisar, a partir de consulta a documentos oficiais e revisão bibliográfica, como o país vem respondendo a desastres ambientais no meio marinho, quais os instrumentos jurídicos previstos no ordenamento interno e os desafios para uma resposta rápida a um evento catastrófico no meio marinho decorrente de derramamento de óleo. Tem-se como objeto de pesquisa o incidente em navio não identificado que resultou em derrame de óleo no mar que atingiu a costa brasileira em 2019, acarretando incontáveis danos materiais, ambientais e à saúde da população.

O primeiro capítulo foi dedicado a expor o marco jurídico internacional e estatal dos desastres ambientais em meio marinho, abordando o conceito normativo de desastre ambiental com o fim de demonstrar sua aplicabilidade à situação de derramamento de óleo na costa brasileira, e, por conseguinte, o descumprimento dos compromissos internacionais voltados à redução de desastres. Em seguida, apresenta algumas reflexões sobre a necessidade de aplicar as disposições de convenções internacionais a que o país está vinculado, compatibilizando-as com o ordenamento jurídico interno, bem como com as competências da Administração Pública.

Na sequência, abordaremos os instrumentos jurídicos brasileiros que contribuem para o gerenciamento do risco de desastres, com recorte metodológico voltado à fase de resposta e mitigação do dano causado, apontando o déficit de regulação, a dispersão de normas e a sobreposição de competência que dificultaram a pronta resposta ao derramamento de óleo no meio marinho que atingiu a costa brasileira.

2 ADEQUAÇÃO DO CONCEITO NORMATIVO DE DESASTRES PARA MEIO AMBIENTE MARINHO?

A expansão da economia azul¹³, abrangendo indústrias de navegação, pesca, biotecnologia marinha, associada aos ativos naturais e serviços ecossistêmicos que os oceanos

¹³ Conforme denominação trabalhada em documento da UE sobre <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2021:240:FIN>



fornecem, demonstram sua importância no enfrentamento dos desafios globais do planeta desde segurança alimentar e as mudanças climáticas, até o fornecimento de energia¹⁴.

Assim, ao lado da preocupação tradicional com a liberdade das navegações, a comunidade internacional vem evoluindo no sentido de prevenir, reduzir e controlar a poluição marinha, o que se pode observar a partir da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, a qual expressamente dispõe sobre o dever fundamental de proteger e preservar o meio ambiente marinho¹⁵. O mencionado documento criou uma nova ordem jurídica para mares e oceanos, reafirmando, logo em seu preâmbulo, a necessidade de proteção e de preservação do meio marinho em todos os espaços, incluindo superfície, solo e subsolo, bem como a conservação dos recursos vivos e não vivos.

Todavia, embora os oceanos tenham um elevado potencial, a intensa poluição causada pelo homem tem contribuído diretamente para o esgotamento de recursos naturais, redução da biodiversidade, mudanças climáticas, cujas consequências são sentidas não só no local em que se deu a ação antrópica poluidora, mas em todo ecossistema marinho, já que uma intervenção em dada esfera tem o potencial de gerar externalidades positivas ou negativas em outra esfera, independente da linha imaginária traçada pelo homem e denominada de fronteira. Assim a regulação e governança do espaço marinho é interesse de toda comunidade internacional.

Ademais, sérias consequências do ponto de vista ambiental, humano, econômico e social decorrente do elevado nível de poluição causado por incidentes de derramamento de óleo justifica a adoção de instrumentos jurídicos previstos para lidar com uma situação de desastre, buscando intensificar as ações de prevenção e de preparação para resposta em caso de sua ocorrência, combinadas com as lições apreendidas em desastres do passado.

¹⁴ Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/16e4aefb-en/index.html?itemId=/content/component/16e4aefb-en>. Acesso em: 5 jul. 2020.

¹⁵ O artigo 1, inciso IV, da Convenção do Mar, define poluição do meio marinho “[...] a introdução pelo homem, direta ou indiretamente, de substâncias ou de energia no meio marinho, incluindo os estuários, sempre que a mesma provoque ou possa vir a provocar efeitos nocivos, tais como danos aos recursos vivos e à vida marinha, riscos à saúde do homem, entrave às atividades marítimas, incluindo a pesca e outras utilizações legítimas do mar, alterações da qualidade da água do mar, no que se refere à sua utilização e deterioração dos locais de recreio” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar [Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982]. In: BRASIL. **Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Brasília, DF: Presidência da República, 1990, p. 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and99165-90.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021).



Como destaca Soares, os espaços marinhos são o meio ambiente que mais tem sofrido danos de natureza catastrófica, a partir da entrada em cena de superpetroleiros, navios superdimensionados em tamanho, que levam com eles os riscos de uma extraordinária capacidade de destruição do meio ambiente marinho e, por conseguinte, das atividades comerciais e de lazer¹⁶.

A poluição marinha tem sido considerada como a introdução pelo homem, direta ou indiretamente, de substâncias ou energia no meio ambiente marinho, tendo como resultado efeitos nocivos, como danos para os recursos vivos, riscos para a saúde humana, obstáculos às atividades marítimas, alteração da qualidade da água do mar e redução do meio marinho do ponto de vista recreativo¹⁷

Nessa mesma linha, a Convenção de Montego Bay trouxe uma definição ampla para o conceito de poluição marinha, ao se referir a alteração antropogênica do equilíbrio do meio marinho que possa trazer efeitos nocivos ao ambiente ou prejudicar as atividades desenvolvidas¹⁸. Para Scalassara, a definição trazida pela Convenção de Montego Bay é inovadora na medida em que abrange um dano efetivo, mas também uma situação preventiva ao fazer referência a danos potenciais, além de considerar poluição a introdução direta ou indireta de substâncias no meio marinho, o que envolve a poluição proveniente da terra e da atmosfera¹⁹.

¹⁶ SOARES, Guido Fernando da Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 7.

¹⁷ GESAMP, n. 39, 1990. O *Joint Group of Experts on the Scientific Aspect of Marine Environmental (GESAMP)* é um órgão consultivo criado no âmbito da Organização das Nações Unidas para apresentar estudos multidisciplinar dos ecossistemas marinhos e atividades humanas que o afetam. Disponível em: <http://www.gesamp.org/about/objectives>. Acesso em: 6 ago. 2020.

¹⁸ Considera-se Poluição Marinha na Convenção Internacional sobre Direito do Mar a “[...] a introdução pelo homem, direta ou indiretamente, de substâncias ou de energia no meio marinho, incluindo os estuários, sempre que a mesma provoque ou possa vir provocar efeitos nocivos, tais como danos aos recursos vivos e à vida marinha, riscos à saúde do homem, entrave às atividades marítimas, incluindo a pesca e as outras utilizações legítimas do mar, alteração da qualidade da água do mar, no que se refere à sua utilização, e deterioração dos locais de recreio” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar [Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982]. In: BRASIL. **Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Brasília, DF: Presidência da República, 1990, p. 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and99165-90.pdf. Acesso em: 17 abr. 2021).

¹⁹ SCALASSARA, Lecir Maria. **Poluição marinha e proteção internacional**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 38.



2.1 Definição jurídica de desastre no meio marinho

Catástrofe ou desastre ambiental não possui uma definição universalmente aceita. Contudo, como observou o Relator Especial da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, Eduardo Valencia-Ospina²⁰, a importância da definição de uma situação que configure desastre ambiental decorre do termo ser o elemento central de instrumentos jurídicos que buscam responder a uma situação de desastre, instituindo um regime próprio e diferenciado para responder em situação de emergência.

A partir da análise dos textos das Convenções que regulam a matéria, podemos observar que o comprometimento das funções ambientais, decorrente de qualquer causa (natural ou humana), enseja o reconhecimento de uma situação de desastre. É o que se observa, por exemplo, na Convenção de Tampere que dispõe sobre o fornecimento de recursos de telecomunicações para mitigação de desastres e para operações de socorro e define desastre como sendo uma ruptura grave no funcionamento da sociedade, “[...] que gera ameaça significativa e generalizada à vida humana, à saúde, à propriedade ou ao meio ambiente, seja causada por um acidente, pela natureza ou pela atividade humana”²¹.

Em sentido semelhante, segue o Projeto de artigo sobre a Proteção das Pessoas em caso de Desastres, da Comissão de Direito Internacional, o qual considera como desastre um acontecimento calamitoso que resulta em perdas massivas de vidas humanas, “[...] grande sofrimento e angústia aos seres humanos, ou danos materiais ou ambientais de grande magnitude, perturbando gravemente o funcionamento de uma sociedade”²². Seguindo a mesma linha, é a definição proposta pela Estratégia Internacional para Redução de Desastres das Nações Unidas.²³

Por sua vez, a Resolução 46/182 que dispõe sobre o Fortalecimento de Coordenação e de Assistência Humanitária de Emergência, considerada uma pedra angular do sistema internacional de resposta a desastres, estabelecendo um marco para o funcionamento e coordenação da assistência humanitária, orientando questões operacionais de prevenção, preparação, capacidade

²⁰ “[...] no existe una definición generalmente aceptada de ese concepto en derecho internacional. Mientras que algunos instrumentos internacionales optan por no definir en absoluto el término, en otros se da una definición de amplio alcance.” (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2008, p. 17).

²¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992.

²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2014. art. 3º.

²³ “[...] séria interrupção do funcionamento de uma comunidade ou sociedade que ocasiona uma grande quantidade de morte ou igual perda e impactos materiais, econômicos e ambientais que excedem a capacidade de uma comunidade ou a sociedade afetada para fazer frente à situação.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. **Estratégia internacional para redução de desastres**. 2009, p. 13-14).



de resposta e coordenação, optou por não trazer um conceito de desastre em seu texto, ampliando assim o âmbito de aplicação.²⁴ Portanto, tem-se a configuração de desastres sempre que ocorrerem perdas materiais, ambientais e humanas, que excedem a capacidade da sociedade afetada de recuperar-se.

Apesar da noção de desastre apresentar uma dimensão mais ampla, Carvalho propõe uma delimitação mais específica, a partir da intersecção do Direito dos Desastres e do Direito Ambiental, que se adequa ao objeto da presente pesquisa. Portanto, na visão do autor, os chamados desastres ambientais “[...] consistem em eventos (de causa natural, humana ou mista) capazes de comprometimento de funções ambientais ou lesões a interesses humanos decorrentes de alguma mudança ambiental”²⁵.

Os desastres ambientais se caracterizam por adquirirem dimensões devastadoras para o meio ambiente e suas consequências se prolongam durante o tempo. Socialmente, o impacto é incomparável quando se compara com a poluição operacional e, quando possível a recuperação, a zona afetada demora grande período de tempo para restaurar o equilíbrio ecossistêmico.

No meio ambiente marinho, o derramamento de hidrocarbonetos tem sido uma das mais recorrentes causas de desastres ambientais, isto porque a nocividade da mencionada substância associada à pressão no sistema de transporte marítimo tem aumentado os riscos da ocorrência desse evento extremo. Além disso a vulnerabilidade decorrente de descargas dessa substância decorrente de fonte terrestre ou atividades operacionais em meio marinho, aumentam a vulnerabilidade do sistema, dificultando a recuperação natural do ambiente marinho em caso da ocorrência de desastres.

O conceito de desastre adotado nos textos normativos internacionais que se propõe a regular o tema é perfeitamente compatível com o derrame de hidrocarbonetos no meio marinho, seja ele instantâneo ou gradualmente configurado, na medida em que pode causar um grande impacto no ecossistema marinho evidenciando risco à segurança humana e à vida marinha, podendo gerar sérios impactos econômicos na zona afetada, acarretando prejuízos graves aos setores pesqueiros, turísticos, entre outros.

²⁴ Disponível em: <https://www.humanitarianresponse.info/sites/www.humanitarianresponse.info/files/documents/files/GA%20Resolution%2046-182.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2020.

²⁵ CARVALHO, Délton W. de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 109-117.



O reconhecimento da situação de desastre em meio marinho impõe a observância do regramento internacional e interno voltado a regular a situação extrema, impondo a adoção imediata de instrumentos jurídicos capazes de gerenciar o risco, mitigando o dano, recuperando a área afetada e, num processo circular de retroalimentação, integrando os diversos estágios e estratégias que envolvem um evento desta natureza (prevenção e mitigação; resposta de emergências; compensação; reconstrução).

Dessa forma, como ensina Carvalho,

[...] as próprias medidas de resposta emergencial, compensação e reconstrução devem realizar o gerenciamento dos riscos de novos desastres, circularmente, de forma integrada, em torno da prevenção de novos desastres ou de agravamento daqueles já em causa.²⁶

Além disso, a relevância atribuída pelo Direito Ambiental à gestão de riscos é potencializada pelo Direito dos Desastres, onde se observa que os processos de avaliação de riscos ambientais, já operacionalmente tratados pelo Direito Ambiental, por meio de instrumentos e mecanismos jurídicos, (tais como Estudo do Impacto Ambiental, Avaliação de Risco Ambiental, Plano de Controle Ambiental) ganham especial importância, uma vez que ainda que os riscos gerenciados sejam considerados de baixas probabilidades e as consequências são consideradas catastróficas²⁷.

Acrescente-se ainda que o reconhecimento da adequação do conceito normativo de desastre para meio ambiente marinho autoriza a utilização dos instrumentos jurídicos previstos no Quadro de Sendai para Redução do Risco de Desastre 2015-2030 para prevenir danos em meio marinho e fornece uma base para um transporte marítimo ambientalmente sustentável em consonância com o Objetivo 14 do Desenvolvimento Sustentável.²⁸

Assim, a poluição pode configurar um desastre ambiental. Esta não ocorre com a mesma frequência das poluições consequentes das práticas operacionais, contudo causa grande impacto nos ecossistemas marinhos demonstrando a necessidade da adoção de medidas urgentes que importem na redução de riscos e normas de regulação que mitiguem os danos dessa classe de acidentes que põe em risco a segurança humana e a vida marinha.

²⁶ CARVALHO, Délton W. de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 115.

²⁷ *Ibid.*, p. 120.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015.



Ainda, conforme demonstraremos no item seguinte, os desastres ambientais causados por derramamento de óleo, ainda quando ocorrido em alto-mar, tem afetado a vida e a saúde humana no continente, além de gerar sérios impactos econômicos na zona afetada, acarretando prejuízos graves aos setores pesqueiros, turísticos, entre outros. Os desastres ocasionados, especialmente por navios petroleiros, por colisão, encalhe ou explosão das embarcações possuem um elevado grau de periculosidade dos danos provocados aos ecossistemas marinhos, conforme demonstraremos no item seguinte.

Portanto, podemos afirmar que o derramamento de óleo cru em alto mar, envolvendo embarcação ainda não identificada, que atingiu a costa brasileira em agosto de 2019, impactando Estados da Região Nordeste e Sudeste impactando unidades de conservação federal, a biodiversidade marinha, praias e acarretando risco à saúde da população, insere-se no conceito normativo de desastre ambiental.²⁹

3 O (RE)CONHECIMENTO DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS COMO ESTRATÉGIA PARA RESPOSTA A DESASTRES AMBIENTAIS

Os avanços tecnológicos demonstram cada vez mais a possibilidade de o homem atuar de forma racional na hipótese de ocorrência de desastres, seja na fase de antecipação do risco, prevenindo a ocorrência desses eventos extremos, ou mesmo mitigando seus efeitos. O direito, como regulador de condutas, busca se antecipar a eventos extremos, com objetivo de, não sendo possível prevenir a ocorrência de catástrofes, orientar a atuação dos atores envolvidos com o fim responder de forma efetiva, mitigando os danos causados.

De fato, é função do direito fornecer estabilidade através da normatização de condutas, tanto para evitar como para responder à situação de emergência trazida pelo desastre, regulando às ações de antecipação e de respostas diante da ocorrência desses eventos extremos. Contudo, por se apresentarem como eventos repentinos e dinâmicos, os desastres dificultam não apenas a nitidez da importância e da função do direito em responder à situação extrema, como a própria operacionalização de suas normas³⁰.

²⁹ MONTALVERNE, Tarin Cristino Frota. Oil spill in South Atlantic (Brazil): Environmental and governmental disaster. *Marine Policy*, v. 115, 103879, May 2020.

³⁰ *Op. cit.*, p. 215.



3.1 Resposta a desastres ambientais como forma de prevenção recorrência destes eventos extremos a partir da normatização

Regular o transporte marítimo tem sido tradicionalmente um campo reservado ao Direito Internacional, especialmente por razões econômicas, já que essa é uma das formas mais utilizadas pelo comércio global, movimentando, aproximadamente setenta por cento da carga transportada entre portos nacionais e internacionais, sendo que, como muito bem anotou Heck, noventa por cento da carga transportada pelos mares e oceanos se refere a óleo e seus derivados³¹.

A Convenção sobre Direito do Mar de 1982, mesmo não se propondo diretamente a regular uma situação de desastre ambiental em meio marinho, apresentou um avanço em matéria de prevenção e resposta a esses eventos extremos, na medida em que dispõe sobre responsabilidade dos Estados de bandeira e dos Estados costeiros na prevenção e controle da poluição marinha.³²

Dessa forma, para os Estados costeiros, como o Brasil, a referida convenção avançou ao reconhecer a existência do interesse legítimo de agir para prevenir, atenuar ou eliminar perigo grave e iminente para seu litoral, resultante de poluição ou ameaça de poluição, decorrente de qualquer atividade realizada em meio marinho, mesmo que fora da jurisdição do Estado costeiro³³.

Os desastres ambientais decorrentes do derramamento de óleo e seus derivados no meio marinho tem sensibilizado de maneira extraordinária a opinião mundial, tanto em razão dos efeitos nocivos dessas substâncias para os recursos vivos³⁴, bem como diante da recorrência

³¹ HECK, Mariana. Ação normativa da organização marítima internacional e seus instrumentos em face da poluição marítima por óleo causada por navios. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 9, n. 3, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/2051/1952>. Acesso em: 20 maio 2020.

³² Ver artigos 94 e 142 da Convenção sobre Direito do Mar. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 7 maio 2020.

³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1982.

³⁴ Como consequência do derramamento de óleo em ambientes aquáticos, cita-se a interferência nas trocas gasosas na superfície e, conseqüentemente, na redução dos processos de autodepuração, decorrente da redução dos níveis de oxigênio. Há também o efeito biológico direto do petróleo na fauna, que pode causar morte por recobrimento e asfixia, morte por intoxicação, acumulação de compostos carcinogênicos e morte ecológica, que representa perturbações que impedem o organismo de realizar suas funções no ecossistema, podendo progredir para morte.



desse eventos extremos, refletindo diretamente no avanço da normatização internacional pós-desastres³⁵.

Um dos primeiros fatos históricos que resultou na evolução do direito internacional ocorreu com o acidente do barco petroleiro Torrey Canyon, em 1967, que causou o derramamento de cento e vinte mil toneladas de óleo cru, afetando a costa do sudeste da Inglaterra e o norte da França. Esse evento, de proporções catastróficas, refletiu na aprovação de uma Convenção Internacional relativa à intervenção em alto-mar em casos de acidentes que resultem em poluição por hidrocarbonetos, firmada em Bruxelas, em 1969, que autorizava os Estados costeiros a adotar medidas que fossem necessárias para prevenir, mitigar ou eliminar perigo em seu litoral³⁶.

Pouco tempo depois, a crescente preocupação com os detritos de navios resultou na convocação de uma conferência internacional pela Organização Marítima Internacional, na qual se logrou o consenso para adotar uma nova Convenção, que ficou conhecida por MARPOL 73 e, após a aprovação do seu protocolo de 17 de fevereiro de 1978, por “MARPOL 73/78”. A referida Convenção teve por objetivo a eliminação total da contaminação do meio ambiente marinho por hidrocarbonetos e outras substâncias perigosas, além de reduzir a um mínimo a descarga acidental de tais substâncias³⁷. No Brasil, a Convenção somente passou a fazer parte do ordenamento jurídico em 1998, através do Decreto n. 2508³⁸.

Em 16 de março de 1978, a comunidade internacional assistiu a mais uma catástrofe ambiental. Desta vez, envolvendo o navio petroleiro Amoco Cadiz, que resultou no derrame de mais de duzentos de trinta mil toneladas de hidrocarboneto na costa francesa de Brest, refletindo em novas discussões sobre o tema e avanço na normatização voltada à prevenção de

³⁵ LARRUGA, Francisco Javier Sanz. **La prevención y lucha la contaminación marítima accidental y la participación de las administraciones locales**. Derecho del Medio Ambiente y Administración Local. Fundación y Gobierno Local, 2003. p. 614-617.

³⁶ *Ibid.*, p. 593-617.

³⁷ “A crescente preocupação com o despejo-operacional ou acidental, de navios foi objeto a Convenção Internacional para Prevenir a Poluição por navios (MARPOL/73) e seu protocolo de 17 de fevereiro de 1978. Este acordo é um dos instrumentos unitários que visa abarcar todas as formas de poluição marinha causada por qualquer tipo de navio, a fim de efetivar a poluição operacional (descargas de operações normais do navio) e reduzir os riscos de contaminação acidental. Tem como objetivo alcançar a eliminação total de contaminação intencional do meio marinho por hidrocarboneto e outras substâncias nocivas, reduzindo e eliminando ainda a descarga acidental das mencionadas substâncias.” (LARRUGA, Francisco Javier Sanz. **La prevención y lucha la contaminación marítima accidental y la participación de las administraciones locales**. Derecho del Medio Ambiente y Administración Local. Fundación y Gobierno Local, 2003. p. 596, tradução livre).

³⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2508.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.



contaminação marinha e à segurança marítima. Com o fim de assegurar níveis mínimos de preparação aos profissionais marítimos e a existência de um sistema internacional de salvamento marítimo foram aprovadas a Convenção Internacional sobre normas de Treinamento de Marítimos, Expedição de Certificados³⁹, formação, titulação e guarda para agentes do mar e a Convenção internacional sobre a busca e salvamento marítimos (SAR/79)⁴⁰.

Por sua vez, o incidente ocorrido com o navio Petroleiro Exxon Valdez em Prince William Sound, em 24 de março de 1989, carregado com 172.000 toneladas de petróleo cru, tomou proporções de catástrofe ambiental na medida em que representou a maior descarga de óleo, numa zona reconhecidamente pesqueira da história norte-americana. O despejo de 38.500 toneladas de petróleo cru, que se espalharam por uma área de 7.000 km² e atingiram uma área de 2.000 km da costa na região do Alasca. Após o mencionado acidente, a comunidade internacional aprovou a Convenção Internacional sobre Salvamento (SALVAGE/89) e a Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo (OPCR/1990).

Em virtude desta última Convenção Internacional, os países assumiam o compromisso de estabelecer medidas nacionais para a prevenção e redução de contaminação acidental por hidrocarbonetos assim como cooperar com outros países. Ainda os Estados partes deveriam atuar na elaboração de planos de contingência, a ser acionados em caso de emergência e acidentes, tanto por parte dos navios que transportam hidrocarbonetos como pelos países membros que seriam sujeitos potenciais da contaminação por tais substâncias. O documento avança ainda ao prever que os sistemas de luta contra a contaminação devem ser coordenados pela autoridade competente e atuar com prontidão e efetividade aos efeitos das marés negras.

Os acidentes mencionados não só causaram severos danos ambientais como alertaram para o crescimento constante do risco da exposição de pessoas e do meio ambiente, o que, combinado com as lições aprendidas no passado, levaram uma maior conscientização, refletindo no avanço da normatização e regulação do direito internacional.

Já em busca de medidas de compensação do dano, visando a amenizar as perdas econômicas, foi adotada a Convenção CLC/69⁴¹, que, entre seus dispositivos, prevê a

³⁹ ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL, 1978.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL, 1979.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL MARÍTIMA, 1969.



constituição de um Fundo (Fundo Internacional de Compensação de Danos por Poluição de Óleo) com a soma total que represente o limite da responsabilidade junto à autoridade competente de qualquer Estado contratante, o que facilita no ressarcimento de vítima e evita batalhas judiciais intermináveis. Contudo tal medida compensatória não se mostra suficiente quando da ocorrência de desastre ambiental, uma vez que os prejuízos ambientais e humanos são incalculáveis e não sujeitos à quantificação monetária.

Outrossim, a dinâmica das relações internacionais tem favorecido o crescente número de instrumentos de *soft law* que consagram a necessidade de conservar e proteger o meio ambiente para presente e futuras gerações, de cooperação entre os Estados e o dever de notificar a outros Estados de emergências ambientais que possam ter consequências em seu território.

A título exemplificativo, em 2017, a Conferência sobre os Oceanos, realizadas pelas Nações Unidas em Nova Iorque, reconheceu a necessidade de implementar o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável 14, conservando e utilizando o meio ambiente marinho de forma sustentável⁴². Na mesma linha de proteção, a Agenda 21 prevê a necessidade de cada estado estabelecer planos nacionais de emergência em caso de degradação e poluição de origem antrópica, reconhece que os hidrocarbonetos de petróleo estão entre os poluentes que apresentam maior ameaça ao meio marinho e que as atividades de transporte marítimo e descarga no mar são responsáveis, cada uma, por dez por cento da poluição marinha.⁴³

A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento⁴⁴ tem destacado a importância de dados científicos e informações baseadas em evidências no contexto dos impactos das mudanças climáticas e na adaptação para infraestrutura crítica de transporte costeiro, bem como recomendando a observação das recomendações para redução e resposta a riscos de desastre no Marco de Sendai.

A proliferação de normas internacionais demonstra a necessidade reconhecida pela comunidade internacional de conciliar o transporte no meio marinho com a proteção do meio ambiente e, no âmbito interno, a ratificação das convenções reflete na opção política do país em

⁴² Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2019/05/conferencia-oceanos-2017.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2020.

⁴³ Disponível em: <https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global/item/666>. Acesso em: 6 jul. 2020.

⁴⁴ UNCTAD, 2019.



assumir compromissos internacionais, devendo, portanto, criar mecanismos administrativos aptos a implementá-los.

Dessa forma, o ordenamento interno deve contemplar instrumentos e mecanismos jurídicos que garantam um efetivo planejamento, com uma equipe treinada para que possa atuar de prontidão, meios que podem ser mobilizados e recursos necessários para uma situação de urgência. Contudo, a partir da análise do derramamento de óleo ocorrido em 2019 que atingiu a costa brasileira, observam-se desafios para uma resposta eficaz na hipótese de ocorrência de desastre ambiental em meio marinho.

4 AVANÇOS E DESAFIOS NO GERENCIAMENTO DO RISCO DE DESASTRES DECORRENTE DO DERRAMAMENTO DE ÓLEO NO MEIO MARINHO

Para reduzir o número de desastres ambientais e, conseqüentemente, a poluição decorrente da intensificação do uso dos oceanos para o transporte de hidrocarbonetos, é necessário atuar no controle das atividades antrópicas mediante a utilização da tecnologia para limitar despejos operacionais e acidentais de óleo e seus derivados no mar.

Contudo para equacionar a demanda por energia e a rejeição da poluição que a acompanha, não é primordial que a Organização Internacional Marítima adote novas Convenções sobre a matéria, já que o problema não está na estrutura ou conteúdo destas, mas, sim, na inabilidade para implementar seu conteúdo ou na falta de estímulo para o seu cumprimento⁴⁵. Dessa forma, faz-se necessária a presença pública, de forma coordenada e planejada, nas atividades de regulação e controle, diante da diversificação e do maior impacto dos riscos.⁴⁶

4.1 Quadro normativo para proteção contra poluição marinha por hidrocarbonetos e seu reflexo no gerenciamento do risco de desastre

O Brasil assinou e ratificou alguns instrumentos internacionais voltados à proteção do meio ambiente marinho contra poluição de óleo⁴⁷, sendo um país essencialmente costeiro, além

⁴⁵ HECK, Mariana. Ação normativa da organização marítima internacional e seus instrumentos em face da poluição marítima por óleo causada por navios. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 9, n. 3, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/2051/1952>. Acesso em: 20 maio 2020.

⁴⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião do Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁴⁷ O Brasil não ratificou o Protocolo da Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Operação de Imersão de Resíduos e outros materiais (LDC) – 1996; a Convenção Internacional sobre a Intervenção em Alto Mar em casos de Acidentes provados pela poluição por Óleo (*Intervention*) – 1969; o Protocolo da Convenção Internacional sobre a



do interesse econômico no espaço marinho, na medida em que exerce soberania sobre os recursos vivos e não vivos que se encontram sob sua jurisdição, também possui o dever de proteção, não apenas no espaço em que se encontra seu território, mas este dever se estende às águas internacionais e, por conseguinte, pode exercer poderes de fiscalização em alto mar⁴⁸.

O uso econômico dos mares impõe uma série de obrigações para os países costeiros, particularmente em razão do crescente aumento do número de navios transportando cargas perigosas pelos oceanos.

A OPRC/1990, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do decreto 2.870, de 1998, afirma que, no caso de um incidente de poluição por óleo, “[...] é essencial uma ação rápida e efetiva, a fim de minimizar os danos”⁴⁹, em seguida, estabelece a necessidade do Estado costeiro dever possuir um sistema nacional para gerenciar o risco e responder pronta e efetivamente ao incidente de derramamento de óleo, de forma que, não sendo possível evitar o desastre, que possa responder, de forma planejada, à catástrofe. Ainda promove cooperação internacional nas áreas de pesquisa relacionadas com a prevenção da poluição do óleo.

Apesar dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, o assunto ainda é pouco discutido internamente, sendo que, em geral, a legislação nacional se limita reproduzir e a regulamentar algumas convenções internacionais⁵⁰.

Ocorre que para o bom desempenho do aparato jurídico existente, é necessário pensar na realidade local, implementando ações a serem desenvolvidas dentro da estrutura político-administrativa de uma federação, com o fim de melhorar os instrumentos de implementação e controle efetivo da sua aplicação. Particularmente, na hipótese de incidente no meio marinho, verifica-se a necessidade de efetiva coordenação das ações a serem realizadas em resposta à situação de catástrofe.

Intervenção em Alto Mar em casos de Acidentes provocados pela poluição por óleo (*Intervention*, 1973) e o Protocolo sobre Preparo, Resposta e Cooperação no caso de Incidentes causados por substâncias perigosas e nocivas (HNS), 2000.

⁴⁸ ONU, 1982.

⁴⁹ BRASIL, 1998.

⁵⁰ Decreto nº 87.566/82, de 16/09/82, que promulgou a Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Operação de Imersão de Resíduos e outros materiais (LCD) – 1972; Decreto nº 4 de 29/04/88, promulgou a Convenção Internacional para Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL 73/78); Decreto nº 2870, de 10/12/98, promulga a Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em caso de Poluição por Óleo (OPRC), de 1990 e o Decreto nº 246, de 29/06/01, ratificou a Convenção 174 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).



De fato, a despeito de serem bens da União as praias marítimas, as ilhas oceânicas e as costeiras, bem como os recursos da plataforma continental, zona econômica exclusiva e o mar territorial⁵¹, o Brasil é um país federativo, sendo as competências relativas à proteção do meio ambiente e ao combate à poluição, em qualquer de suas formas, são compartilhadas entre União, Estados e Municípios conforme estabelece o art. 23, VI, da Constituição Federal de 1988.

Sem contar que a proteção civil e pesca seriam outros âmbitos de competência igualmente complexos, na medida em que a competência para legislar sobre o tema é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, enquanto que a atuação administrativa é compartilhada por todos os entes da federação, particularmente os municípios,⁵² o que, em todo caso, demonstra a necessidade de articular mecanismos de cooperação entre os organismos federais, estaduais e municipais, uma vez que todos estes têm atribuições administrativas diretamente relacionadas ao evento extremo em ambiente marinho. Assim, para uma resposta eficaz, é necessário que haja um órgão administrativo específico encarregado de coordenar a atuação da administração pública na proteção do meio marinho decorrente de poluição de óleo, bem como um sistema nacional de respostas aos acidentes e normas preventivas de combate à contaminação marinha por hidrocarboneto, conforme determina a OPRC/1990.

A chave para uma resposta rápida a um desastre que envolva o derramamento em grandes proporções de hidrocarbonetos no meio marinho, diante do seu caráter global, são necessários os seguintes componentes: instalações de comunicação, pessoal treinado com conhecimento técnico e científico, acesso à equipamentos de limpeza e de transporte⁵³.

O Brasil, ao ratificar a OPRC/1990, comprometeu-se a manter um mecanismo ou sistema para coordenar o combate à poluição marinha, garantindo um nível mínimo de funcionamento da equipe, incluindo os meios que podem ser mobilizados e os recursos necessários.

Chamou a atenção o desastre ambiental, no campo de Frade, no Rio de Janeiro, em 2012, envolvendo a empresa Chevron Brasil Upstream Frade LTDA, pela falha no gerenciamento do

⁵¹ Art. 20, da Constituição Federal de 1988: “[...]; IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI - o mar territorial; VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII - os potenciais de energia hidráulica; [...]” (BRASIL, 1988).

⁵² Artigos 23 e 24 da Constituição Federal (BRASIL, 1998).

⁵³ GOLDSTEINT, Robert J. **Proposal for Institutionalization of Emergency Response to Global Environmental Disasters**, 4 Pace Y.B. Int’l L. 219. 1992.



risco, tanto na prevenção como na resposta ao desastre. No referido incidente, foram constatadas, pelo menos, 25 irregularidades, segundo a Agência Nacional de Petróleo (ANP), e, ao final das investigações, a empresa responsável foi multada em cinquenta milhões, limite da multa que pode ser aplicada. Contudo, não há evidências da adoção de medidas de mitigação dos danos, pela União, Estados ou Municípios, em face à omissão da empresa autuada⁵⁴.

No caso, não se vislumbrou uma pronta execução de um plano de contingência voltado à mitigação imediata dos danos, com estancamento do vazamento de inúmeros barris de óleo no mar, porque a empresa não contava com planos, técnicas e ferramentas de atuação pós-desastre⁵⁵.

Após o referido incidente, o Plano Nacional de Contingência foi reformulado para incluir estratégias de controle dos acidentes petrolíferos. E, mais adiante, o Brasil seria novamente vítima de derramamento de hidrocarbonetos, desta vez como causa o acidente decorrente de transporte de óleo em alto mar, expondo ainda mais a fragilidade do nosso sistema de resposta a desastres ambientais.

Um desastre ambiental decorrente do derramamento de óleo cru em alto mar, envolvendo embarcação ainda não identificada, atingiu a costa brasileira em agosto de 2019, impactando Estados da Região Nordeste e Sudeste impactando unidades de conservação federal, a biodiversidade marinha, praias e acarretando risco à saúde da população⁵⁶

A despeito das graves consequências do desastre, não houve uma resposta imediata ao evento extremo e, num segundo momento, não se observou uma atuação coordenada entre as instituições envolvidas na mitigação do dano e recuperação da área afetada.

4.2 Plano Nacional de Contingência: Pronto acionamento em situação de desastre?

Recentemente, o país assistiu a mais uma catástrofe ambiental no meio marinho. Um derramamento de óleo sem precedentes atingiu a costa brasileira em 2019. O acidente resultou num derrame de petróleo cru que atingiu mais de mil quilômetros do litoral das regiões nordeste e sudeste, afetando 11 estados, 130 municípios e 1009 localidades⁵⁷. Foi constatada uma alta

⁵⁴ Disponível em: <http://www.anp.gov.br/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas/seguranca-operacional-e-meio-ambiente/comunicacao-e-investigacao-de-incidentes/campo-de-frade>. Acesso em: 6 jul. 2020.

⁵⁵ CARVALHO, Délton W. de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁵⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/oleo-na-costa-brasileira>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁵⁷ Disponível em: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/emergenciasambientais/2020/manchasdeoleo/2020-03-19_LOCALIDADES_AFETADAS.pdf, dados atualizados até 19.03.2020. Acesso em: 5 jul. 2020.



mortandade da fauna marinha⁵⁸. A pesca na região teve que ser temporariamente suspensa em algumas localidades atingidas⁵⁹ e houve prejuízo ao turismo na região, porque praias ficaram impróprias para lazer e a realização de esportes⁶⁰.

O desastre não só causou danos ambientais em dimensões nunca imaginadas, como também se mostrou um caso complexo. Não foi possível apontar, com certeza, um responsável pelo dano. Apesar das investigações realizadas pela Polícia Federal e pela Marinha do Brasil, que sinalizavam para o navio petroleiro Bouboulina, de bandeira grega, o qual havia sido carregado na Venezuela e seguia para o Cabo na África, não se logrou êxito em comprovar a autoria, já que a embarcação estaria a 730 km da costa brasileira e o petroleiro negou ser o responsável pelos fatos investigados. Também não é possível afirmar com segurança o motivo do desastre, nem precisar a data da ocorrência⁶¹ ou mesmo o total de óleo que foi derramado no mar⁶².

Contudo, a investigação inconclusiva realizada no Brasil não prejudica o objeto do presente estudo, que é demonstrar falhas na resposta ao desastre e insuficiência das medidas mitigatórias adotadas pelo País, independente da origem e do responsável pelo dano.

De fato, os primeiros registros da chegada de manchas de petróleo no Litoral Nordeste ocorreram em 30 de agosto, no estado da Paraíba, nas praias de Gramame, Tambaba e Jacuma (município do Conde) e a praia Bela (Município de Pitimbu). Logo em seguida, a mancha se espalhou atingindo mais de 185 praias. Vários ecossistemas vulneráveis foram atingidos, sendo que ainda não foram avaliados os prejuízos para o turismo e para a saúde humana.⁶³

⁵⁸ Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo-fauna-atingida>, dados sobre a fauna atingida foram atualizada até 12.02.2020. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁵⁹ A Instrução Normativa nº 52, de 25 de outubro de 2019, do Ministério da Agricultura e Pecuária, estabeleceu excepcionalmente períodos de defeso adicionais para o ano de 2019, em decorrência da grave situação ambiental resultante de provável contaminação química por derramamento de óleo no litoral da região nordeste, proibindo a atividade pesqueira. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-52-de-25-de-outubro-de-2019-224154427>. Acesso em: 5 jul. 2020. Em 30 de outubro de 2019, o referido Ministério editou nova Instrução Normativa nº 55, a qual se limitou a revogar a proibição da atividade pesqueira, Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-55-de-30-de-outubro-de-2019-224674174>. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁶⁰ Disponível em: https://www.semace.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/46/2019/10/Boletim_Leste_300919.pdf. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁶¹ Data provável do início do derramamento, entre dias 28 e 29 de julho, contudo o que se pode afirmar com segurança é que as primeiras notícias do aparecimento de manchas de óleo na costa ocorreu em 30 de agosto de 2019.

⁶² Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/02/20/interna-brasil,829204/vazamento-de-oleo-em-praias-do-nordeste-ainda-e-misterio-para-autoridade.shtml>. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁶³ Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo-localidades-atingidas>. Acesso em: 5 jul. 2020.



A OPRC/1990 exige que haja um plano de emergência nos navios que realizam atividades de transporte dessa substância, nas instalações portuárias e um plano nacional de contingência, este último aplicável especialmente para casos como esse, que nos ocorre, em que não é possível identificar a embarcação responsável pelo desastre⁶⁴.

O Plano Nacional de Contingência (PNC) foi instituído pelo Decreto nº 8.127, de 22 de outubro de 2013, que dispõe sobre incidentes de poluição de óleo em águas sob jurisdição nacional⁶⁵. O PNC é o instrumento adequado para minimizar os danos decorrentes de desastres ecológicos em meio marinho, por meio de ação coordenada envolvendo setores públicos e privados, de forma que, não pode ser deixado para improvisação de última hora, deve ser planejado cuidadosamente em parceria com os demais atores envolvidos na sua implementação e cuidadosamente testado.

Diante da própria complexidade que envolve um desastre, particularmente no meio marinho, as ações previstas no PNC envolvem a atuação de, pelo menos 17 Ministérios, que necessitam atuar em efetiva coordenação. Atribui-se à Marinha do Brasil (MB), além das atribuições relativas à promoção da segurança na navegação, desempenhar, em coordenação com outros órgãos da administração pública federal, estadual ou municipal, competências específicas relativas à resposta a desastre, sendo designada como Autoridade Marítima⁶⁶.

Dessa forma, dentro das atribuições inerentes à segurança do tráfico marítimo em águas que estejam sob jurisdição nacional, cabe à Autoridade Marítima atuar nas diversas fases de gerenciamento do risco. Primeiro, na prevenção, ao estabelecer normas voltadas a evitar poluição por parte de embarcações, plataformas ou sistemas de apoio, conforme se observa do disposto no art. 2º da Lei 9.966/2000⁶⁷. Portanto, de acordo com a legislação brasileira, cabe à Autoridade Marítima o exercício de atividades de fiscalização essenciais à prevenção da poluição por óleo, o que evidencia uma intrínseca relação entre segurança no mar e proteção do meio ambiente marinho.

⁶⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2870.htm. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁶⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8127.htm. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁶⁶ Ver art. 17, da Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999.

⁶⁷ “Art. 2º. Para efeitos desta Lei são estabelecidas as seguintes definições: [...]; XXII - autoridade marítima: autoridade exercida diretamente pelo Comandante da Marinha, responsável pela salvaguarda da vida humana e segurança da navegação no mar aberto e hidrovias interiores, bem como pela prevenção da poluição ambiental causada por navios, plataformas e suas instalações de apoio, além de outros cometimentos a ela conferidos por esta Lei.” (BRASIL, 2000).



O derramamento de óleo não é um fato incomum, particularmente quando consideramos o intenso fluxo de petroleiros pelos oceanos, o que foi incomum nesse desastre ambiental foi a demora dos órgãos envolvidos para iniciar as atividades de resposta ao desastre⁶⁸.

Os fatos mostram, mais uma vez, que, apesar da existência formal do PNC e do avanço da legislação internacional, o Brasil não estava preparado para responder a desastre com acidente em petroleiro. O PNC não foi acionado, não foi instituído um comitê de crise para executar, avaliar e dar suporte às ações de maneira emergencial.

Os planos de contingência são instrumentos que devem orientar a estrutura administrativa do Estado para fazer frente à luta contra a contaminação, definindo o procedimento de atuação a ser seguido e os meios disponíveis para execução da tarefa, porém ele não foi acionado, desemborcando o problema no Judiciário⁶⁹.

A gestão da crise colocou em evidência ademais a ausência de dois tipos de previsões que deveriam estar compreendidas no marco do PNC: a relação dos meios disponíveis para a luta contra a contaminação e os estudos técnicos precisos para tomada de decisões. No desastre vivenciado em 2019, observou-se, não somente a ausência de meios técnicos para fazer frente à luta contra a contaminação, como também se constatou a inexistência de um inventário de recursos existentes ou de fácil acesso no mercado para fazer frente a uma eventual necessidade de contenção do óleo. De fato, o plano de contingência vigente não regula a obrigação de contar com esses inventários e nem publica em um anexo a relação dos meios. Tão somente indica que os meios devem, ante a uma catástrofe dessa magnitude, ser adquiridos ou proceder de outros países, contudo, na prática, a Administração Pública não demonstrou contar com uma base de conhecimento desde o primeiro instante para saber a que instâncias públicas ou privadas deve-se recorrer para mobilizar todo o material necessários.

Portanto, durante a resposta ao desastre, ficaram evidenciadas falhas na gestão da crise e que tem muita relação com a falta de adaptação das estruturas administrativas numa sociedade de risco e que não se mostra adequada para proteger um bem coletivo como o meio ambiente marinho.

⁶⁸ Diversas ações foram promovidas pelo Ministério Público para compelir a União a adotar medidas de mitigação de danos. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/oleo-na-costa-brasileira/noticias?b_start:int=30. Acesso em: 6 jul. 2020. Por sua vez, a Câmara de Deputados Federal decidiu instaurar uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI para apurar a omissão da União em responder ao desastre ambiental. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/oleo-na-costa-brasileira/noticias?b_start:int=30. Acesso em: 6 jul. 2020.

⁶⁹ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rn/sala-de-imprensa/docs/acao-manchas-petroleo>. Acesso em: 9 ago. 2020.



É nesse contexto que se pode afirmar que as ações a serem desenvolvidas no âmbito da agenda internacional voltada a reduzir a ocorrência de desastres devem contemplar, de forma objetiva, a aprendizagem com as falhas do passado, mediante revisão e atualização, periódica, dos planos de programas de prevenção, com a participação de todas as partes interessadas.

Contudo, no caso em análise, além da falta de planejamento e acionamento do PNC, a ausência de mecanismos de coordenação e cooperação num Estado caracterizado por sua descentralização territorial e por uma repartição de competência que obriga a existência desses mecanismos, foi mais um obstáculo para uma pronta mitigação dos danos ambientais.

4.3 Instrumentos de coordenação e cooperação institucional para resposta a desastre em meio marinho: inadequada aplicação?

Na fase de resposta ao desastre, além de ser atribuição dos agentes da Autoridade Marítima proceder a lavratura dos autos de infração e aplicação de penalidade em decorrência de poluição no meio marinho⁷⁰, ainda devem coordenar a atuação dos demais envolvidos na resposta imediata de mitigação dos danos.

Contudo, num primeiro momento, a gestão da crise foi assumida, exclusivamente, pela União, conforme se observa da Cartilha Informativa da trajetória do acidente, na qual consta a informação de que, desde início do aparecimento das manchas no litoral, o Grupo Acompanhamento e Avaliação – GAA, integrado por representantes da MB, IBAMA e ANP monitoram as áreas atingidas pelo óleo e produzem relatórios regulares sobre as condições verificadas.⁷¹

Assim foi possível observar uma gestão da crise com excessiva centralização da administração federal e mesmo passados dois meses, não se vislumbrou uma ação articulada da administração pública nos demais níveis de governo. O que pode ser observado é que alguns municípios afetados assumiram certas atribuições como a gestão dos voluntários e as tarefas de limpeza de forma rudimentar. Ainda em alguns lugares afetados, a limpeza foi protagonizada

⁷⁰ Art. 28 da Lei n. 9.966/2000.

⁷¹ Disponível em: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/emergenciasambientais/2020/manchasdeoleo/ibama-manchasdeoleo-desmobilizacao-cartilha_v2.pdf. Acesso em: 5 jul. 2020.



pelas colônias de pescadores e determinados movimentos sociais que se mobilizaram para buscar material e limpar a costa afetada, ante a lentidão e ineficácia da administração central⁷².

Não se estabeleceu, portanto, nenhum mecanismo de cooperação na tomada de decisões com aquelas administrações que detém uma parte significativa de competências envolvidas. Preferiu-se, ao contrário, optar por uma gestão solitária da crise que, tendo em conta a necessidade de mobilizar recurso financeiros, pessoal e ampliar as competências afetadas, estava destinada a fracassar como se pode observar com o transcurso do tempo, obrigando a sociedade civil e aos municípios a atuar em face da ausência da União que somente formalmente se havia feito como responsável⁷³.

A falta de uma ação planejada e coordenada em nível federal pode ser constatada ainda a partir da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, órgão com atribuição de defender os interesses difusos e coletivos, a qual tem por objeto garantir a implementação do PNC em face da gravidade do desastre ocorrido⁷⁴. E, o que é mais grave, ao que parece, nem mesmo o IBAMA, órgão federal responsável pela proteção ambiental, tinha conhecimento da existência e hipóteses de implementação do referido plano⁷⁵. Portanto, é possível afirmar, diante do desconhecimento da sua existência, por órgãos administrativos da União que tem como função precipuamente a proteção do meio ambiente, o PNC não saiu do papel.

Outras falhas graves demonstram a ausência de uma efetiva coordenação em nível federal como, por exemplo, o fato dos Estados não terem sido mobilizados para adotar medidas como o resgate e tratamento dos animais afetados; não ter sido criado comitê diretor do plano de contingenciamento; ausência de informações a população e também não foi criado um limite temporário da pesca ou consumo do peixe⁷⁶; não foi estabelecido um protocolo adequado para

⁷² Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/oleo-na-costa-brasileira/linha-do-tempo>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁷³ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/oleo-na-costa-brasileira>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁷⁴ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/se/sala-de-imprensa/noticias-se/mpf-nos-nove-estados-do-nordeste-pede-que-justica-obrigue-governo-federal-a-acionar-plano-nacional-de-contingencia-para-acidentes-com-oleo>. Acesso em: 6 jul. 2020.

⁷⁵ MPF, 2019.

⁷⁶ A Instrução Normativa nº 52, de 25 de outubro de 2019, do Ministério da Agricultura e Pecuária, estabeleceu excepcionalmente períodos de defeso adicionais para o ano de 2019, em decorrência da grave situação ambiental resultante de provável contaminação química por derramamento de óleo no litoral da região nordeste, proibindo a atividade pesqueira foi, logo em seguida alterada pela Instrução Normativa nº 55, de 30 de outubro de 2019, sem qualquer constar qualquer justificativa no mencionado documento sobre os riscos do pescado. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-52-de-25-de-outubro-de-2019-224154427>,



ações de limpeza ambiental nos locais afetados, bem como medidas de proteção de águas interiores que eventualmente pudessem ser afetadas pela poluição.

Uma questão que foi colocada em evidência no desastre ambiental, envolvendo um navio petroleiro desconhecido e a maré negra que se seguiu e atingiu a costa brasileira em 2019, é que a organização administrativa existente não está preparada para tomar decisões e nem dispõe de meios técnicos e humanos para responder a uma catástrofe desta característica.

De fato, uma análise das medidas adotadas pela autoridade responsável por coordenar as ações de resposta ao desastre demonstra apenas a adoção de algumas medidas mitigatórias do dano a partir do dia 23 de outubro de 2019, na limpeza dos remanescentes de óleo na praia de Atalaia, município de Luís Correia/PI e um esforço conjunto de militares da MB, Exército Brasileiro (EB), Ibama, Defesa Civil, Prefeitura e voluntários que garantiu que óleo detectado na Foz do Rio Jaboatão-PE fosse contido na água, antes que avançasse até a praia.⁷⁷

5 CONCLUSÃO

O artigo abordou instrumentos normativos que pretendem regular a atividade de transporte marítimo no âmbito internacional, com enfoque nas atividades relacionadas ao transporte de hidrocarbonetos, demonstrando que a evolução das normas tem ocorrido com base em experiências do passado, em que falhas se transformam em lições apreendidas, aperfeiçoando a legislação. Buscou demonstrar ainda que é relevante para proteção do meio marinho a compreensão do conceito normativo de desastre, uma vez que há regulações internacionais específicas que regem o gerenciamento de risco desses eventos extremos e que, portanto, em muito contribuem para a prevenção e mitigação de danos, quando o sinistro for inevitável.

Pelo que foi apresentado no decorrer deste artigo, a vasta normatização no âmbito internacional não é suficiente para um adequado gerenciamento do risco. É preciso que, ao lado da incorporação das normas internacionais ao ordenamento interno, o país crie instrumentos adequados à realidade local que possibilitem a implementação das ações e compromissos assumidos internacionalmente.

<http://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-55-de-30-de-outubro-de-2019-224674174>. Acesso em: 5 jul. 2020.

⁷⁷ Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/manchasdeoleo/fotos/23out-limpeza-dos-remanescentes-de-oleo-na-praia-de-atalaia-correipi>. Acesso em: 5 jul. 2020.



A análise da resposta brasileira ao derramamento de óleo ocorrido no ano 2019 evidenciou falhas graves que comprometeram a mitigação dos danos. A existência de um plano nacional de contingência, ao qual não foi dada efetiva publicidade, demonstrou que a organização administrativa não estava preparada para responder a desastre em decorrência de derramamento de óleo no seu litoral, o que é bastante preocupante quando o cenário internacional sinaliza para uma intensificação do transporte marinho e, os hidrocarbonetos representam a maior parte da mercadoria transportada.

A tutela do meio ambiente marinho é um desafio, porque envolve as mais diversas competências e conhecimentos técnicos. A existência de uma efetiva coordenação das ações de resposta a desastres pela autoridade marítima, através da abertura de um diálogo interinstitucional, envolvendo competências administrativas na esfera federal, estadual e municipal, sendo este o espaço adequado para a tomada de decisões, portanto, estabelecer mecanismos de cooperação na tomada de decisões com aquelas administrações que detém uma parte significativa de competência no jogo é fundamental para o sucesso na implementação do PNC.

6 REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião do Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CARVALHO, Délton W. de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Délton W. de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FARBER, Daniel. **Symposium introduction**: navigating the intersection of Environmental Law and Disaster Law. p. 1785.

GOLDSTEINT, Robert J. **Proposal for Institutionalization of Emergency Response to Global Environmental Disasters**, 4 Pace Y.B. Int'l L. 219. 1992.

HECK, Mariana. Ação normativa da organização marítima internacional e seus instrumentos em face da poluição marítima por óleo causada por navios. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 9, n. 3, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/2051/1952>. Acesso em: 20 maio 2020.



HUNTER, Tina. The montara oil spill and the national marine oil spill contingency plan: disaster response or just a disaster? **Australian and New Zealand Maritime Law Journal**, v. 24, n. 2, p. 46-58, 2010.

LARRUGA, Francisco Javier Sanz. **La prevención y lucha la contaminación marítima accidental y la participación de las administraciones locales**. Derecho del Medio Ambiente y Administración Local. Fundación y Gobierno Local, 2003. p. 593-618.

LOPEZ, Alba Nogueira. Aproximación a la acción estatal de prevención de catástrofes marítimas. Fallos evidentes y cambios insuficientes. **RVAP**, n. 69, 2004.

MONTALVERNE, Tarin Cristino Frota. Oil spill in South Atlantic (Brazil): Environmental and governmental disaster. **Marine Policy**, v. 115, 103879, May 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar [Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982]. *In*: BRASIL. **Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Brasília, DF: Presidência da República, 1990, p. 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and99165-90.pdf. Acesso em: 5 jul. 2020.

SCALASSARA, Lecir Maria. **Poluição marinha e proteção internacional**. Curitiba: Juruá, 2008.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **A proteção internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TORRE, Luis Carrel de la; IZURIETA, Iván. **Reducción del riesgo de desastres a través de la gestión ambiental: uso de instrumentos económicos**. Informe preliminar. Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2004.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/RES/66/290, 10 September 2012**. New York: United Nations, 2012. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/66/290>. Acesso em: 5 jul. 2020.



**O DIREITO À EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS APÓS A QUEDA
DO MURO DE BERLIM: O QUE A ONU TEM A DIZER 32 ANOS
DEPOIS?**

**THE RIGHT TO HUMAN RIGHTS EDUCATION AFTER THE FALL OF
THE BERLIN WALL: WHAT DOES THE UN HAVE TO SAY 32 YEARS
LATER?**

Maria Creusa de Araújo Borges¹

Cristiani Pereira de Morais Gonzalez²

Ângelo José Menezes Silvino³

Resumo: A partir de uma pesquisa teórico-normativa e exploratória, este artigo, em celebração aos 32 anos da queda do Muro de Berlim, busca refletir sobre o modelo onusiano de educação em direitos humanos, respondendo à seguinte pergunta: no quadro de celebração da queda de um dos maiores símbolos da Guerra Fria, quais reflexões, no contexto de uma perspectiva das Nações Unidas, podem ser suscitadas sobre a educação em direitos humanos como um direito? Após perpassar a análise de um *corpus* documental e normativo de proteção dos direitos humanos, tais como: a Declaração Universal de 1948, a Declaração e o Programa de Ação de Viena de 1993, o Relatório Final *Education for All* e a Declaração de Incheon (2015), se observa que os esforços internacionais em prol do fomento à educação em direitos humanos alcançaram resultados relevantes, não obstante os impactos maléficos da crise de 2008. Nesse cenário, se destaca a Declaração de Incheon que alçou a educação em direitos humanos ao patamar de elemento essencial à efetivação do direito à educação.

Palavras-chaves: Queda do Muro de Berlim; Educação em Direitos Humanos; Nações Unidas.

¹ Professora vinculada ao Departamento de Direito Privado e Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, Brasil. E-mail: maria.borges@academico.ufpb.br.

² Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, Brasil. Advogada. E-mail: cristianipmorais@gmail.com.

³ Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, Brasil. E-mail: angelojms@hotmail.com.



Abstract: Based on a theoretical-normative and exploratory research, this article, in celebration of the 32nd anniversary of the fall of the Berlin Wall, seeks to reflect on the U.N. model of human rights education, answering the following question: in the framework of celebrating the fall of one of the greatest symbols of the Cold War, what reflections, in the context of a United Nations perspective, can be raised on human rights education as a right? After analyzing a corpus of documents and norms for the protection of human rights, such as the Universal Declaration of 1948, the Vienna Declaration and Programme of Action of 1993, the Education for All Final Report, and the Incheon Declaration (2015), it can be seen that international efforts to promote human rights education have achieved relevant results, despite the harmful impact of the 2008 crisis. In this scenario, the Incheon Declaration, which elevated human rights education to the level of an essential element for the realization of the right to education, stands out.

Keywords: Fall of the Berlin Wall; Human Rights Education; United Nations.

Sumário: 1 Introdução – 2 Enquadramento conceptual que aborda a evolução do direito à educação no âmbito dos instrumentos e tratados internacionais de direitos humanos: da Declaração Universal de 1948 à queda do Muro de Berlim – 3 A Declaração e o Programa de Ação de Viena: novos lineamentos para a educação em direitos humanos – 4 Pós-queda do Muro de Berlim e a crise financeira de 2008: novos rumos para a educação em direitos humanos como um direito? – 5 Conclusão – 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Costuma-se abordar os direitos humanos fazendo referência ao contexto posterior à Segunda Guerra Mundial, o que é bastante compreensível, tendo em vista que foi, a partir de então, que tais direitos alcançaram lugar de destaque no cenário global, passando a ser positivados não mais, apenas, em documentos e normas nacionais, como também, em recomendações e pactos internacionais – no caso, a princípio, embora não definindo seu conteúdo, na Carta das Nações Unidas (ou, simplesmente, Carta da ONU) de 1945, e, na sequência, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, considerada fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos instrumentos de direitos humanos, tanto em nível global como regional (TRINDADE, 1997), dentre inúmeros outros.



Na verdade, nesse ínterim, começou a se desenvolver e a se efetivar, como ramo autônomo, um direito de proteção com o objetivo de proteger os direitos dos seres humanos, qual seja, o “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (DIDH). É bem verdade que, antes de 1945, havia normas que podiam ser, em parte, consideradas como de proteção dos direitos humanos, porém, faltava um sistema normativo específico de proteção dos indivíduos na condição de seres humanos (MAZZUOLI, 2011), obtido, tão só, depois do episódio acima mencionado.

Em razão disso, e considerando que a desumanizadora guerra incutiu nas pessoas o desejo de buscar meios para salvaguardar a humanidade e garantir a paz, tendo o período do após Segunda Guerra presenciado a criação e o fortalecimento das organizações internacionais (BORGES, 2009), a exemplo da Organização das Nações Unidas (ONU), cujos propósitos abarcavam, consoante o art. 1º da Carta da ONU, a manutenção da paz e da segurança internacionais e a promoção e o estímulo do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, não se pode desconsiderar esse contexto, menos ainda as normas e os documentos aprovados durante esse período.

Ainda assim, convém sublinhar que o campo do DIDH tem passado por transformações desde o após Segunda Guerra (LEITE; BORGES, 2019), sendo diverso o contexto atual. Para refletir acerca dos direitos humanos, se deve considerar a peculiaridade do período ulterior à Guerra Fria, pois, como sustenta Alves (2015), o fim dessa Guerra foi um fator determinante para afirmar os direitos humanos como um tema global.

Nesse sentido, se torna relevante (re)conhecer que a queda do Muro de Berlim, um dos sinais do fim da Guerra Fria, em 1989, propiciou expectativas de um mundo de cooperação e respeito aos direitos humanos, que logo se dissiparam. Versando a respeito do assunto, Alves (2000, p. 1) afirma que “a década de 90, que se iniciou tão cheia de esperanças, encerra-se com perplexidade e incertezas [...]”.

Nesse cenário, alguns eventos impactaram no modo abordar a questão dos direitos humanos. Apareceram novos perigos, como a globalização (HÄBERLE, 2002), especificamente, a Neoliberal. Múltiplos fatores passaram a ameaçar a efetivação dos direitos humanos, marcas do tempo presente, e são sentidos especialmente desde o fim da Guerra Fria – estes se acham, por exemplo, nos efeitos colaterais da globalização econômica (ALVES, 2013).



Está clara, assim, a importância de não se perder de vista a globalização⁴, se considerando que, não obstante ela se referir a um processo que se configura desde o início da modernidade, na atualidade, tem características específicas – pode-se apontar, dentre outros, o fato de que os bens imateriais tornam-se mercadorias (SILVEIRA, 2007).

Não bastasse a globalização e seus efeitos colaterais, há de se levar em consideração a crise financeira de 2008 e seus efeitos sobre os direitos humanos, em especial sobre os direitos sociais, posto que, como tudo acaba se transformando em mercadoria (ROCHA JÚNIOR, 2015) e o Estado, que está em crise, passa a se preocupar somente com a própria sobrevivência (BAUMAN; BORDONI, 2016), os serviços sociais a ser garantidos pelo ente estatal são enormemente prejudicados.

Nesse cenário, se destaca que o problema central, hoje, não é tanto o de reconhecer os direitos humanos, mas o de efetivá-los, como já dizia Bobbio (2004), ao sustentar que o grave problema deste tempo, com relação a tais direitos, é o de protegê-los. Sabidamente, há muitos instrumentos jurídicos voltados à salvaguarda dos direitos do Homem, todavia, rente a eles, existem inúmeros atos violadores, tanto que se pode falar em “paradoxo dos direitos humanos” – esse assunto foi referido, a título de exemplo, por Douzinas (2009), ao tratar do século XX como a era do Holocausto, em contraposição à assertiva de que foi a era dos direitos humanos.

Percebe-se que, para além da fase legislativa, deve-se dar ênfase à fase de implementação dos direitos humanos, com destaque à proteção e promoção de tais direitos, e implementar os mecanismos para sua efetivação.

Nesse quadro, como um instrumento para consecução dos direitos humanos, se destaca a educação, mais especificamente, a educação em direitos humanos (EDH), visto que esta consiste na prática social voltada à socialização numa cultura de respeito, defesa e promoção desses direitos (BORGES, 2008). Trata-se de prática que, estando intimamente relacionada à cidadania⁵, visa formar cidadãos que atuem em prol dos direitos humanos.

(Re)conhecido o expressivo valor da EDH e observando o contexto que vai da queda do Muro de Berlim até os dias atuais, o qual tem como marca a crescente mercantilização da vida,

⁴ Embora seja de amplo conhecimento, não é demais reavivar que a globalização é um fenômeno multifacetado, o qual envolve dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas, interligadas de modo complexo (SANTOS, 2011).

⁵ Vale recordar que a educação constitui direito de cidadania (MARSHALL, 1967), da mesma forma que a EDH.



inclusive da educação, se torna relevante pensar a educação não só como um direito fundamental e bem público, mas, também, como um serviço comercializável (BORGES, 2018).

Assim, com ênfase no sistema global de proteção dos direitos humanos, se delinea, como **objeto de análise**, a educação em direitos humanos no sistema das Nações Unidas após a queda do Muro de Berlim. A **problemática** que norteará este artigo será a seguinte: passados 32 anos da queda do Muro de Berlim, o que a ONU tem a dizer sobre o direito à educação em direitos humanos? Com base nessa questão, se estabelece como **objetivo geral**: refletir sobre o modelo ONU de educação em direitos humanos após 32 anos da queda do Muro de Berlim.

São delineados como **objetivos específicos**, por sua vez: **a)** abordar a evolução do direito à educação e à educação em direitos humanos no âmbito dos instrumentos e tratados internacionais de direitos humanos, partindo da Declaração Universal dos Direitos Humanos até a queda do Muro de Berlim; **b)** analisar a educação em direitos humanos na Declaração e Programa de Ação de Viena; e **c)** pensar os rumos da educação em direitos humanos como direito após a crise financeira de 2008.

Para tanto, buscando alcançar os fins pretendidos, realizou-se uma **pesquisa teórico-normativa e exploratória**, a partir da utilização do **método de abordagem dedutivo**, dos **métodos de procedimento histórico e interpretativo** e da **técnica de pesquisa da documentação indireta** em suas duas modalidades (**pesquisa bibliográfica e pesquisa documental**).

Finalmente, compete dizer que este artigo **está organizado em** três tópicos além da conclusão, destinando-se, o primeiro, à exposição do enquadramento conceptual da evolução do direito à educação, inclusive à educação em direitos humanos, na normativa internacional de direitos humanos, desde a Declaração de 1948 até a queda do Muro de Berlim; o segundo, analisar a EDH, especialmente, na Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993; e o terceiro, refletir sobre a educação e a educação em direitos humanos após a queda do Muro de Berlim 32 anos depois.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO DOS INSTRUMENTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 À QUEDA DO MURO DE BERLIM



É bem verdade que a relevância da educação é reconhecida há muito tempo⁶, porém, seu reconhecimento, como um direito, se dá no século XX com a Constituição Mexicana de 1917 e com a Constituição Alemã de 1919. No plano internacional, a educação em direitos humanos se destaca com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Nesse cenário, desde o fim da Segunda Grande Guerra, e, em especial, a partir da criação da ONU, em 1945, “[...] a educação tem sido lembrada nos numerosos tratados e acordos internacionais que pretendem implantar o reconhecimento mundial dos direitos que asseguram a dignidade da pessoa” (CASTILHO, 2016, p. 134), o que, certamente, tem relação com a ideia de que a educação contribui para reduzir os riscos de ocorrência de outra guerra, mas tem a ver também com seu valor em si.

A educação é um direito por excelência (LIMA, 2013), que cumpre papéis fundantes na sociedade. Com efeito, é possível afirmar, com base no artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que constituem objetivos da educação: possibilitar à pessoa seu pleno desenvolvimento, prepará-la para o exercício da cidadania e qualificá-la para o trabalho. Configura-se, ainda, como um instrumento por excelência, que forma pessoas, cidadãos e trabalhadores numa cultura de respeito, defesa e promoção dos direitos atribuídos aos seres humanos em razão dessa condição.

Nessa perspectiva, se observa a premente necessidade de se estudar o direito à educação, a partir da normativa internacional que integra a agenda da ONU. Neste tópico, com amparo no recorte temporal que compreende o período que vai do final da Segunda Guerra Mundial à queda do Muro de Berlim.

Como ponto de partida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo Alves (1997), constitui a pedra fundamental do sistema e o primeiro documento a estabelecer internacionalmente os direitos inerentes a todos os homens e mulheres –, que fora concluída e adotada, após dois anos e meio de trabalho, pela então Comissão de Direitos Humanos⁷ (CDH), em atendimento à primeira etapa de trabalho desse órgão, isto é, elaborar uma declaração de

⁶ Como explicam Leal e Gorczewski (2013, p. 214), “o reconhecimento da importância da educação para a formação do indivíduo – consequentemente para a formação do grupo social – remonta as [sic] primeiras sociedades politicamente organizadas [...]”.

⁷ Essa Comissão foi extinta em 2006 e substituída pelo Conselho de Direitos Humanos.



direitos humanos⁸ (COMPARATO, 2019). Cuida-se da primeira parte do plano de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, que teria definido, efetivamente, o elenco dos direitos humanos e liberdades fundamentais, e viria a ser complementada por convenções e medidas de implementação (TRINDADE, 1997).

Tal etapa teria sido concluída pela CDH em 18 de junho de 1948, com o projeto da DUDH, o qual foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 217-A (III), em 10 de dezembro de 1948, com 48 votos a favor, nenhum contrário, 8 abstenções e 2 ausências. Basicamente, esse documento é composto de um preâmbulo com 7 considerandos e 30 artigos, e tem estrutura bipartite, conjugando direitos civis e políticos com direitos econômicos, sociais e culturais.

Não obstante esse documento ter sido alvo de muitas críticas, entende-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

[...] representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens [...] [sendo que] A cristalização desses ideais em direitos efetivos [...] far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos (COMPARATO, 2019, p. 231).

A educação está regulada no artigo XXVI da DUDH, mas, é tratada, inicialmente, no preâmbulo. Neste, especialmente no segundo considerando, ao se afirmar que o desconhecimento e o desprezo dos direitos humanos levaram a atos bárbaros, que revoltaram a consciência da humanidade e se fazer referência às atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra, relaciona-se a ocorrência de violações aos direitos humanos à ausência de conhecimento acerca desses direitos (BORGES, 2009). Atribui-se, assim, papel relevante à educação na construção de uma ordem pautada no respeito aos direitos do Homem.

Logo no §1º do artigo XXVI, a educação é reconhecida como direito de todos, sendo que sua gratuidade abarcará, ao menos, os graus elementares e fundamentais; e sua obrigatoriedade, a educação elementar, devendo a educação técnica e profissional ser acessível a todos, assim como a educação superior baseada no mérito. Na sequência, no § 2º, apresentam-se os objetivos dessa educação, dos quais se pode depreender o (ainda que não explícito) anseio por uma educação em

⁸ É preciso esclarecer, com base em Comparato (2019), que a CDH deveria desenvolver seus trabalhos em três etapas, no caso, além dessa, em mais duas: na segunda, elaborando um documento mais vinculante; e, na terceira, criando uma maquinaria para assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar casos de violação.



direitos humanos: “[...] *Education shall be directed to the full development of the human personality and the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms* [...]” (ONU, 1948, p. 76). E, no § 3º, estabelece-se o direito de prioridade dos pais na escolha do tipo de educação a ser dada a seus filhos.

São significativas as referências à DUDH em inúmeros tratados internacionais de direitos humanos, além da sua influência nas ordens constitucionais, de tal modo que várias outras normativas têm enfatizado a educação como um direito humano e afirmado sua importância como prática de socialização numa cultura de respeito aos direitos humanos (BORGES, 2008).

Nesse quadro, ganha realce a Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, adotada em 14 de dezembro de 1960, pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), e em vigor, no Brasil, desde 19 de julho de 1968, uma vez que ela não só faz referência explícita à DUDH, afirmando o princípio da não discriminação. Proclama, também, que toda pessoa tem direito à educação, estabelecendo uma série de obrigações aos Estados-partes⁹ com o intuito de combater a discriminação e garantir a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de ensino.

Essa Convenção, constituída de 19 artigos, encerra, preliminarmente, em seu artigo 1º, os conceitos de “discriminação” e de “ensino”. O primeiro termo abrange, dentre outras hipóteses, qualquer iniciativa que tenha por resultado privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso a qualquer tipo ou grau de ensino; e se revela mais amplo, já que engloba a discriminação educacional. Já o segundo se refere “[...] *to all types and levels of education, and includes access to education, the standard and quality of education, and the conditions under which it is given*” (UNESCO, 1960, p. 4), expressando preocupação não, apenas, com o acesso ao ensino.

Com redação similar à DUDH, a Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino demonstra (também de modo implícito) se interessar por uma EDH, dado que, no § 1º do artigo 5º, revela objetivar uma educação dirigida ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao fortalecimento do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Durante a década de 60, destaca-se a aprovação de dois Pactos Internacionais (instrumentos jurídicos com força jurídica convencional) que vieram a completar a Carta

⁹ Saliente-se o caráter vinculante desse instrumento (convenção), norma *hard law*.



Internacional dos Direitos Humanos, a integrando junto à DUDH. Enfatiza-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos aprovados em 16 de dezembro de 1966, por intermédio da Resolução n. 2200-A da Assembleia Geral da ONU. Em suma, o PIDCP trata dos direitos civis e políticos, e o PIDESC, dos direitos econômicos, sociais e culturais, atuando ambos na ampliação das disposições da DUDH. Não obstante a relevância dos dois instrumentos vinculantes, para os fins deste artigo, deve-se enfatizar o PIDESC, que entrou em vigor a partir de 3 de janeiro de 1976 e foi ratificado, no Brasil, pelo Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.

No início do artigo 13 (e neste ponto se deve notar a similaridade com a DUDH), reconhece-se a educação como um direito de todos e se afirma, ainda sem menção explícita, uma educação em direitos humanos a partir da assertiva de que a educação “[...] *shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms* [...]” (ONU, 1966, p. 4).

Ainda no citado artigo, se descreve cada nível de ensino, sustentando-se, em síntese, a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária/elementar, tal qual na DUDH; no que tange à educação secundária, na qual está inclusa a educação técnica e profissional, a necessidade de ser disponibilizada e acessível a todos, disposição semelhante à DUDH, com um acréscimo referente à introdução progressiva da gratuidade; e a importância de se conferir a todos o acesso à educação superior, com base na capacidade/mérito, o que já apregoava a DUDH.

Não obstante as similaridades e a presença de aspectos como a tese das obrigações mínimas e da aplicação progressiva, fato é que o direito à educação é reconhecido de forma extensa nesse Pacto, abarcando aspectos não contemplados na DUDH (BORGES, 2009), como a implantação progressiva da gratuidade no ensino secundário.

No sistema global de proteção, não há como negar que, aos Pactos de 1966, seguiram-se várias declarações ou convenções sobre direitos humanos. Porém, até a queda do Muro de Berlim, iniciada em 9 de novembro de 1989, apenas algumas tangenciaram a temática da educação, afirmando-a como um direito humano; e as que trataram da educação em direitos humanos, o fizeram de maneira implícita¹⁰.

¹⁰ Inclusive o tratado de direitos humanos aprovado logo após a queda do Muro de Berlim, no caso, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, procede assim – vejam-se os artigos 28 e 29 sobre o direito da criança à educação.



3 A DECLARAÇÃO E O PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA: NOVOS LINEAMENTOS PARA A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Logo após a queda do Muro de Berlim, toma lugar a convocação da II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em um período em que o sistema internacional havia evoluído bastante nessa esfera, tanto que se pode afirmar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tinha se convertido no ramo mais regulamentado do direito internacional (ALVES, 2000).

Essa conferência consistiu no maior encontro internacional havido sobre o tema, que, de 14 a 25 de junho de 1993, na cidade de Viena, teria congregado representantes de todas as grandes culturas, religiões e sistemas sociopolíticos, com delegações de todos os mais de 170 países existentes à época (ALVES, 2013).

Nessa Conferência, os direitos humanos foram formalmente universalizados, revigorando-se, assim, a memória da DUDH que já apregoava sua universalidade. Mas, não tão só: vê-se que ela consagrou novos princípios: o princípio da indivisibilidade, o princípio da interdependência e o princípio da inter-relacionariedade (MAZZUOLI, 2017).

Suas recomendações estão contidas em seu documento final, alcunhado de Declaração e Programa de Ação de Viena, adotado, sem votos, em 25 de junho de 1993, que representa “[...] o referencial de definições e recomendações mais atualizado e mais amplo sobre direitos humanos, acordado sem imposições, na esfera internacional” (ALVES, [2000], p. 10).

Trata-se de documento internacional adotado de forma consensual, sem votação e sem reservas nos dizeres de Alves (2013), o qual, além de reiterar, em seu artigo 5º, a concepção da DUDH, acaba por estender, renovar e ampliar o consenso sobre a universalidade dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012).

No que concerne à questão da universalidade desses direitos ou ao embate entre o universalismo e o relativismo cultural, cabe destacar que a Declaração e Programa de Ação de Viena chegou a um denominador comum coerente através de seu artigo 5º (MAZZUOLI, 2017). Este, ao reconhecer, ao lado da universalidade dos direitos humanos e da necessidade de os proteger e promover independentemente dos sistemas políticos, econômicos ou culturais, a importância de se ter em mente as particularidades nacionais e regionais, bem como os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos. No que diz respeito à área de educação



propriamente, sublinhe-se que ela é tratada tanto na Parte I quanto na Parte II do documento em questão.

Em consonância com a DUDH, a Conferência de Viena aponta, no parágrafo 33 da Parte I, ao salientar as obrigações dos Estados em relação à educação, para um objetivo pertinente a uma EDH – fortalecer o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais.

Ainda nesse dispositivo, enfatiza a importância de incorporar a questão dos direitos humanos em programas de educação, e, na sequência, fazendo menção expressa à educação em direitos humanos – diferentemente da DUDH e de outros instrumentos internacionais que antecederam o documento em questão –, estabelece que “[...] *education on human rights and the dissemination of proper information [...] play an important role in the promotion and respect of human rights with regard to all individuals without distinction of any kind [...]*” (ONU, 1993, p. 8). Ademais, ganha relevo o título D da Parte II, o qual trata justamente da educação em direitos humanos (*human rights education*) e compreende os parágrafos 78, 79, 80, 81 e 82.

Conquanto se possa afirmar, tal qual Alves (2000), que a maior novidade de Viena nessa área tenha sido a recomendação de que a ONU considerasse a proclamação de uma década para a educação em direitos humanos¹¹, o que está previsto no § 82, é preciso tecer considerações acerca das demais recomendações.

No § 78, a Conferência de Viena estipula a essencialidade da EDH para a promoção de relações estáveis e harmoniosas entre as comunidades, e para o favorecimento da paz.

No § 79, reitera-se que essa educação deve ser dirigida ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. Além disso, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos convoca Estados e instituições a incluam os direitos humanos como disciplina nos estabelecimentos de ensino formais e não formais. No § 80, desvela-se o conteúdo da EDH ao se afirmar que ela deve incluir a paz, a democracia, o desenvolvimento e a justiça social. No § 81, a Conferência de Viena recomenda aos Estados que desenvolvam programas e estratégias específicos para garantir a mais ampla EDH e a disseminação de informação ao público. No já citado § 82, tem-se ainda a convocatória para que os governos, com o apoio de organizações intergovernamentais, não governamentais e instituições nacionais, promovam uma maior conscientização para os direitos humanos.

¹¹ Essa década correspondeu ao período de 1995 a 2004.



Imperioso dizer, por fim, que o sistema de proteção da ONU saiu fortalecido da Conferência de Viena (ALVES, 1994), com a Declaração e Programa de Ação. Da mesma forma, a educação em direitos humanos, que foi expressamente afirmada como um direito humano e mais bem delineada no aludido documento. Certamente, abriu-se uma porta para a entrada de outros instrumentos e tratados em defesa de uma EDH.

4 PÓS-QUEDA DO MURO DE BERLIM E A CRISE FINANCEIRA DE 2008: NOVOS RUMOS PARA A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO UM DIREITO?

A análise preliminar constitui estratégia importante para o exame da problemática central deste artigo. Conforme pontuam Lapavitsas e Morera (2011), para entender alguns dos delineamentos e repercussões da crise na qual o mundo está imerso desde meados de 2008, é necessário retroceder até a gênese das normativas acima trabalhadas¹².

Conforme pode se perceber com base nos dados coletados e apresentados nas seções anteriores, o quadro teórico-normativo construído ao longo das últimas décadas já ofereceu um substrato sólido o suficiente para que os direitos à educação e à educação em direitos humanos fossem, à essa altura, realidades concretas em todo o globo.

Entretanto, transpassados 32 anos da queda do Muro de Berlim, será possível afirmar que todos esses avanços obtidos no mundo do **dever-ser** se materializaram numa realidade subjacente aos Estados que compõem a ONU e todos seus organismos?

Entender a amplitude desse questionamento e os impactos da crise na qual o mundo se encontra imerso desde o início deste milênio é fundamental para que seja possível compreender, também, os desafios que são enfrentados no âmbito da concretização dos direitos sociais (e especificamente do direito à educação), bem como da educação em direitos humanos.

Desde 2000, a ONU (especificamente UNESCO) reúne esforços para implementar sua agenda no que tange à efetivação do direito à educação e à promoção da educação em direitos humanos. Nesse desiderato, ainda no ano de 2000, realizou o Fórum Mundial da Educação¹³, o qual contou com a participação de mais de 196 (cento e noventa e seis) governos, e ocasião na

¹² Nesse desiderato, Bauman e Bordoni (2016) vão um pouco além, estabelecendo um elo entre a crise atual e a primeira grande crise do capitalismo.

¹³ O aludido fórum foi realizado em Dakar, Senegal, entre os dias 26 e 28 de Abril. É por essa razão que o documento que embasa as metas perseguidas também pode ser referenciado como “Dakar Framework” (ou Documento de Trabalho de Dakar, numa tradução livre).



qual fora (re)construída uma agenda, a *Education for All (EFA/Dakar Framework)*¹⁴⁻¹⁵, com alguns dos objetivos principais¹⁶ que deveriam ser perseguidos pelos Estados-membros, além de ter se dado início à construção de algumas normativas internacionais, posteriormente implementadas no âmbito das Nações Unidas.

Durante 15 (quinze) anos, a UNESCO, juntamente com outras organizações não-governamentais e *experts* no tema, monitorou as transformações no campo da educação, produzindo, ao final, um relatório de mais de 500 (quinhentas) páginas, denominado *Education for All: Final Report*.

Logo na introdução do relatório, é destacado pela diretora-geral da UNESCO Irina Bokova:

[...] there has been tremendous progress across the world since 2000 [...] despite all efforts by governments, civil society and the international community, the world has not achieved Education for all [...] **what is more, education remains under-financed** (UNESCO, 2015a, p. 1, Grifo Nosso).

Destaca-se alguns dados do aludido relatório. Segundo a UNESCO (2015a), cerca de 34.000.000 (trinta e quatro milhões) de novas crianças ingressaram nas escolas entre 2000 e 2015, diminuindo-se cerca de 50% (cinquenta por cento) do número total de crianças fora da escola. Sem embargo disso, o número absoluto de crianças que segue fora da escola permanece o mesmo – 58.000.000 (cinquenta e oito milhões).

Assim, dos objetivos traçados no EFA, nenhum foi plenamente contemplado. Apesar de alguns países terem aumentado os investimentos, a realidade é que a educação ainda não é uma prioridade para a maioria esmagadora dos países do mundo – enquanto a UNESCO recomenda

¹⁴ É importante ter em mente que essa denominação “Education for All” é encontrada de maneira repetida em diversos documentos da UNESCO, uma vez que nascem como frutos de conferências mundiais patrocinadas pela organização e que levam o mesmo nome. Em 1990, por exemplo, foi realizada em Jomtien, Tailândia, uma reunião com essa nomenclatura, na qual fora apresentado um relatório (*Final Report*) que também carrega essa expressão. Para maiores informações Cf. INTER-AGENCY COMMISSION. UNDP, UNESCO, UNICEF, WORLD BANK. **Final Report**. World Conference Education for All: Meeting Basic Learning Needs, 1990. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000097551>. Acesso em: 16 fev. 2020.

¹⁵ Para acesso integral do aludido documento Cf. UNESCO. **The Dakar Framework for Action**. Education for All: Meeting our Collective Commitments, 2000. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000120240?posInSet=2&queryId=3b0a6a04-b263-4677-9a23-f6e44fa9dd6f>. Acesso em: 17 fev. 2020.

¹⁶ Constituem as áreas centradas pelos objetivos da agenda EFA: i) cuidados na primeira infância e educação; ii) universalização da educação primária; iii) habilidades de jovens e adultos; iv) letramento de adultos; v) paridade de gênero e igualdade; e vi) qualidade na educação.



um investimento de 15% a 20% do PIB na área de educação, a média global desse indicador fica na casa dos 13,7% (UNESCO, 2015a).

Essa realidade se torna ainda mais latente quando se enfatiza o recorte de países que ocupam a periferia do mundo. Em 2015, nos países mais pobres, 1 (uma) a cada 6 (seis) crianças não finalizou o ensino primário (UNESCO, 2015a).

Isso se dá, sobretudo, porque a concretização do direito à educação encontra-se intimamente relacionada com a própria “presença” do Estado. Entretanto, dado o quadro no qual estão inseridos os países da periferia do mundo desde a crise de 2008, vive-se hodiernamente num “Estatismo sem Estado” (BAUMAN; BORDONI, 2016).

Conforme anunciam Bauman e Bordoni (2016) ao discutir as promessas feitas pelo Estado moderno e que foram sistematicamente retiradas ao longo dos últimos anos:

As garantias sociais que até poucas décadas atrás eram o sustentáculo da existência individual foram descontinuadas, rebaixadas e esvaziadas de sentido [...] *Cortes nos gastos públicos limitam os serviços essenciais, desde o direito à educação até o atendimento de saúde [...]* Tudo se tornou discutível, questionável, instável, destinado a perecer ou ser eliminado com uma canetada, *em função de necessidades urgentes, problemas de orçamento [...]* O aspecto mais odioso dessa manobra, anunciada com a solenidade de pessoas corajosas tomando decisões corajosas para a salvação do mundo, *é que essas decisões invariavelmente afetam os fracos [...]* subtrair de todos na mesma medida (ou fazer mais pessoas pagarem mais, proporcionalmente) é um ato ostensivo de injustiça porque *prejudica os mais desfavorecidos, os pobres e os necessitados* (Grifos do autor).

Analisando por essa ótica, portanto, é fácil entender a razão pela qual não somente os objetivos perseguidos pelo Documento de Trabalho de Dakar não foram plenamente implementados em escala mundial, como, também, a razão pela qual os países periféricos, sem embargo dos avanços, ainda permanecem muito aquém daquilo que fora inicialmente traçado como objetivos que a essa altura já deveriam estar próximos de serem alcançados.

A fome e a falta de nutrição, a título exemplificativo, ainda correspondem a uma parcela substancial (UNESCO, 2015a) deste problema (a falta de efetivação do direito à educação) e só podem ser superadas através de uma intervenção substancial do Estado.

Nesse desiderato, programas de transferência de renda, como, por exemplo, o Bolsa Família, são essenciais. O próprio relatório final produzido pela UNESCO (2015a) cita, em diversas passagens, o exemplo brasileiro como uma experiência de sucesso nesse sentido.



Atrelado a isso, outro eixo essencial para superação da problemática também vai no sentido da necessidade de presença do Estado, uma vez que a promoção da educação perpassa por investimentos maciços **na infraestrutura e outros serviços básicos (como a saúde)**, conforme apontado pelo relatório (UNESCO, 2015a).

Nesta senda, percebe-se como a própria concepção e realização de um direito à educação em escala mundial, ainda encontra muitos óbices, correspondendo em certa medida muito mais a um anseio, do que propriamente a uma materialização em dados capazes de afirmar sua existência e efetivação. **Como pensar, então, dentro de uma problemática, per se, já tão ampla, a educação em direitos humanos?**

Atentas a essa questão-chave, em 2015, diversas organizações internacionais presentes no Fórum Mundial de Educação (UNESCO, UNICEF, UNFPA, UNDP, Banco Mundial, ACNUR, dentre outras), manifestaram seus apontamentos, sugestões e anseios, os quais foram condensados na Declaração de Incheon (UNESCO, 2015b).

Com essa visão, transformadora e universal, percebem-se as ‘questões inacabadas’ da agenda da EPT e ODM relacionadas à educação e também se abordam desafios globais e nacionais da educação. **Ela é inspirada por uma visão humanista da educação e do desenvolvimento, com base nos direitos humanos e na dignidade; na justiça social; na inclusão; na proteção; na diversidade cultural, linguística e étnica;** e na responsabilidade e na prestação de contas compartilhadas (UNESCO, 2015b, p. 1, Grifo nosso).

O aludido documento, portanto, sem ignorar toda a problemática identificada pelos relatórios já analisados e, articulando-se com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4 (ODS-4), aponta novas metas que devem ser perseguidas pelos Estados. Nesse desiderato, vai um pouco além das normativas anteriores, plasmando em seu texto de maneira explícita e recorrente a importância assumida pela Educação em Direitos Humanos na efetivação do direito à educação.

Em seu marco de ação, além de destacar em diversos pontos a importância de questões já suscitadas – como a necessidade de financiamento maciço (UNESCO, 2016) –, as entidades responsáveis pela sua elaboração transpassam questões meramente monetárias, dando centralidade à Educação em Direitos Humanos e firmando-a como um dos pilares para “desbloquear o poder da educação” (UNESCO, 2016, p. 25).

Nesta senda, em diversas passagens, é possível encontrar menção à importância de que a educação deve se basear em uma perspectiva “holística e humanista” (UNESCO, 2016, p. 6 e



ss.), além de sugerir que todo processo educativo baseado na EDH transforma-se na “forma mais poderosa de alcançar a igualdade de gênero” (UNESCO, 2016, p. 25) e de promoção de uma “cultura de paz, não violência e cidadania” (UNESCO, 2016, p. 19 e ss.).

Analisando, assim, os objetivos, metas e abordagens estratégicas sugeridas pelas mencionadas entidades, percebe-se, sobretudo, nas discussões acerca das metas 4.1¹⁷ e 4.7¹⁸ não só a forte presença de indicadores de fomento à EDH, mas, sobretudo, a sua utilização como vetor de auferir a própria qualidade das práticas de ensino e aprendizagem.

Destacam-se as abordagens estratégicas atinentes à revisão de currículos com a finalidade de contemplar com mais assertividade “habilidades, competências, valores, aspectos culturais, conhecimentos e sensibilidade de gênero” (UNESCO, 2016, p. 37), além da necessidade iminente de construir as práticas educacionais com base na “educação para a cidadania global (ECG), que inclui educação sobre paz e direitos humanos” (UNESCO, 2016, p. 49), trazendo para o cotidiano da sala de aula (e da escola) a “problematização de temas como direitos humanos, igualdade de gênero [...] cidadania responsável e engajada [...]” (UNESCO, 2016, p. 50).

Com base na análise detalhada do aludido documento, portanto, pode-se afirmar que a imbricação entre “direito à educação” e a “educação em direitos humanos” (mencionados no início desta seção), denota que essa indissociabilidade (quase orgânica) é responsável pela metamorfose que permite (a)firmar a educação em direitos humanos como um direito dentro do sistema global onusiano o qual, em última instância e dada a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, é uma das referências ao direito interno aqui existente.

5 CONCLUSÃO

Transcorridos 32 anos após a queda do Muro de Berlim, o que o Sistema Global da Organização das Nações Unidas teria a dizer sobre o direito à educação e à educação em direitos humanos?

¹⁷ “Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos completem uma educação primária e secundária gratuita, equitativa e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes” (UNESCO, 2016, p. 33).

¹⁸ “Até 2030, garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável, inclusive, entre outros, por meio da educação para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida sustentáveis, direitos humanos, igualdade de gênero, promoção de uma cultura de paz e não violência, cidadania global, e valorização da diversidade cultural e da contribuição da cultura para o desenvolvimento sustentável” (UNESCO, 2016, p. 46).



Esse foi o panorama que se tentou delinear ao longo da construção da investigação, partindo de uma análise documental centrada nas principais normativas emanadas pela ONU, seus organismos e colaboradores, que circundam a proteção da educação como um direito humano; até identificar o atual estágio e âmbito dessa proteção.

Para isso, partiu-se de um recorte cronológico centrado no início da década de 90, selecionando-se a “queda do Muro de Berlim” como marco histórico, dada a sua relevância geopolítica e imbricação com as tensões que permearam a atuação das Nações Unidas na segunda metade do século XX; e, também, por ser o ano de 1990 fundamental para compreensão daquilo que foi construído acerca do direito à educação dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da educação em direitos humanos no âmbito internacional, sobretudo a partir da realização da Conferência de Jomtien e da confecção, nesta última, da Declaração Mundial de Educação para Todos.

Conforme os resultados apresentados, é perceptível que os esforços internacionais em prol do fomento à educação alcançaram alguns resultados, mas, sobretudo, os impactos da crise de 2008 (principalmente na diminuição do financiamento público das iniciativas no campo educacional) fazem com que o movimento observado seja muito mais pendular (ora marcado por avanços, ora marcado por retrocessos), do que propriamente uma trajetória linear rumo a um horizonte de materialização plena do direito à educação.

Ademais, ao superar a análise do direito à educação sob um aspecto puramente formal (ou estatístico) e, compreendendo, tal como visto no último tópico, que a Declaração de Incheon alça a educação em direitos humanos ao patamar de elemento essencial à efetivação do direito à educação, percebe-se o quão longe ainda se está desse horizonte.

O reconhecimento da educação em direitos humanos não somente como um direito do sistema global da ONU, mas como um catalisador das transformações materiais e qualitativas das práticas educacionais, revela a longa estrada que ainda há de ser percorrida por diversos Estados na reforma dos seus sistemas educacionais.

Nesse desiderato, analisando a situação brasileira, apenas a título exemplificativo, é perceptível, dado os problemas estruturais que enfrenta e hoje saltam aos olhos em meio à pandemia do novo coronavírus, quer seja no aspecto formal/estatístico (financiamento e infraestrutura), seja no aspecto material/qualitativo (aplicação do ferramental da EDH), a



transmutação do direito à educação em realidade é, ainda (e infelizmente), um exercício de ficção jurídica que alimenta o realismo utópico daqueles que enfrentam diuturnamente lutas em prol da transformação da ficção em realidade.

Entretanto, no país do “apagão da educação”, pautas como a permanência do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB) e a democratização de todos os níveis de ensino, não deveriam ser somente uma questão de cumprimento dos paradigmas estabelecidos pelo sistema global onusiano (do qual o Brasil faz parte); são, na verdade, os elementos essenciais para que seja possível falar, enfim, em um projeto de nação.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2013.

ALVES, José Augusto Lindgren. A Atualidade retrospectiva da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 53, [2000]. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/atualidade.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

ALVES, José Augusto Lindgren. A ONU e a proteção dos direitos humanos. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 37, n. 1, p. 134-145, 1994.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. **A educação como um direito fundamental, um bem público e um serviço comercializável**. Campina Grande: EDUEPB, 2018.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. **Do direito à educação nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos** – o caso da educação superior. 2009. 98 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2009.



BORGES, Maria Creusa de Araújo. Princípios norteadores da educação em direitos humanos na instituição universitária. **Verba Juris**, ano 7, nº 7, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, João Pessoa, UFPB, p. 133-175, jan./dez. 2008.

CASTILHO, Ricardo. **Educação e Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

HÄBERLE, Peter. La Constitución como cultura. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 6, p. 177-198, 2002.

INTER-AGENCY COMMISSION. UNDP, UNESCO, UNICEF, WORLD BANK. **Final Report**. World Conference Education for All: Meeting Basic Learning Needs, 1990. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000097551>. Acesso em: 16 fev. 2020.

LAPAVITSAS, Costas; MORERA, Carlos. **La crisis de la financiarización**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Económicas, 2011.

LEAL, Rogério Gesta; GORCZEVSKI, Clovis. Artigo 13º. *In*: COUTO, Mônica Bonetii (Org.). **Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Curitiba: Clássica, 2013, p. 213-224.

LEITE, Flávia Piva Almeida; BORGES, Maria Creusa de Araújo. Direito Internacional dos Direitos Humanos – Apresentação. *In*: LEITE, Flávia Piva Almeida *et al* (Coord). **Direito Internacional e Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019, p. 137-140.

LIMA, Carolina Alves de Souza. Artigo 14º. *In*: COUTO, Mônica Bonetii (Org.). **Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Curitiba: Clássica, 2013, p. 225-238.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ONU. **Vienna Declaration and Programme of Action**. 1993. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.



ONU. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

ONU. **Universal Declaration of Human Rights**. 1948. Disponível em: [https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E). Acesso em: 13 jan. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA JÚNIOR, Fernando Leitão. A economia solidária em tempos de capitalismo financeirizado de cariz neoliberal: emancipação social ou resignação? **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, Vitória da Conquista-BA, n. 19, p. 263-302, 2015. Disponível em: <http://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/2081/1766>. Acesso em: 10 jan. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. Educação em/para os direitos humanos: entre a universalidade e as particularidades, uma perspectiva histórica. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy *et al* (Org.). **Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

UNESCO. **Convention against Discrimination in Education**. 1960. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132598>. Acesso em: 28 jan. 2020.

UNESCO. **The Dakar Framework for Action**. Education for All: Meeting our Collective Commitments. Dakar, 2000. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000120240?posInSet=2&queryId=3b0a6a04-b263-4677-9a23-f6e44fa9dd6f>. Acesso em: 17 fev. 2020.

UNESCO. **Education for all 2000-2015: Achievements and Challenges**. 2015a. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000232205>. Acesso em 18 fev. 2020.

UNESCO. **Declaração de Incheon**. Educação 2030: rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos. Incheon, 2015b. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233137_por. Acesso em: 19 fev. 2020.

UNESCO. **Educação 2030: Declaração de Incheon e Marco de Ação para a implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4**. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/aa_ppdeficiencia/aa_ppd_educacaoinclusiva



/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Incheon%20e%20Marco%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20-%20Educa%C3%A7%C3%A3o%202030.pdf. Acesso em: 07 jun. 2020.



“ÓBITO TAMBÉM É ALTA”: A TOTAL DESUMANIZAÇÃO DAS PESSOAS IDOSAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

“DEATH IS ALSO DISCHARGE”: TOTAL DEHUMANIZATION OF ELDERLY PERSONNEL DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Melina Girardi Fachin¹

Catarina Mendes Valente Ramos²

Resumo: O artigo busca analisar, após quase dois anos do começo da pandemia de COVID-19, a desumanização e monetização da vida idosa. Nos primeiros meses de avanço do vírus, ao se observar a maior taxa de mortalidade entre pessoas idosas, houve diversos debates acerca da precarização da proteção do idoso, ainda que com vasta proteção nacional e internacional a este setor populacional. Atualmente, após o desastroso desempenho do Brasil durante a pandemia e com mortos na faixa dos centenas de milhares, percebe-se que pouco se aprendeu nessa seara de desvalorização da vida idosa. Inclusive, quando há lucro envolvido, a morte é desejada por entes públicos e privados, como foi possível perceber com o escândalo de corrupção envolvendo a compra de vacina e os atos do plano de saúde da Prevent Senior, fazendo testes não permitidos com pacientes e deixando-os morrer para vagar leitos. Neste sentido, buscou-se, com revisão bibliográfica e das notas taquigráficas da CPI do COVID-19, trazer a hodiernidade da questão da monetização da vida, principalmente da vida idosa, e como isso é frontalmente contrário aos corolários dos direitos humanos que o Brasil se comprometeu nacional e internacionalmente. Com isso, conclui-se que pouco se aprendeu com o peso das mortes evitáveis que este governo negacionista teve e tem de carregar.

Palavras-chave: Corrupção; Comissão Parlamentar de Inquérito; desvalorização da vida; direitos humanos da pessoa idosa; morte programada.

¹ Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); coordenadora do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH) e do Centro de Estudos da Constituição (CCONS), ambos da UFPR.

² Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná - UFPR



Abstract: The article seeks to analyze, almost two years after the beginning of the pandemic of COVID-19, the dehumanization and monetization of the elderly. In the first months of the virus' advance, when the highest mortality rate among the elderly was observed, there were several debates about the precariousness of the protection of the elderly, even though there is vast national and international protection for this sector of the population. Currently, after Brazil's disastrous performance during the pandemic, with deaths in the hundreds of thousands, it is clear that little has been learned in this area of devaluation of the elderly. Even when there is profit involved, death is desired by public and private entities, as it was possible to see with the corruption scandal involving the purchase of vaccine, and the acts of the Prevent Senior health plan, making unauthorized tests with patients and leaving them to die to vacate beds. In this sense, it was sought, through literature review and the tachygraphic notes of the CPI of COVID-19, to bring the modernity of the issue of monetization of life, especially the elderly, and how this is frontally contrary to the corollaries of human rights that Brazil has committed itself nationally and internationally. With this, we conclude that little has been learned from the burden of preventable deaths that this denialist government has had and has to bear.

Keywords: Corruption; Parliamentary Inquiry Commission; devaluation of life; human rights of the elderly; programmed death.

Sumário: 1 Introdução; 2. Passado: “vamos aprender muito com a pandemia” 3. Presente: o que aprendemos 4. Futuro: o que virá? 5. Conclusão; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

617 mil mortos. 21 meses de pandemia. Com medo e insegurança, a vida se torna um *memento mori* diário. Não no sentido estoico, em que a lembrança da efemeridade da existência é elaborada e aceita, mas como um incômodo permanente, uma cólera irremediável. Se o anjo da história – Angelus Novus³ eternizado por Paul Klee e ressignificado por Walter Benjamin -, olha para o passado, mas não consegue deter-se a ele para de algum modo extirpá-lo de uma essência sem significado, do mesmo modo somos impedidos a seguir nossas vidas sem devidamente vivermos nossos lutos ou nos atentarmos ao esgotamento de nossos espíritos.

³ KLEE, Paul. *Angelus Novus*, 1920. Tinta nanquim, tinta e óleo, papel, aquarela. 31,8 centímetros X 24,2 centímetros. Localizado no Museu de Israel.



Interessante trazer o enxerto literal:

Há um quadro de Klee que se chama *Angelus Novus*. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso⁴.

Com essa ideia de que “não se pode parar” o progresso, apresentado por algumas cidades ao redor do mundo durante a pandemia, foi possível perceber como o chamado progresso é moldado por aqueles que contam a história – os “vencedores”, como diria Benjamin. Mas não apenas isso, como os pilares norteadores considerados progressistas são frutos diretos das relações de poder, de forma a basear políticas públicas, mentalidades corporativistas e, inclusive, do imaginário coletivo.

No início da pandemia, as autoras realizaram estudo acerca da proteção da pessoa idosa no âmbito nacional e internacional, e do avanço no paradigma social e do direito ao envelhecimento ativo, saudável e civicamente equiparado. No paradoxalmente longínquo e atemporal março de 2020, com poucas descobertas acerca do então novo COVID-19, a maior taxa de mortalidade entre pessoas idosas levantou questões relativas à valoração da vida.

A falsa dicotomia entre segurança salutar e economia tomou conta dos palcos públicos, deixando claro a preferência de diversos entes públicos e privados pela segunda em detrimento da primeira. Atualmente, mesmo com a população brasileira já em dose de reforço da vacina, a questão ainda se mostra atual, tendo em vista a flagrante e temerária desvalorização da vida da pessoa idosa. O evento aqui trazido com primazia é o escândalo apurado pela Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI do Covid – quanto ao comprovado atraso na compra de vacinas, à insistência de um tratamento público ineficaz e à relação com um plano de saúde especializado para idosos que lidava com a morte apenas como uma vacância para o próprio cliente moribundo.

⁴ BENJAMIN, Walter. Sobre o Conceito de História (1940). In: *Obras Escolhidas*, v. I, Magia e técnica, arte e política. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. Prefácio de Jeanne Marie Gagnebin. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 226.



Neste sentido, buscou-se, com revisão bibliográfica e das notas taquigráficas da CPI do COVID-19, trazer a hodiernidade da questão da monetização da vida, principalmente da vida idosa, e como isso é frontalmente contrário aos corolários dos direitos humanos que o Brasil se comprometeu nacional e internacionalmente.

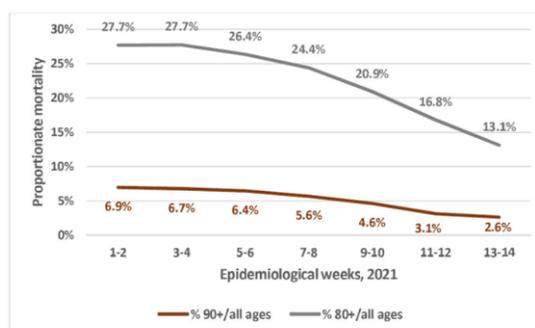
Que possamos olhar o passado de modo a repensar o presente, sem sermos atonitadamente jogados para o futuro pela tempestade desastrosa do progresso.

2 PASSADO: “VAMOS APRENDER MUITO COM A PANDEMIA”

Durante diversos meses, era comum escutar que, com o isolamento, a lembrança constante de efemeridade, e as mudanças no estilo de vida de modo geral, que se iria aprender muito com a pandemia. Talvez o consumo excessivo da positividade tóxica na mídia⁵ gere a um negacionismo por alguns indivíduos, o que se soma àqueles que o utilizam como política pública de sucateamento e das dezenas de milhares de mortes evitáveis devido à negativa perversa contra a ciência e auxílio aos mais vulneráveis.

Conforme dados do Instituto Butantan, na relação entre janeiro-fevereiro (quando poucos idosos haviam tomado a segunda dose) e abril, a queda no número de mortes na população acima dos 80 anos foi de 25% para 13%⁶. Conquanto a notícia de queda seja promissora, é possível perceber o quão elevadas as taxas de morte estavam antes da vacinação da CoronaVac:

Figure 1. Proportionate mortality of individuals aged 80 or more and 90 or more years relative to deaths at all ages from January to April, Brazil, 2021.



7

⁵ Algumas influenciadoras digitais, inclusive, chegaram a agradecer ao Covid-19, pela forma como passaram a viver com ainda mais privilégio e comodidade. [METRÓPOLIS. Gabriela Pugliesi agradece coronavírus e é detonada: “Vergonha”. 29 de março de 2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/pipocando/gabriela-pugliesi-agradece-coronavirus-e-e-detonada-vergonha>. Acesso em: 29 nov 2021].

⁶ BUTANTAN. CoronaVac está associada à queda da mortalidade de idosos por Covid-19, demonstram estudos. Maio, 2021. Disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/coronavac-esta-associada-a-queda-da-mortalidade-de-idosos-por-covid-19-demonstram-estudos>. Acesso em: 29 nov 2021.

⁷ Idem.



No entanto, mesmo assim, houve iniciativas como o “Placar da Vida”⁸, divulgado pela Secretaria de Comunicação diariamente em abril de 2020, para demonstrar os recuperados de COVID-19 enquanto o país enfrentava o aumento exponencial de números de infectados e mortos. A insistência em dar um ar otimista, em conjunto com o ataque à mídia que “só mostrava corpo e caixão” e que “torcia contra”, foi um grande catalizador do pensamento ignorante – seja daquele que não tem conhecimento ou mesmo daquele que o tem, mas ignora - que apenas contribuiu para o enfrentamento inadequado da situação.

A ideia de conseguiríamos aprender e tirar o melhor da situação, ou tentar resgatar somente os aspectos positivos desta, cria uma abnegação cômoda pelos representantes públicos, que não são cobrados ou responsabilizados na por seus atos omissivos ou violatórios. A falta de *accountability* já própria do neoliberalismo⁹, em conjunto com governantes que não se responsabilizam¹⁰ tomam contornos ainda mais graves durante as crises sanitária, econômica, social, democrática e de humanização.

Essa esperança ingênua – ou mal-intencionada – combinada com o negacionismo institucionalizado gerou descrença com a seriedade da situação, conteúdos jocosos e recusa em aprender com o exemplo de outros países que sofreram a primeira onda anteriormente. O

⁸ BBCNEWS. 'Placar da vida' do governo estimula negacionismo por omitir realidade trágica da covid-19, dizem cientistas. Maio, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-52765075>. Acesso em: 29 nov 2021.

⁹ Ao inserir o pensamento corporativista na lógica de Estado, reduz-se a ideia de cidadania à participação no crescimento nacional, encolhendo todas as possibilidades de seu exercício. Do mesmo modo, menciona a responsabilização do indivíduo pela Estado, em clara a inversão do contato social clássico. Outro ponto relevante levantado pela autora é o da delegação e sub-rogação de responsabilidades, o que torna difícil a identificação clara de responsáveis. [BROWN. Wendy. *Cidadania Sacrificial: Neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Pequena biblioteca de ensaios. Zazie Edições: 2018, p. 10]. No caso da pandemia, por mais que ocorra esse obstáculo mencionado, alguns atos são claros na responsabilização do Chefe do Executivo, como o menosprezo pelas comunidades indígenas, discursos negacionistas, omissão na compra de vacinas, ataque às mídias que vinculavam notícias do vírus, recusa em cumprir com protocolos de segurança, sigilo acerca de sua vacinação, mudanças sistemáticas de Ministros de Saúde por questões ideológicas, dentro outros.

¹⁰ Em diversas falas públicas, o Presidente da República se posicionou como mero telespectador da tragédia ocorrida pela sua chefia. Frases como “se está superdimensionado o poder destruidor desse vírus”, ou chama-lo de “gripezinha”, uma vez que o “brasileiro pula em esgoto e não acontece nada”. Em falas gravíssimas como “eu não sou cozeiro”, ou mesmo “e daí, quer que eu faça o que?”, ele se afasta do claro nexos de causalidade entre seu governo e a quantidade desgovernada de mortos. Chega a culpar o rumo natural da vida (“a gente lamenta todos os mortos, mas é o destino de todo mundo”), a inevitabilidade da contaminação (“é como uma chuva, vai atingir você”), a população (“país de maricas), a economia (“o Brasil está quebrado. Eu não consigo fazer nada”), ou mesmo a duvidar da credibilidade da vacinação (“se tomar vacina e virar jacaré não tenho nada a ver com isso” ou “não está comprovada cientificamente”). PODER360. 251 mil mortes por covid: Relembre as falas de Bolsonaro sobre a pandemia. Fevereiro, 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/1-ano-de-covid-no-brasil/251-mil-mortes-por-covid-relembre-as-falas-de-bolsonaro-sobre-a-pandemia/>. Acesso em: 3 dez 2021.



desrespeito à população idosa se demonstrou de modo concreto¹¹, com aglomerações sociais até que legislada sua proibição, e na linguagem, ao relativizar a mortalidade do vírus ao restringir os casos fatais apenas a idosos.

Em estudo realizado pelas autoras no ano precedente, analisando a perspectiva utilitarista em contraposição à kantiana, demonstrando justamente como cada vida, em si, importa e tem proteção no cenário dos direitos humanos. Não há o que se falar em algo que “irá afetar mais somente os idosos”¹², como uma escusa para o descarte de uma parcela da população que, por muitas vezes não se encontrar em idade laboral, é considerado prejuízo¹³.

Isso pois o utilitarismo apresenta diversos pontos passíveis de crítica, como a falta de diferenciação dos valores no cálculo a maximização de felicidade de uma sociedade, em que direitos basilares como a vida são equiparáveis qualitativamente à vontade da maioria, por exemplo¹⁴.

Ao basear a moralidade em quantificação apenas, embasa parte do raciocínio econômico contemporâneo¹⁵. Mas, assim como os melhores poemas são lidos em sua língua nativa, para evitar erros na tradução, essa moeda comum ofertada por Benjamin Bentham perde as vicissitudes de cada variável considerada na equação de felicidade maximizada. Isso, inclusive,

¹¹ R7 PLANALTO. Coronavírus revela arrogância de jovens e desprezo pela velhice. Março, 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/prisma/r7-planalto/coronavirus-revela-arrogancia-de-jovens-e-desprezo-pela-velhice-16032020>. Acesso em: 31 mar 2020.

¹² Em diversos pronunciamentos, o Presidente da República Jair Bolsonaro se colocou contra o isolamento e medidas de segurança, uma vez que o grupo de risco são pessoas acima de 60 anos. Em um deles afirmou que: [...] espalharam exatamente a sensação de pavor tendo como carro-chefe o anúncio do grande número de vítimas na Itália, um país com grande número de idosos e com um clima totalmente diferente do nosso. [...] O que se passa no mundo tem mostrado que o grupo de risco é o das pessoas acima dos 60 anos, então por que fechar escolas? Raros são os casos fatais de pessoas sãs com menos de 40 anos de idade. Noventa por cento de nós não teremos (sic) qualquer manifestação, caso se contamine. [BRASIL. Pronunciamento do Presidente da República de 24/03/2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=VI_DYb-XaAE. Último acesso: 31/03/2020].

¹³ Um exemplo é a mentalidade durante o debate acerca da reforma da previdência: “Para a sociedade, a velhice aparece como uma espécie de segredo vergonhoso, do qual é indecente falar. [...] Aqueles idosos que, por variadas circunstâncias da vida, não efetuaram a contribuição para a previdência social, passaram a ter, a partir dos 65 anos de idade, o direito a um salário mínimo. Tal benefício visa a conferir a esses idosos, em situação de penúria, miserabilidade ou indigência, o mínimo de condições materiais para uma existência digna. Ocorre que a reforma em curso aumentou, em cinco anos, a idade mínima para a aquisição de tal direito, passando-a dos atuais 65 para os 70 anos de idade. A sociedade impõe à imensa maioria dos velhos um nível de vida tão miserável que a expressão “velho e pobre” constitui quase um pleonasma.” [JUSTIFICANDO. A velhice aviltada em nome da Reforma da Previdência. Carlos Eduardo Araújo. Julho, 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/07/22/a-velhice-aviltada-em-nome-da-reforma-da-previdencia/>. Acesso em: 30 nov 2021].

¹⁴ SANDEL, Michael J. Justiça [recurso eletrônico] / Michael J. Sandel; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

¹⁵ *Ibidem*, p. 47.



dá margem a atitudes totalitárias, retrógradas e violadoras de direitos, sob o véu de maior interesse econômico ou social¹⁶.

Como antinomia no estudo da moralidade, está o pensamento de seu contemporâneo Immanuel Kant, baseado principalmente na razão e na dignidade que diferenciam o homem como ser. Por meio da liberdade, ou seja, pelas escolhas pautadas apenas na racionalidade e não em sentimentos, seria possível alcançar a autonomia, em detrimento da heteronomia. Com esse exercício moral, chegam-se aos imperativos.

A moral, assim sendo, se pauta em considerar cada indivíduo como um fim em si mesmo (imperativo categórico), e não como um meio para outro algo¹⁷. A ideia de que cada ser humano tem seu próprio valor intrínseco auxiliou a basear a teoria moderna de que decorrem os direitos fundamentais inalienáveis.

Como se concluiu no artigo supramencionado, o perigo da análise indistinta sob a ótica utilitária que surge com o medo coletivo e com premissas enganosas é justamente o de relativizar a vida humana por critérios etários, de condição econômica, raça, gênero, etnia, corroborando para discurso que pregam a discriminação estrutural e institucional dos mais vulneráveis.

Isso se baseia não apenas no estudo teórico da moral, mas pelos dispositivos nacionais e internacionais que o Brasil é comprometido. O envelhecer como um processo natural da vida – a senescência – não se confunde com a patologia da senilidade¹⁸. A discriminação com a primeira, englobando todas as pessoas idosas na segunda categoria se coloca como construção social¹⁹, que coloca à margem do esquecimento esse setor da população.

¹⁶ Um exemplo trazido por Sandel é justamente o da análise de custo e benefício dos novos padrões de poluição do ar da Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (EPA). A agência, ao calcular o valor monetário por vida salva em consequência de um ar mais puro, estipulou 3,7 milhões por vida, exceto aqueles acima de 70 anos, no qual o valor atribuído fora de 2,3 milhões. [TIERNEY, John. Life: The Cost-Benefit Analysis. The New York Times: 18 de maio de 2003. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2003/05/18/weekinreview/life-the-cost-benefit-analysis.html>. Último acesso: 30/03/2020]. Conforme estudos de Harvard, até hoje o Valor de Vida Estatístico (value of statistical life – VSL) é utilizado no campo econômico, considerando a redução na expectativa de vida e probabilidade de falecimento em pouco espaço de tempo. [ALDY, Joseph E.; VISCUSI, W. Kip. Age Differences in the Value of Statistical Life: Revealed Preference Evidence. Rev Environ Econ Policy, Volume 10, Issue 2, Summer, July 21. Harvard Library: 2016].

¹⁷ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70 Ltda, 2007, p. 50.

¹⁸ CIOSAK, Suely Itsuko et al Senescência e senilidade: novo paradigma na atenção básica de saúde. Rev. esc. enferm. USP, São Paulo, v. 45, n. spe2, p. 1763-1768, Dec. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342011000800022&lng=en&nrm=iso. Último acesso em 31/03/2020.

¹⁹ SANTOS, Sofia Teodoro dos; SOUZA, Laura Vilela e. Envelhecimento positivo como construção social: práticas discursivas de homens com mais de sessenta anos. Rev. SPAGESP, Ribeirão Preto, v. 16, n. 2, p. 46-58, 2015.



Partindo de uma cultura positiva da velhice²⁰, promove-se a inserção do idoso na família e comunidade, com participação ativa na tomada de decisões e respeito de todas as suas garantias constitucionais e internacionais, principalmente tendo em vista o aumento quantitativo significativo do número de pessoas idosas no mundo²¹

Diversos exemplos de mecanismo mundiais podem ser citados: i) Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento (1982); ii) Princípio das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas (1991); iii) Declaração Política e Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento de Madrid.

Já quanto a nível regional: i) a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (aguardando a incorporação no Brasil, como PDC 863/2017)²²; ii) Estratégia Regional de Implementação para a América Latina e o Caribe do Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento (2003); a Declaração de Brasília (2007); o Plano de Ação da Organização Pan-Americana da Saúde sobre a Saúde dos Idosos, Incluindo o Envelhecimento Ativo e Saudável (2009); a Declaração de Compromisso de Port of Spain (2009); e a Carta de San José sobre os direitos do idoso da América Latina e do Caribe (2012).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também já assinalou que a idade também é uma categoria protegida pela norma de não discriminação do artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Isto “comporta, entre outras coisas, a aplicação de políticas inclusivas para a totalidade da população e um fácil acesso aos serviços públicos”²³. Ademais art. 17 do Pacto de São Salvador estabelece o direito à saúde, à alimentação, ao trabalho e à cultura, que engloba a esfera dos idosos.

Entretanto, mesmo com todo o arcabouço teórico e concreto, há bastantes questionamentos sobre o fato de termos aprendido ou não com todo o luto e pressa experienciados na prática. Um exemplo prático é trazido a seguir, que justamente traz à baila a

Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-29702015000200005&lng=pt&nrm=iso>. Último acesso em 31/03/2020.

²⁰ CANOTILHO, G.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 884 e 885.

²¹ A Organização da Nações Unidas informou que, desde os anos 70, vive-se a era do envelhecimento, aumentando de 962 milhões em 2017 para 1,4 bilhão em 2030 e 2,1 bilhões em 2050. [ONU. A ONU e as pessoas idosas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>. Último acesso: 30/03/2020].

²² Nela, é conceituado o “Envelhecimento ativo e saudável”, bem como identifica a velhice como a construção social da última etapa do curso de vida.

²³ Corte IDH. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. 08.03.2018. Série C nº 349, §122.



dúvida sobre se o pensamento neoliberal abre margens a aprendizados além daqueles que aumentem os lucros.

3 PRESENTE: O QUE APRENDEMOS

Passados muitos meses de pandemia, com inúmeros debates acerca de responsabilidade social, ou valorização da vida como acima exposto. No entanto, exemplos de como oportunidades de “aprender” foram utilizadas para o lucro não são raras, infelizmente.

Um caso que consubstancia o mencionado, da quantificação da vida em seu estado mais vil, é o da Prevent Senior, que fora averiguado pela Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI da Pandemia do Covid-19, no dia 28 de setembro de 2021 - 59ª sessão, em que a advogada de 12 médicos da instituição, Bruna Mendes dos Santos Morato, foi ouvida como testemunha.

A rede Prevent Senior, que aprioristicamente é um plano de saúde especializado em atender idosos, ganhou muitos clientes por cobrar mensalidades baratas. Este é um claro diferencial na área, uma vez que o valor do plano costuma custear quanto mais velho o cliente, justamente ser a hipótese de utilizar mais os serviços do que o adimplemento do valor gasto nas parcelas que pagam até o final da vida.

De modo geral, um plano de saúde costuma ser 5 vezes mais caro para idosos²⁴, o que faz com a maioria não tenha condições de pagar e recorra ao SUS, o que, principalmente durante a pandemia e seu constante sucateamento, acaba por superlotar e precarizar ainda mais os serviços da rede pública de saúde²⁵.

Todavia, no ano de 2020, o lucro da Prevent Senior foi de quase meio bilhão de reais, mesmo em uma pandemia de um vírus que tem grande transmissibilidade em idosos²⁶ e com a cobrança de valores mais baratos. A explicação para essa aparente inexatidão de cálculos tem suas bases em um grande esquema de corrupção que colocava acima os lucros do que a vida dos idosos.

²⁴ JC. *Plano de saúde para idosos chega a ser 464% mais caro do que para jovens*. Agosto de 2020. Disponível em: <https://jc.ne10.uol.com.br/economia/2020/08/11966471-plano-de-saude-para-idosos-chega-a-ser-464--mais-caro-do-que-para-jovens.html>. Acesso em: 29 nov 2021.

²⁵ UFSM. *Maioria dos idosos não tem plano de saúde e depende unicamente do SUS*. Setembro de 2021. Disponível em: <https://www.ufsm.br/midias/experimental/agencia-da-hora/2021/09/01/maioria-dos-idosos-nao-tem-plano-de-saude-e-depnde-unicamente-do-sus/>. Acesso em: 29 nov 2021.

²⁶ PREVENT SENIOR. *Demonstrações financeiros do ano de 2020*. Disponível em: <https://preventsenior.com.br/pdf/demonstracoes-financeiras/df2020.pdf>. Acesso em: 29 nov 2021.



Conforme os testemunhos e documentos comprobatórios, denúncias de extrema gravidade vieram às mesas dos senadores, denúncias estas que não se limitavam apenas ao discreto “deixar morrer” como diria Foucault da biopolítica neoliberal, mas que se condensa de forma perversa com o modelo explícito do “fazer morrer”, que remete à época dos suplícios públicos e tratamentos diferenciados entre os valores dos seres humanos.

Superlotação, falta de pessoal, falta de organização, falta de informação sobre a gravidade da doença, com visitas normais, mais propensos à contaminação

Foi primeiramente acionada para dialogar com a instituição acerca de três atitudes exigidas para que essas denúncias não fossem feitas às autoridades competentes²⁷: i) que a empresa assumisse publicamente que o estudo não foi conclusivo, ou seja, não existiu em nenhum momento, no estudo, a comprovação da eficácia do tratamento que eles chamaram de preventivo – depois se transformou em tratamento precoce; ii) que a empresa assumisse o protocolo institucional, porque os médicos não tinham autonomia; iii) que a empresa assumisse e fizesse um documento de compromisso de que, caso isso ocorresse, por ter sido um protocolo institucional, ou seja, sem autonomia, a empresa se responsabilizasse em arcar com aqueles custos, uma vez que estavam sob ameaças.

Isso pois os médicos não tinham autonomia alguma para prescrever tratamentos ou para não seguir o “manual de instruções” que recebiam hierarquicamente, como se tira do seguinte enxerto do testemunho:

Na verdade, é importante esclarecer que, quando nós trouxemos aqui mensagens de 2014, 2015, 2016 e 2017 sobre o lema da empresa de lealdade e obediência, o que eu queria esclarecer e expor a todos vocês é que essa sempre foi a ideologia da empresa; e onde existe uma ideologia de lealdade e obediência, não existe autonomia. Então, os médicos eram, sim, orientados à prescrição do *kit*. E esse *kit* vinha num pacote fechado e lacrado, não existia autonomia com relação até à retirada de itens desse *kit*. Inclusive, é muito importante observar também que, quando o médico queria tirar algum *kit*, ainda que ele riscasse na receita, o paciente o recebia completo. Então, ele tinha a informação de que ele tinha de tomar aqueles medicamentos, e o médico tinha que riscar, porque a receita também já estava pronta – inclusive, ela vinha com um manual de instruções²⁸.

²⁷ SENADO FEDERAL. Notas Taquigráficas, 28/09/2021 - 59ª - CPI da Pandemia. Em 11 minutos e 16 segundos. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/10259>. Acesso em: 3 dez 2021.

²⁸ Idem.



Uma das primeiras questões trazidas para a advogada dizia respeito da própria segunda dos médicos, uma vez que não eram disponibilizados EPI - Equipamentos de Proteção Individual aos médicos, em teoria para não alarmar os pacientes atendidos, “com notícias que se teve de pessoas, de funcionários que faleceram pela falta de EPI. Existe um caso emblemático, que é o falecimento de um enfermeiro que trabalhava na Prevent Senior, que já lidava com casos de covid, mas ele não podia usar o EPI”²⁹.

Logo após o debate e solução do uso do EPI, houve a obrigatoriedade de utilização de um conjunto medicamentos, chamado de “protocolo de manejo” com um conjunto de medicamentos específicos para todo o complexo hospitalar, sem qualquer diferenciação por unidade. Um diretor clínico, inclusive, afirmou não ter como “deixar de obrigar o médico do meu hospital a prescrever”³⁰.

A questão toma contornos ainda mais relevante com o envolvimento do presidente da empresa, Pedro Batista, como Governo Federal. Conforme relatado pela advogada na CPI, o empresário tentou se aproximar do Ministério da Saúde por conta das críticas que haviam sido feitas pelo Ministro Henrique Mandetta à época³¹, momento em que buscou apoio, intermediando um diálogo entre o ministro e um familiar do mesmo que trabalhava no complexo. “Essa aproximação não teria dado certo, de modo que ele tentou se aproximar, então, de supostos assessores que estariam orientando o Governo Federal. Esses assessores estariam alinhados com os interesses do Ministério da Economia³²”. Dentre esses assessores estariam Sr. Anthony Wong, na condição de toxicologista; a Dra. Nise Yamaguchi, imunologista; e o virologista Paolo Zanotto, profissionais a favor do tratamento com cloroquina e contra medidas de isolamento.

A economia não podia parar, e o que eles tinham que fazer era isto: conceder esperança para que as pessoas saíssem às ruas. E essa esperança tinha um nome: hidroxicloroquina. [...] No começo, se chamava tratamento preventivo e, depois, com o desenvolver dos estudos, entendeu-se que não era preventivo. Na verdade, é um tratamento precoce, porque não existe prevenção, mas a população, no geral, quando ela escuta a palavra "prevenção", se encoraja a sair na rua, porque

²⁹ Idem, em 11 minutos e 12 segundos.

³⁰ Ibidem.

³¹ No final de março de 2020, o então Ministro da Saúde afirmou que havia uma taxa alta de mortes de idosos no hospital, e, inclusive, havia a possibilidade de intervenção nos hospitais da operadora. [CNN BRASIL. Mandetta alertou Planalto sobre Prevent Senior. Setembro, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mandetta-alertou-planalto-sobre-prevent-senior/>. Acesso em: 3 dez 2021]. Quinze dias após, correlato ou não, ele foi afastado do cargo (16 de abril de 2020).

³² SENADO FEDERAL. Op. cit. em 11 minutos e 28 segundos.



ela acha que, se ela tomar esse conjunto de medicamentos, conforme o vídeo que nos foi mostrado, ela ficará imune de algum modo e ela tem coragem de sair³³.

Além do claro e flagrante desprezo pela vida das pessoas em decorrência de uma falta dicotomia entre saúde da população e a economia, buscou-se um placebo – ou pior, um medicamento que tem efeitos colaterais cardíacos – como apaziguador de ânimos, vendendo esperança à população com medo, insegura e doente.

Como tratamento experimental, é necessário o conhecimento e autorização pelo paciente ou seus familiares, o que tampouco ocorria com aqueles da Prevent Senior. Quando os medicamentos eram retirados na unidade hospitalar, o discurso utilizado pelos médicos era o seguinte: "Olha, está aqui a prescrição do senhor." Quando ele chegava à farmácia – porque a farmácia disponibilizava; só depois de um tempo que passaram a ficar à disposição nos consultórios médicos –, no momento em que eles iam fazer a retirada do medicamento, era passada a seguinte informação: "Para retirar essa medicação, o senhor precisa assinar aqui." Eles não tinham ciência de que o "assina aqui" era o termo de consentimento³⁴.

Ao ser questionada por Renan Calheiros acerca da possibilidade de os estudos alternativos realizados pela rede de saúde serem para a redução de custos, Bruna Morato afirmou que “segundo a descrição dos médicos, sim, é muito mais barato você disponibilizar um conjunto de medicamentos aos pacientes do que fazer a internação desses pacientes”³⁵. Os profissionais que não seguiam as instruções eram repreendidos na frente dos colegas, demitidos, ou tinham seus plantões reduzidos – ocasionando em uma redução no montante salarial.

O mencionado estudo acerca dos efeitos do tratamento precoce fora suspenso em menos de uma semana após efetiva autorização, justamente por apresentarem dados pré-prontos, que entregaram em três dias³⁶. Outro indício que demonstra a ligação desse esquema de enganação fora justamente a publicação que o Presidente da República realizou no dia 18 de abril de 2020, em suas redes sociais e de seus filhos também, com números do estudo da Prevent Senior com hidroxicloroquina, antes mesmo de o estudo ser oficialmente publicado. Os dados teriam sido transmitidos pelo próprio Sr. Pedro Batista Júnior, a Paolo Zanotto, tendo esse transmitido essas informações.

³³ Idem.

³⁴ Idem, em 11 minutos e 54 segundos.

³⁵ Idem, em 12 minutos e 04 segundos.

³⁶ Idem, em 12 minutos.



Essa chamada “lealdade” presente no slogan da Prevent Senior³⁷ chega a níveis distópicos quando se menciona o tratamento dado mesmo aqueles envolvidos nesse pacto lucrativo em detrimento da vida.

O já mencionado Dr. Anthony Wong, que auxiliou na articulação entre a empresa e o Governo Federal, ficou internado na unidade de não covid, usada comumente para pacientes cardiológicos. Um paciente com COVID-19 foi internado em UTI não apenas de pacientes sem a doença viral, deixando propensos à contaminação, como em uma unidade de doenças cardiológicas, não apenas considerado grupo de risco por comorbidade, como um dos principais sistemas vulneráveis ao uso indiscriminado de hidroxicloroquina, a que seriam submetidos caso fossem contaminados. Durante os dois meses que ficou internado, segundo seu relatório, fora medicado apenas com medicamentos do tratamento preventivo.

Além disso, o que ocorreu com a Sra. Regina Hang consegue ser ainda mais surpreendente. Mãe de Luciano Hang, empresário das lojas Havan e forte aliado do governo Bolsonaro, ela tem seu prontuário e certidão de óbito modificados, com a própria ciência de seu filho.

Em todas as passagens do prontuário da Sra. Regina Hang, existe essa informação. Então, o que eles relatam é que, nos primeiros dias de sintoma, ela teria feito uso do que se chama tratamento precoce, esse conjunto de quatro medicamentos, explicação expressa assinada por vários médicos da instituição. Então, ela foi avaliada por aproximadamente 50 profissionais – precisamente quarenta e poucos profissionais – que atestaram e assinaram cada uma das evoluções, dizendo que ela fez uso desses medicamentos. A causa do óbito da Sra. Regina é desassociada da informação. Ela morre de falência múltipla dos órgãos, segundo o atestado de óbito, decorrente de um choque hemorrágico. Contudo, a evolução do prontuário mostra que ela foi internada por covid, e, até o final, todas as doenças que ela teve decorrentes da internação estão relacionadas à covid-19, o que infringe a determinação do Ministério da Saúde em informar a ocorrência desse fato em documentos públicos³⁸.

Esse pensamento contaminou inclusive o órgão de fiscalização responsável, o Conselho Federal de Medicina. Humberto Costa afirmou que o CFM autoriza o uso de hidroxicloroquina sem estar sujeito à infração ética. E ressalta a incoerência da Prevent Senior frente ao CFM, que

³⁷ Inclusive questionada por Randolfe Rodrigues por ser a mesma consigna da SS nazista, e por Rogério Carvalho, por evocar a ideia de eugenia praticada na Segunda Guerra Mundial. Uma acusação de “limpeza social”, infelizmente, não causa tanta surpresa quando destinada ao presente governo, uma vez que o Presidente, em diversos momentos, já expressou seu desdém pelas minorias.

³⁸ SENADO FEDERAL. Op. cit, em 12 minutos e 44 segundos.



pôde utilizar inclusive aplicação de ozônio retal em pacientes idosos, sem seu consentimento ou de seus familiares.

Outro relato de extrema gravidade é o de a instrução dos médicos para pacientes internados em determinadas UTIs cuja internação tivesse mais de 10 ou 14 dias era a redução da oxigenação, reduzindo o nível dos respiradores, deixando a paciente morrer lentamente por falta de oxigenação. Esses pacientes iam à óbito na própria UTI, e novos leitos eram liberados para que outros pacientes, clientes do pano, pudessem usá-lo. Conforme Bruna Morato, “a expressão que eu ouvi ser muitas vezes utilizada é ‘óbito também é alta’”³⁹.

Trata-se, portanto, não de um tratamento, mas sim de uma eutanásia não autorizada, deliberada e institucionalizada, estabelecida pelo estabelecimento de saúde “que tem como finalidade precípua manter a vida e dar as condições para que essa vida seja salva”⁴⁰. É uma política de tirar vidas, e não de salvá-las⁴¹.

Conforme Rogério Carvalho, a Prevent Senior tinha do Governo autorização para matar:

A Prevent Senior, Sr. Presidente, tinha do Governo autorização para matar, porque, se pode colocar em cuidado ou em tratamento paliativo – na verdade, não é tratamento, é cuidado paliativo que se chama – o paciente, sem que este paciente esteja em estado terminal e, sim, num processo inflamatório que pode ser reversível, ele tem autorização para matar. Se ele retira o paciente do leito de UTI após 14 dias, ele tem autorização para matar. Se ele utiliza drogas não testadas em pacientes, ele tem autorização para matar. E essa autorização para matar foi concedida por alguém que pode conceder: o Governo do Presidente Bolsonaro⁴².

Anteriormente, no dia 01 de julho, na 30ª sessão da CPI da Pandemia, Luiz Paulo Domingueti Pereira já havia informado que recebeu oferta de propina de uma empresa norte americana por vacinas da AstraZeneca em um restaurante em Brasília (no dia 35 de fevereiro) com o então diretor de Logística do Ministério da Saúde, Roberto Ferreira Dias, e General Marcelo Blanco da Costa. Roberto Dias fez a proposta de um dólar por dose⁴³ em 400 milhões de doses.

³⁹ Idem, em 17 minutos e 48 segundos.

⁴⁰ Idem, em 17 minutos e 12 segundos.

⁴¹ Idem, em 12 minutos e 08 segundos.

⁴² Idem, em 17 minutos e 20 segundos.

⁴³ SENADO FEDERAL. Notas Taquigráficas, 01/07/2021 - 30ª - CPI da Pandemia. Em 10 minutos e 24 segundos. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/10068>. Acesso em: 3 de dez 2021.



Como resumido por Fabiano Contarato, a CPI comprovou a existência de um gabinete paralelo; na falta de autonomia dos ministros no Ministério da Saúde; do incentivo desenfreado de imunidade de rebanho ou tratamento sem nenhuma comprovação científica; da omissão na compra de vacinas ou em medidas preventivas; da difusão de não utilização de vacina ou medidas de distanciamento social, consubstanciando a responsabilidade criminal do Governo Federal no agravamento da pandemia⁴⁴.

5 FUTURO: O QUE VIRÁ?

Com a denúncia explícita dos homicídios cometidos pela Prevent Senior, se imaginaria que seus clientes cancelassem seus planos e procurassem outras empresas. No entanto, a previsão é de que ela continue com muitos usuários, justamente pela acessibilidade de preços para planos individuais de idosos⁴⁵. Ou seja, a falta de alternativas acessíveis – principalmente na falta, distância ou precariedade do Sistema Único de Saúde – faz com que estes optem por uma empresa não apenas ineficaz e corrupta, como principalmente enxerga a vida humana em cifras, até que não exista mais nada além de um leito vago.

Nem os utilitaristas mais clássicos defenderiam esta posição, pois ela não se coaduna com a maximização da felicidade comum, apenas potencializa o lucro de alguns poucos, articulados de forma fraudulenta para implodir o país e a saúde pública. Não se trata mais, portanto, um mero debate moral, mas vai além: é a mudança das bases do pensamento do Estado neoliberal, que não deve agir como uma corporação.

Por isso que tão importante a autonomia dos médicos na escolha do tratamento. Por isso tão relevante a existência de saúde que não vise o lucro, principalmente dos mais idosos, que intrinsecamente não é rentável. Por isso que o Chefe do Executivo está, assim como a Administração Pública, sujeito aos princípios constitucionais de legalidade, imparcialidade e moralidade.

Além de ser frontalmente contrária à lei, a questão reverbera na parcialidade do Presidente por interesses pessoais, e a imoralidade de participar de um esquema criminoso que monetizava a

⁴⁴ Idem, 16 minutos e 12 segundos.

⁴⁵ GLOBO. Prevent Senior deve continuar com muitos usuários por falta de opção de plano individual para idosos. Setembro, 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/09/27/prevent-senior-deve-continuar-com-muitos-usuarios-por-falta-de-opcao-de-plano-individual-e-para-idosos.ghtml>. Acesso em: 4 dez 2021.



vida de centenas de milhares de brasileiros por um dólar. Talvez a conversão em alta do dólar até faça sentido ao Ministro da Economia, que também teve envolvimento na situação trazida.

O Brasil apresenta uma perspectiva evolutiva e ampliadora acerca da dignidade da pessoa idosa. Superou o paradigma privado e individualista da primeira metade do século XX. Entendeu que reivindicar ações positivas, como a positivação desses direitos em dispositivos normativos, a estruturação de políticas públicas e a criação de diversos mecanismos internacionais e regionais para fortalecer a proteção de direitos humanos não é o bastante dentro de uma sociedade.

Incorporou o conceito contemporâneo da melhor idade, do envelhecimento ativo e saudável em suas leis, assim como prevê no art. 230 de sua Constituição da República a proteção integral – por parte da família, sociedade e Estado: ii) Lei 8842/94, que institui a Política nacional do idoso; ii) Decreto 1.948/96, que regulamenta a referida política; iii) Lei 10741/2003, o Estatuto do Idoso, que acompanha essa virada copernicana de como enxergar a proteção de direitos das pessoas sem discriminação de idade.

Infelizmente, somente a lei não é suficiente para reverter a situação. Conforme preceitua Amartya Sen, não há por que o Estado pensar como vias em lucro, se a população não tem as capacidades necessárias para usufruir de seus direitos mais básicos⁴⁶.

Duas questões são urgentes no cenário brasileiro: i) a regularização da verticalização da saúde; ii) maior investimento no Sistema Único de Saúde.

A mencionada verticalização tem preocupado médicos, usuários e hospitais independentes. Com as operadoras de saúde começando a abrir ou comprar hospitais, formando sua rede própria, há inúmeras vantagens para as operadoras, mas “para o médico ela é mais uma ameaça para sua autonomia. Para o paciente, é mais uma estratégia de mercado em detrimento da qualidade do serviço”⁴⁷.

Com vantagens legais para a verticalização, ocorre claro benefício das operadoras de saúde, colocando o lucro acima do atendimento de saúde de qualidade e colocando como ainda mais vulneráveis pessoas que necessitam de atendimento de qualidade. A verticalização ainda não é regulamentada pela Agência Nacional de Saúde Complementar – ANS, tampouco há

⁴⁶ SEN, AMARTYA. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁴⁷ CREMESP. Os riscos da verticalização. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=CentroDados&acao=livro&pg=36>. Acesso em: 10 dez 2021.



parâmetros de qualidade desse serviço, de modo que os médicos também ficam bastante limitados na prestação de seus atendimentos.

Além disso, a “verticalização acaba criando um cenário competitivo onde a qualidade pode ser substituída pela sustentabilidade do negócio. Trata-se de um processo onde não se vê com clareza a linha divisória entre o resultado econômico e a qualidade da assistência”⁴⁸.

Principalmente no que tange ao cuidado de idosos, este, por si, não é lucrativo, e não deve ser. É um momento de extrema vulnerabilidade que não deve ser entendido com a visão de lucro desenfreado. Enquanto o país que é exemplo mundial de neoliberalismo cobre plano de saúde público (Medicare, como chamado nos EUA⁴⁹) a partir dos 65 anos, aqui empresas privadas chegam a falar na construção de uma Disney da terceira idade⁵⁰, complexo hospitalar da Prevent Senior, construído em cima de vida que foram objetificadas, desconsideradas e, por fim, descartadas.

Isso apenas ressalta o segundo ponto, do investimento público, de modo que os cortes em áreas centrais, como a economia, prejudicam e muito a luta para o acesso digno à saúde para todos. Em meio à pandemia, o valor previsto no orçamento de 2021 com saúde é de R\$ 136,3 bilhões, tendo inclusive os deputados e senadores aumentado em cerca de R\$ 10 bilhões o valor proposto por Jair Bolsonaro. Ainda assim, em 2020, o valor executado com saúde foi de R\$ 160 bilhões⁵¹.

Apenas o serviço de saúde público e de qualidade pode evitar que as vidas das pessoas sejam instrumentalizadas pelo lucro, uma vez que este terá como objetivo precípua o atendimento dos pilares constitucionais. Assim como diversos profissionais só puderam testemunhar na CPI da Pandemia pela estabilidade que seus cargos lhe garantem, somente um sistema que foge à lógica neoliberal poderá garantir serviços que não monetizem a vida humana.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ EUA. Medicare.gov. When does Medicare coverage start? Disponível em: <https://www.medicare.gov/basics/get-started-with-medicare/sign-up/when-does-medicare-coverage-start>. Acesso em: 10 dez 2021.

⁵⁰ EXAME. A Disney da terceira idade da Prevent Senior. Outubro, 2019. Disponível em: <https://exame.com/blog/primeiro-lugar/a-disney-da-terceira-idade-da-prevent-senior/>. Acesso em: 10 dez 2021.

⁵¹ BRASIL DE FATO. Orçamento de 2021 é aprovado com cortes em áreas centrais para o combate à covid-19. Março, 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/03/26/orcamento-2021-e-aprovado-com-cortes-em-areas-centrais-para-o-combate-a-covid-19>. Acesso em: 10 dez 2021.



6 CONCLUSÃO

Se no começo da pandemia se pensou em como a sociedade poderia melhorar como seres humanos, uns para os outros, e se tornou alvo público discussões sobre princípios morais e proteção da vida de forma lata, após quase dois anos se percebe que o ponto de partida de onde é necessário melhorar está muito aquém do imaginado.

Antes de tudo, é necessário dar um passo atrás, fecharmos nossas asas em relação à tempestade do progresso e repensar todas as estruturas que guiam as ações políticas no combater desta pandemia. Que possamos nos atentar ao passado, examiná-lo, mas, muito mais do que isso, usá-lo para responsabilizar todos aqueles que tem o sangue das mais de 600 mil mortes nas mãos.

Conforme mencionado pelo Sr. Rogério Carvalho na CPI da Pandemia, “os crimes do Presidente Jair Messias Bolsonaro já estão marcados na história. Não há o que dizer. Ele cometeu crime de responsabilidade, ele cometeu crime contra a vida, ele praticou o extermínio da população brasileira”⁵². Que possamos aprender com esse momento tenebroso de nossa história.

7 REFERÊNCIAS

ALDY, Joseph E.; VISCUSI, W. Kip. **Age Differences in the Value of Statistical Life: Revealed Preference Evidence**. Rev Environ Econ Policy, Volume 10, Issue 2, Summer, July 21. Harvard Library: 2016.

BBCNEWS. **'Placar da vida' do governo estimula negacionismo por omitir realidade trágica da covid-19, dizem cientistas**. Maio, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-52765075>. Acesso em: 29 nov 2021.

BUTANTAN. **CoronaVac está associada à queda da mortalidade de idosos por Covid-19, demonstram estudos**. Maio, 2021. Disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/coronavac-esta-associada-a-queda-da-mortalidade-de-idosos-por-covid-19-demonstram-estudos>. Acesso em: 29 nov 2021.

BENJAMIN, Walter. **Sobre o Conceito de História (1940)**. In: *Obras Escolhidas*, v. I, Magia e técnica, arte e política. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. Prefácio de Jeanne Marie Gagnebin. São Paulo: Brasiliense, 1987.

⁵² SENADO FEDERAL. Op. cit,



BRASIL. **Pronunciamento do Presidente da República de 24/03/2020**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Vl_DYb-XaAE. Último acesso: 31/03/2020.

BRASIL DE FATO. **Orçamento de 2021 é aprovado com cortes em áreas centrais para o combate à covid-19**. Março, 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/03/26/orcamento-2021-e-aprovado-com-cortes-em-areas-centrais-para-o-combate-a-covid-19>. Acesso em: 10 dez 2021.

CANOTILHO, G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CIOSAK, Suely Itsuko et al. **Senescência e senilidade: novo paradigma na atenção básica de saúde**. Rev. esc. enferm. USP, São Paulo, v. 45, n. spe2, p. 1763-1768, Dec. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342011000800022&lng=en&nrm=iso. Último acesso em 31/03/2020.

CNN BRASIL. **Mandetta alertou Planalto sobre Prevent Senior**. Setembro, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mandetta-alertou-planalto-sobre-prevent-senior/>. Acesso em: 3 dez 2021.

CREMESP. **Os riscos da verticalização**. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=CentroDados&acao=livro&pg=36>. Acesso em: 10 dez 2021.

EUA. Medicare.gov. **When does Medicare coverage start?** Disponível em: <https://www.medicare.gov/basics/get-started-with-medicare/sign-up/when-does-medicare-coverage-start>. Acesso em: 10 dez 2021.

EXAME. **A Disney da terceira idade da Prevent Senior**. Outubro, 2019. Disponível em: <https://exame.com/blog/primeiro-lugar/a-disney-da-terceira-idade-da-prevent-senior/>. Acesso em: 10 dez 2021.

GLOBO. **Prevent Senior deve continuar com muitos usuários por falta de opção de plano individual para idosos**. Setembro, 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/09/27/prevent-senior-deve-continuar-com-muitos-usuarios-por-falta-de-opcao-de-plano-individual-e-para-idosos.ghtml>. Acesso em: 4 dez 2021.



JC. *Plano de saúde para idosos chega a ser 464% mais caro do que para jovens*. Agosto de 2020. Disponível em: <https://jc.ne10.uol.com.br/economia/2020/08/11966471-plano-de-saude-para-idosos-chega-a-ser-464--mais-carro-do-que-para-jovens.html>. Acesso em: 29 nov 2021.

JUSTIFICANDO. **A velhice aviltada em nome da Reforma da Previdência**. Carlos Eduardo Araújo. Julho, 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/07/22/a-velhice-aviltada-em-nome-da-reforma-da-previdencia/>. Acesso em: 30 nov 2021

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa, Portugal: Edições 70 Ltda, 2007.

KLEE, Paul. *Angelus Novus*, 1920. Tinta nanquim, tinta e óleo, papel, aquarela. 31,8 centímetros X 24,2 centímetros. Localizado no Museu de Israel.

METRÓPOLIS. *Gabriela Pugliesi agradece coronavírus e é detonada: “Vergonha”*. 29 de março de 2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/pipocando/gabriela-pugliesi-agradece-coronavirus-e-e-detonada-vergonha>. Acesso em: 29 nov 2021.

ONU. **Princípios das Nações Unidas para o Idoso**. Dez. 1991. Disponível em: [https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-pessoa-idosa-cndi/conferencias-](https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-pessoa-idosa-cndi/conferencias-1/DireitosdosIdososPrincipiosdasNacoesUnidasparaIdoso.pdf)

1/DireitosdosIdososPrincipiosdasNacoesUnidasparaIdoso.pdf. Último acesso em 31/03/2020.

PREVENT SENIOR. *Demonstrações financeiros do ano de 2020*. Disponível em: <https://preventsenior.com.br/pdf/demonstracoes-financeiras/df2020.pdf>. Acesso em: 29 nov 2021.

R7 PLANALTO. **Coronavírus revela arrogância de jovens e desprezo pela velhice**. Março, 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/prisma/r7-planalto/coronavirus-revela-arrogancia-de-jovens-e-desprezo-pela-velhice-16032020>. Acesso em: 31 mar 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça [recurso eletrônico]** / Michael J. Sandel; tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANTOS, Sofia Teodoro dos; SOUZA, Laura Vilela e. **Envelhecimento positivo como construção social**: práticas discursivas de homens com mais de sessenta anos. Rev. SPAGESP, Ribeirão Preto, v. 16, n. 2, p. 46-58, 2015. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-29702015000200005&lng=pt&nrm=iso>. Último acesso em 31/03/2020.

SEN, AMARTYA. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

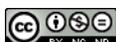


SENADO FEDERAL. **Notas Taquigráficas, 01/07/2021 - 30ª - CPI da Pandemia.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/10068>. Acesso em: 3 de dez 2021.

SENADO FEDERAL. **Notas Taquigráficas, 28/09/2021 - 59ª - CPI da Pandemia.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/10259>. Acesso em: 3 dez 2021.

TIERNEY, John. Life: **The Cost-Benefit Analysis.** The New York Times: 18 de maio de 2003. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2003/05/18/weekinreview/life-the-cost-benefit-analysis.html>. Último acesso: 30/03/2020

UFSM. **Maioria dos idosos não tem plano de saúde e depende unicamente do SUS.** Setembro de 2021. Disponível em: <https://www.ufsm.br/midias/experimental/agencia-da-hora/2021/09/01/maioria-dos-idosos-nao-tem-plano-de-saude-e-depende-unicamente-do-sus/>. Acesso em: 29 nov 2021.



**THE ORIGIN OF THE MARGIN OF APPRECIATION AND THE
JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS
AND INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS**

**A ORIGEM DA MARGEM DE APRECIÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DO
SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Raquel Guerra¹

Abstract: This study seeks to study the margin of appreciation doctrine and its implementation by the European System of Human Rights and Inter-American System of Human Rights. This doctrine originated in the European System and was developed by the European Court jurisprudence. It will be shown that in the Inter-American System both the Inter-American Commission and the States use the doctrine of the margin of appreciation based on the jurisprudence of the European Court of Human Rights. However, although it has been mentioned by the Inter-American Court, the margin of appreciation has not been accepted by it.

Keywords: judicial review, rule of law, margin of appreciation, European court of human rights, inter-american court of human rights.

Resumo: Este estudo busca estudar a doutrina da margem de apreciação e sua implementação pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos e pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Esta doutrina teve origem no Sistema Europeu e foi desenvolvida pela jurisprudência da Corte Europeia. Será demonstrado que no Sistema Interamericano tanto a Comissão Interamericana quanto os Estados utilizam-se da doutrina da margem de apreciação baseada na jurisprudência da

¹ Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bolsista CAPES. Mestre em Relações Internacionais pela *Universidad Torcuato di Tella* (Buenos Aires), pós-graduada em Ajuda Humanitária e ao Desenvolvimento pela PUC-Rio, Advogada, com formação jurídica pela Universidade Candido Mendes. É especialista em Direitos Humanos, com experiência profissional na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Pesquisadora do LEPADIA/UFRJ. Pesquisadora do NEPEDI/UERJ.



Corte Europeia de Direitos Humanos. No entanto, apesar de ter sido mencionada pela Corte Interamericana, a margem de apreciação não foi aceita por ela.

Palavras-chave: revisão judicial, estado de direito, margem de apreciação, corte europeia de direitos humanos, corte interamericana de direitos humanos.

Summary: 1. Introduction. 2. The European System of Human Rights and the margin of appreciation. 3. The Inter-American System of Human Rights and the margin of appreciation. 4. Conclusions. 5. References.

1 INTRODUCTION

The concept of the margin of appreciation in international human rights law is without a doctrine consensus and therefore there are numerous interpretations about its meaning. This is because the margin of appreciation doctrine (doctrine) was developed in case law by the European System of Human Rights and not by Convention. Therefore, this essay will present the most important cases to clarify its meaning, considering the European Court of Human Rights (ECtHR) have long been criticized about “the lack of a uniform or coherent application of the margin of appreciation doctrine”². In addition, this article aims to present the application of the margin of appreciation in the jurisprudence of the Inter-American System of Human Rights, despite some authors³ considering it absent, this author demonstrates its presence.

The margin of appreciation expression is derived from French term *marge d’appréciation* which translated in English is the “margin of assessment/appraisal/estimation”⁴. While a consensus of the definition of the term remains elusive, broadly speaking, the margin of appreciation in this paper is operationalized in line with international institutions (such as Strasbourg and Inter-American System of Human Rights) as “prepared to accord national authorities in fulfilling their obligations under”⁵ their Conventions that they submitted themselves.

² LETSAS, G. (2006). **Two concepts of the margin of appreciation**. Oxford Journal of Legal Studies, 26(4), 705.

³ Such as Claudio Nash Rojas in: ROJAS, Claudio Nash. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 2018, vol. 11, p. 71-100.

⁴ GREER, Steven C. **The margin of appreciation**: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights. Council of Europe, 2000, p.5.

⁵ See Greer, as above.



2 THE EUROPEAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS AND THE MARGIN OF APPRECIATION

It's important to explain that the European Court of Human Rights is a regional human rights judicial body based in Strasbourg and established by the European Convention on Human Rights. The European Court was created in 1950 and began operating in 1959. In the beginning, the European human rights system was composed of the European Commission of Human Rights and the European Court, which implied that individuals and states must submit their applications to the European Commission of Human Rights to consider if a petition was admissible to the Court or not. However, in 1998 this scenario changed, and all applications can have directly access to the Court. In other words, the European Court become the only body having jurisdiction over petitions submitted directly by individuals and States concerning violations of the European Convention.

The margin of appreciation was introduced for the first time by European Commission of Human Rights in *Greece v. United Kingdom (UK)*⁶ 1958 over the island Cyprus. Under Article 15, the European Commission considered States has their “own assessment of the existence of a ‘public emergency threatening the life of the nation’”⁷.

On the other side, the margin of appreciation doctrine of the European Court of Human Rights is developed on its jurisprudence and based on the European Convention. In saying this, I propose to analyze the origin of the margin of appreciation doctrine in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. As you will see, in the earliest cases that the European Court introduced the margin of appreciation was set by interpretation of Article 15⁸, which lays down the derogation from State obligations under the Convention in times of emergency.

⁶ EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. *Greece v the United Kingdom*, App no 176/56, Report of the European Commission of Human Rights of 26 September 1958

⁷ SPIELMANN, Dean. **Whither the Margin of Appreciation?** Current Legal Problems, 2014, vol. 67, p.51

⁸ Article 15 of the European Convention: Derogation in time of emergency 1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law. 2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision. 3. Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.



The first case to introduce the margin of appreciation by the European Court was *Belgian Linguistics Case v. Belgium* in 1968, in which the Court identified the derogation in times of emergency by Article 15 of the European Convention on Human Rights and considered the subsidiary nature of the Court itself in these cases. “In so doing it cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established for the Convention”⁹.

Ten years later, in *Ireland vs the United Kingdom* the ECtHR emphasized that there are limits to the Court’s power of review where Article 15 is concerned, besides, the Court declared that each State “its responsibility for the `life of [its] nation` to determine whether that life is threatened by a `public emergency` and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency”¹⁰. The Court leaves to those authorities a wide of appreciation under Article 15, but highlights the States has no unlimited power and the “domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision”¹¹.

The application of the margin of appreciation is not restricted to the interpretation of Article 15 of the European Convention. In 1971, in *Vagrancy*¹² judgment, the European Court used the margin of appreciation through the interpretation of Article 8(2)¹³, which lays down the right to respect for private and family life and no interference by a public authority with the exercise of this rights except, when necessary, in a democratic society. The European Court said the “Belgian authorities did not transgress [...] the limits of the power of appreciation which Article 8 (2) (art. 8-2) of the Convention (...)”¹⁴, and stressed that

⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case “**Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium**” v. Belgium (Merits), 23 July 1968, Application no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, B10.

¹⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Ireland vs the United Kingdom**, 18 January 1978, Application No. 5310/71, para. 207

¹¹ See *Ireland vs. the United Kingdom*, as above.

¹² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Cases de Wilde, Ooms and Versyp** (“Vagrancy”) v. Belgium(Merits), 18 June 1971, Application no. 2832/66; 2835/66; 2899/66

¹³ Article 8 of the European Convention: Right to respect for private and family life 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

¹⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Cases de Wilde, Ooms and Versyp** (“Vagrancy”) v. Belgium(Merits), 18 June 1971, Application no. 2832/66; 2835/66; 2899/66, para. 93.



even in cases of persons detained for vagrancy, those authorities had sufficient reason to believe that it was “necessary” to impose restrictions for the purpose of the prevention of disorder crime, the protection of health or morals, and the protection of the rights and freedoms of others.¹⁵

The margin of appreciation doctrine is a judicial creation, and it was applied by ECtHR for the first time in the *Handyside* judgment¹⁶ and “is considered foundational in the development of the Court’s approach to [this] doctrine”¹⁷. The facts are related to the publication of a book in Denmark that was considered obscene by the UK authorities who seized and confiscated it, as well as imposed the payment of a fine on its publisher. The European Court developed the margin of appreciation doctrine through the interpretation of Article 10 (2) (freedom of expression) considered there is no uniform European conception of morals and for that reason, “State authorities are in principle in a better position than international judge to give an opinion on the exact content of these [morals] requirements as well as on the necessity of a restriction or penalty intended to meet them”¹⁸. George Letsas suggests “[t]he idea that national authorities are ‘better placed’ to decide on questions of moral”¹⁹ is a result of non-uniform concept by the court itself as well as “there is no *consensus* among Contracting States”²⁰.

Conversely, in the *Sunday Times*²¹ judgment on violation by the UK of the same article of the Convention (Article 10 (2)) in relation to the measures taken against the publication of an article of the “Sunday Times” on the “case of thalidomide”. The European Court judge, contrary to the *Handyside* case, interpreted that the State violated the referred article, for two main

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Article 10 Freedom of expression. 1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

¹⁷ Andrew Legg. The margin of appreciation in international human rights law: deference and proportionality. Part II Practice: Factors affecting the margin of appreciation. Democracy and Participation. OUP Oxford, 2012, p12.

¹⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Handyside v. The United Kingdom**, 7 December 1976, Application No. 5.493/72, para. 48.

¹⁹ LETSAS, George. **Two concepts of the margin of appreciation**. Oxford Journal of Legal Studies, 2006, vol. 26, no 4, p. 725.

²⁰ See Letsas, p. 709.

²¹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of the Sunday Times v. The United Kingdom**, 26 April 1979, Application No. 6538/74.



reasons: the prohibition imposed by English judges to publish the article on “Sunday Times” “does not fall within one of the expectations provided for in paragraph 2”²² and as a result “that it would constitute contempt of court”^{23,24}.

Subsequently, the European Court used margin of appreciation in many cases, where we can identify two different position in relation to the application of the margin of appreciation. Claudio Nash Rojas suggests if there is European consensus on questions of moral this limits the margin of appreciation, however, if there is no consensus the margin of appreciation of the State is increased.²⁵

3 THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS AND THE MARGIN OF APPRECIATION

On the other hand, the Inter-American System of Human Rights has not made use of the margin of appreciation as much as the European Court and some authors consider it absent in those jurisprudence. A proper understanding of the use of the margin of appreciation by the I/A Court H.R. requires a brief presentation of the Inter-American System of Human Rights.

The Inter-American System of Human rights “was born within the framework of the universalization of human rights, fruit of the first international agreement on Human Rights at the IX International Conference of American States in 1948”²⁶. It is a regional mechanism for the promotion and protection of human rights, through the two organs created by the Organization of American States (OAS): Inter-American Commission on Human Rights and Inter-American Court of Human Rights.²⁷ These organs are responsible for overseeing the compliance of the

²² See Case of the Sunday Times v. The United Kingdom, as above, para. 45.

²³ “Contempt of court is, with certain exceptions, a criminal offence punishable by imprisonment or a fine of unlimited duration or amount or by an order to give security for good behavior, punishment may be imposed by summary process without trial by jury and the publication of facts or opinions constituting a criminal contempt may also be restrained by similar process” European Court in Case of the Sunday Times v. The United Kingdom, 26 April 1979, Application No. 6538/74, para. 18.

²⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of the Sunday Times v. The United Kingdom**, 26 April 1979, Application No. 6538/74, para. 11.

²⁵ ROJAS, Claudio Nash. **La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 2018, vol. 11.

²⁶ GUERRA, Raquel. **Argentina y Brasil frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el rol de las organizaciones no gubernamentales en el cambio político doméstico**. 2018. Master Thesis (*Master's in international studies*) - Department of Political Science and International Studies Torcuato di Tella University, Buenos Aires.

²⁷ See GUERRA, Raquel as above.



American Convention on Human Rights – an international human rights instrument adopted by the majority of OAS’s member states on 1969.

The Inter-American Commission on Human Rights is the only organ responsible to receive human rights violations petitions. So, under its mandate, the IACHR “receives, analyzes, and investigates individual petitions that allege violations of human rights, with the respect to both the Member States of OAS that have ratified the American Convention, and those Member States that have not ratified it”²⁸. If they consider a member state of the OAS to have violated the American Convention rights, they will submit the case to the Inter-American Court, who has jurisdiction in “all cases concerning the interpretation and application of the Convention that are submitted to it”²⁹.

As was discussed earlier, the margin of appreciation doctrine was developed in case law by the European Court of Human Rights (ECtHR) and not by Convention. The same applies to the Inter-American System, the margin of appreciation doctrine is not *expressly* assured by the American Convention, but its implied. However, some authors such as Antonio Cançado consider that “[a]fortunately such doctrine [margin of appreciation] has not found an explicit parallel development under the Convention on Human Rights”³⁰. This paper will now explore whether or not the Inter-American System applies the margin of appreciation.

In the framework of the Inter-American Commission on Human Rights, Gonzalo Candia³¹ illustrates two paradigmatic cases where the organ implicit used the margin of appreciation: *Ríos-Montt v. Guatemala and Aylwin et al. v. Chile*. In both cases, the IACHR analyzed political rights related to the margin of appreciation of States regarding the American Convention.

In the *Río-Montt* case José Efraín Río Montt filed a complaint against Guatemalan Government for the violation of human rights set forth in the American Convention, in particular Article 23 (political rights) and 24 (the right to equal protection). Due to the effects of the various resolutions and acts of the Government that declared his candidacy to the Presidency of

²⁸Basic Documents in the Inter-American System, Introduction, available in: http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/intro.asp#_ftnref11

²⁹ Article 62 of American Convention on Human Rights

³⁰ Cançado, Antonio. **El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 389, as cited in ROJAS, Claudio Nash. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 2018, vol. 11, p. 71-100.

³¹ CANDIA, Gonzalo. **Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation**: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights. Available at SSRN 2406705, 2014.



Guatemala inadmissible.³² In the report, regarding the allegation of the petitioner of violation of the Article 23³³ of the American Convention (right to participate in government) the Inter-American Commission used the margin of appreciation. The IACHR considered that

the context of Guatemalan and international constitutional law in which this condition of ineligibility is placed is the appropriate dimension for analysis of the applicability of the Convention in general, and of the applicability of its Arts. 23 and 32 to the instant case, and from which the margin of appreciation allowed by international law can emerge.³⁴

In affirming that, the IACHR through analysis of the national law considered that the Guatemalan constitution established the ineligibility of those lead movements of governments and “affirmed that the state had a margin of appreciation in this area”³⁵.

On the other hand, in *Aylwin et al* case on political rights as well, the Inter-American Commission decided adverse to *Río-Montt* case, by understanding there was an “odious and illegitimate discrimination in the Chilean constitution and that works a real diminution of the equal right of citizens to elect their representatives”³⁶. They “arrived at this conclusion after developing a proportionality review in which there was a rhetorical mention to the margin of appreciation”³⁷.

To illustrate the use of the margin of appreciation through history of Inter-American System, Gonzalo Candia named two cases: *Baby-boy v. United States* (1981) and *Artavia-Murillo et al. vs. Costa Rica* (2012).

In *Baby-boy case* Christian S. White and Gary K. Potter filed a petition against the United States of America and the Commonwealth of Massachusetts for violation of human rights set forth the American Declaration of Rights and Duties of Man, “as clarified by definition and

³² INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. José Ríos-Montt v. Guatemala, Case 10.804, Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 30/93, OEA/Ser.L/V.85, doc. 9 rev. (1993).

³³ Article 23 of the American Convention: Right to Participate in Government, 1. Every citizen shall enjoy the following rights and opportunities: a. to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; b. to vote and to be elected in genuine periodic elections, which shall be by universal and equal suffrage and by secret ballot that guarantees the free expression of the will of the voters; and c. to have access, under general conditions of equality, to the public service of his country.

³⁴ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **José Ríos-Montt v. Guatemala**, Case 10.804, Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 30/93, OEA/Ser.L/V.85, doc. 9 rev. (1993), para.24.

³⁵ CANDIA, Gonzalo. **Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation**: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights. Available at SSRN 2406705, 2014, page 12.

³⁶ Andrés Aylwin et al. v. Chile, Case 11.803, Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 95/98, OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 6 rev. (1999), para.108.

³⁷ CANDIA, Gonzalo. **Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation**: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights. Available at SSRN 2406705, 2014, page 12.



description of the American Convention on Human Rights”³⁸. The petitioner claimed *Baby Boy* “was killed by abortion process (hysterectomy), by Dr. Kenneth Edelin, M. D., in violation of the right to life granted” by those international instruments.

Despite the fact that the United States of America is not party to the American Convention, the State adopted the American Declaration of the Rights and Duties of Man in 1948. It means that Inter-American Commission on Human Rights has jurisdiction over the United States based on the right set forth in the American Declaration.

In saying that, the Inter-American Commission understood the “[Article I] leaves to each state the power to determinate, in its domestic law, whether life begins and warrants protection from the moment of conception or at any other point in time prior to birth”³⁹. Gonzalo Candia pointed out that the Commissioner Aguilar “recognized this margin of state discretion in spite of his believe that `human life beings at the very moment of conception and ought to warrant complete protection for that moment”⁴⁰ and for that reason declared that the facts did not constituted a violation of articles of the American Declaration.⁴¹

Over the years, in *Artavia-Murillo et al.* case, the Inter-American Commission decided adversely in the *Baby-boy* case. The *Artavia-Murillo* case is related to the prohibiting of all mechanisms of in vitro fertilization by the Supreme Court of Costa Rica. Nine couples filed a petition against the Costa Rican State for violation of Article 11 (right to privacy), Article 17 (rights of the family) and Article 24 (rights to equal protection) set forth in the American Convention. In the report, the Inter-American Commission mentioned the margin of appreciation in reference to the European Court of Human Rights decision⁴², who pointed

³⁸ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Christian B. White & Gary K. Potter v. United States of America**, Case 2.141, Inter-American Commission on Human Rights, Report No.23/81, OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 9 rev. 1 (1981).

³⁹ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Christian B. White & Gary K. Potter v. United States of America**, Case 2.141, Inter-American Commission on Human Rights, Report No.23/81, OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 9 rev. 1 (1981), as cited in CANDIA, Gonzalo. Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights. Available at SSRN 2406705, 2014, page 14.

⁴⁰ CANDIA, Gonzalo. **Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights**. Available at SSRN 2406705, 2014, page 14.

⁴¹ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Christian B. White & Gary K. Potter v. United States of America**, Case 2.141, Inter-American Commission on Human Rights, Report No.23/81, OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 9 rev. 1 (1981).

⁴² EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Dickson v. the United Kingdom** (Application no. 44362/04) European Court of Human Rights, 4 December 2007.



where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake (such as the choice to become a genetic parent), the margin of appreciation accorded to a State will in general be restricted.

And as result, it declared the petition admissible and submitted the case to the Inter-American Court.

In the judgment of the *Artavia-Murillo et al.* case⁴³, the State of Costa Rica used the margin of appreciation doctrine to argue that “the doctrine of moral consensus as a factor of margin of appreciation [...] has established that, in order to restrict it, the consensus must be clear and evident”⁴⁴. And claimed there wasn’t a consensus regarding the subject - legal status of embryo and the beginning of human life, and for this reason the margin of appreciation should be granted to regulate in vitro fertilization. Besides, the State also mentioned the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the doctrine of the margin of appreciation and mentioned that the law of the Inter-American Court also had precedents that contemplate the possibility of it.⁴⁵

The Inter-American Court analysis appointed to the European Court of Human Rights jurisprudence regarding to the right to life. And concluded the European Court

made it clear that “this margin of appreciation is not unlimited” and that “the Court must supervise whether the interference constitutes a proportionate balancing of the competing interests involved [...]. A prohibition of abortion to protect unborn life is not therefore automatically justified under the Convention on the basis of unqualified deference to the protection of pre-natal life or on the basis that the expectant mother’s right to respect for her private life is of a lesser stature.”⁴⁶

As a result, the Inter-American Court considered the decision of the Supreme Court of Costa Rica to be “arbitrary and excessive [...] in private and family life”⁴⁷, highlighting the “embryo, prior to implantation, is not covered by the terms of Article 4 of the Convention”⁴⁸. Besides, the IACHR did not consider pertinent the State’s argument of the margin of appreciation

⁴³ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Artavia Murillo et al.** (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 28, 2012. Series C No. 25

⁴⁴ *Id.* at para. 170.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*, para. 239.

⁴⁷ See CANDIA, Gonzalo, as above.

⁴⁸ See INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Artavia Murillo et al.**, as above, para. 315.



and declared that the State of Costa Rica violated the American Convention to the detriment of the petitioners.⁴⁹

4 CONCLUSIONS

In this paper, I explained the origin and meaning of the margin of appreciation and how it has been used by the European System of Human Rights and the Inter-American System of Human Rights. In so doing, I concluded that the margin of appreciation originated through the European Commission on Human Rights jurisprudence and has been developed by the European Court that created its doctrine. I also presented the Inter-American System of Human Rights and its organs: Inter-American Commission on Human Rights and Inter-American Court of Human Rights. The study of some cases showed us that the use of margin of appreciation by Inter-American System is based on the European Court jurisprudence.

The analysis of some cases of the European System pointed to the firsts cases to introduce the margin of appreciation by the European Commission and indicated that the margin of appreciation doctrine has been developed and used by the European Court of Human Rights. The jurisprudence analysis showed us that the European Court has a different position on the application of the margin of appreciation, perhaps indicating that the lack of convention provision about this doctrine leads to different decisions in its application.

On the other hand, the Inter-American System's jurisprudence illustrated us that the margin of appreciation has been used by States and the Inter-American Commission on Human Rights. This analysis showed us that the use of the margin of appreciation doctrine by States and the Inter-American Commission is based on the European Court jurisprudence. Besides, I demonstrated that the Inter-American Court mention the margin of appreciation based on the European Court jurisprudence as well, but has not been accepted by it.

5 REFERENCES

AJEVSKI, Marjan. **Unstable Identities: The European Court of Human Rights and the Margin of Appreciation.** PluriCourts Research Paper, 2014, no 14-15.

BENVENISTI, Eyal. **Margin of appreciation, consensus, and universal standards.** NYUJ Int'l L. & Pol., 1998, vol. 31, p. 843.

⁴⁹ *Id.*, para. 316.



CANDIA, Gonzalo. **Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights.** Available at SSRN 2406705, 2014.

COUNCIL OF EUROPE, **European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5**, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b04.html> [accessed 3 August 2021]

DELGADO, Francisco Roberto Barbosa. **El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos:** Entre el Estado de derecho y la sociedad democrática. *En Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos--.* Tirant lo Blanch, 2013. p. 1089-1118.

EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. **Greece v the United Kingdom**, App no 176/56, Report of the European Commission of Human Rights of 26 September 1958

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium (Merits)**, 23 July 1968, Application no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, B10.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Dickson v. the United Kingdom** (Application no. 44362/04) European Court of Human Rights, 4 December 2007.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Handyside v. The United Kingdom**, 7 December 1976, Application No. 5.493/72.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of the Sunday Times v. The United Kingdom**, 26 April 1979, Application No. 6538/74.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Cases de Wilde, Ooms and Versyp** ("Vagrancy") v. Belgium(Merits), 18 June 1971, Application no. 2832/66; 2835/66; 2899/66

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Ireland vs the United Kingdom**, 18 January 1978, Application No. 5310/71, para. 207

FABBRINI, Federico. **The margin of appreciation and the principle of subsidiarity: a comparison.** A Future for the Margin of Appreciation, 2015.

GERARDS, Janneke. **Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights.** Human rights law review, 2018, vol. 18, no 3, p. 495-515.

GREER, Steven C. **The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights.** Council of Europe, 2000.

GUERRA, Raquel. **Argentina y Brasil frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos:** el rol de las organizaciones no gubernamentales en el cambio político doméstico.



2018. Master Thesis (*Master's in international studies*) - Department of Political Science and International Studies Torcuato di Tella University, Buenos Aires.

Hutchinson, M. (1999). **The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights**. *The International and Comparative Law Quarterly*, 48(3), 638-650. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/761320>

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, **American Declaration of the Rights and Duties of Man**, 2 May 1948, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3710.html> [accessed 3 August 2021]

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Andrés Aylwin et al. v. Chile**, Case 11.803, Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 95/98, OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 6 rev. (1999).

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Christian B. White & Gary K. Potter v. United States of America**, Case 2.141, Inter-American Commission on Human Rights, Report No.23/81, OEA/Ser.L/V/II.85, doc. 9 rev. 1 (1981).

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Gretel Artavia Murillo et al. (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica**, Case 12.361, Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 85/10.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **José Ríos-Montt v. Guatemala**, Case 10.804, Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 30/93, OEA/Ser.L/V.85, doc. 9 rev. (1993), para.24.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Artavia Murillo et al. (In Vitro Fertilization) v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs**. Judgment of November 28, 2012. Series C No. 25

KRATOCHVÍL, Jan. **The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights**. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, vol. 29, no 3, p. 324-357.

LEGG, Andrew. **The margin of appreciation in international human rights law: deference and proportionality**. OUP Oxford, 2012.

LETSAS, George. **Two concepts of the margin of appreciation**. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26, no 4, p. 705-732.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, **American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica**, 22 November 1969, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html> [accessed 3 August 2021]

PÉREZ, Agustina. **Una mirada desde América Latina sobre el margen de apreciación estatal en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿génesis de una permanente tensión entre**

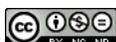


democracia y derechos. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2017, vol. 15, no 1, p. 79-98.

ROJAS, Claudio Nash. **La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2018, vol. 11, p. 71-100.

SHANY, Yuval. **Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?** *European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, no 5, p. 907-940.

SPIELMANN, Dean. **Whither the Margin of Appreciation?** *Current Legal Problems*, 2014, vol. 67, p. 49-65.



TRATADOS INTERNACIONAIS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ALCANCE E SENTIDOS DA PROTEÇÃO JUDICIAL

INTERNATIONAL TREATIES AND DUE PROCESS OF LAW IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: REACH AND SENSES OF JUDICIAL PROTECTION

André Luiz Valim Vieira¹

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo geral o estudo e análise dos tratados internacionais ao qual o Brasil manifestou adesão ou concordância e tratam do devido processo legal internacional e como esse tema é abordado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento de casos e processos relacionados aos direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Por objetivo específico pretendemos identificar de que forma a Corte Interamericana trata o processo e os procedimentos perante sua jurisdição e de que maneira procura garantir o direito ao *due process of law* e a perspectiva dos juízes do tribunal sobre o alcance e características do instituto da proteção judicial, utilizando-se para isso de casos e julgamentos do próprio tribunal aos quais o Brasil foi parte. Para a realização desta pesquisa utilizamos o método analítico mediante uma pesquisa histórico-bibliográfica.

Palavras-chaves: Devido processo legal; Direitos Humanos; Garantia judicial; Proteção judicial.

Abstract: The present work has as its general objective the study and analysis of international treaties to which Brazil has expressed its support or agreement and deals with due international legal process and how this theme is addressed by the Inter-American Court of Human Rights in the trial of cases and processes related to human rights provided for in the American Convention on Human Rights (Pact of San José de Costa Rica). For a specific objective, we intend to identify how the Inter-American Court treats the process and proceedings before its jurisdiction and how

¹ Advogado. Bacharel e Mestre em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista. Doutor em Ciências Sociais (Relações Internacionais e Desenvolvimento) pela UNESP – Universidade Estadual Paulista. Integrante e pesquisador do LEPADIA (Laboratório de Estudos e Pesquisas Avançadas em Direito Internacional Ambiental) da UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1442423232451997>. Contato: alv.vieira@unesp.br



it seeks to guarantee the right to due process of law and the perspective of the judges of the court on the scope and characteristics of the institute of judicial protection, using cases and judgments of the court itself to which Brazil was a party. For this research, we used analytical methods through a historical-bibliographic research.

Keywords: Due process; Human Rights; Judicial guarantee; Judicial protection.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Devido Processo Legal e a Proteção Judicial. 3. Jurisprudência da Corte e o Brasil como parte: Casos Damião Ximenes Lopes e Nogueira de Carvalho. 4. Alcance e Interpretação do Devido Processo legal enquanto Proteção Judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. 5. Considerações Finais. 6. Bibliografia.

“Somos o que fazemos, mas somos, principalmente, o que fazemos para mudar o que somos.” Eduardo Galeano

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem objeto o estudo e compreensão do alcance e limites das garantias do devido processo legal sobre os temas da garantia judicial e proteção judicial como previsto e entendido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para esse fim utilizaremos dos métodos analíticos mediante uma pesquisa histórico-bibliográfica. Nosso objetivo geral consiste então no estudo e análise dos tratados internacionais ao qual o Brasil manifestou adesão ou concordância e tratam do devido processo legal internacional e como esse tema é abordado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento de casos e processos relacionados aos direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Outrossim, por objetivo específico pretendemos identificar de que forma a Corte Interamericana trata o processo e os procedimentos perante sua jurisdição e de que maneira procura garantir o direito ao *due process of law* e a perspectiva dos juízes do tribunal sobre o alcance e características das garantias judiciais, utilizando-se para isso de casos e julgamentos do próprio tribunal aos quais o Brasil foi parte.

Na primeira parte abordaremos sobre o devido processo legal enquanto aplicação das hipóteses previstas nas normativas de acesso à justiça, quanto à proteção judicial (art. 25 da



Convenção Americana de Direitos Humanos). Na segunda parte deste trabalho, a fim de limitar o alcance dos institutos do devido processo legal condizentes à “proteção judicial”, quanto à interpretação e aplicação, analisaremos os casos contenciosos em que Brasil foi parte na Corte Interamericana de Direitos Humanos, pretendemos então analisar 02 (duas) decisões: Ximenes Lopes vs Brasil, com sentença de 04 de julho de 2006; e, Nogueira de Carvalho e Outro vs Brasil, sentença de 28 de novembro de 2006. Ambas proferidas no mesmo ano de 2006 e que revelam a preocupação da Corte Interamericana com a inefetividade do sistema de persecução penal brasileiro.

Na terceira parte, por fim, propomo-nos a compreender o alcance o significado do devido processo e do instituto do acesso à justiça enquanto proteção judicial efetiva, como previsto no Artigo 25 da Convenção Americana. Pretendemos assim verificar como um sistema processual ineficiente e injusto, tendente à impunidade atenta contra o devido processo legal. No caso, o Brasil tem a oportunidade dessas decisões paradigmas como meios para modificação e aprimoramento seu sistema processual de justiça com vistas a dar efetividade ao preceito inscrito no tratado de direito humano (convenção americana).

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A PROTEÇÃO JUDICIAL.

Falar de devido processo legal pressupõe primeiramente relatar um conceito do qual todos entendem, porém, apresenta-se carente de adequação e adaptação à realidade observada. Se fosse necessário realizar uma lista com os requisitos imprescindíveis para o devido processo legal dificilmente conseguiríamos chegar a um consenso devido às particularidades de cada sistema jurídico e a partir de diversos prismas. Todavia, tarefa mais racionalmente construível se apresenta em analisar um determinado caso ou processo e verificar se ele respeita estandartes mínimos e razoáveis internacionalmente reconhecidos.

Primeiramente e ainda a título de fixação das bases de diálogo, precisamos entender que quando nos referimos a devido processo legal estamos nos referindo a condições mínimos de legalidade e juridicidade centrados em construções histórico-rationais quanto a determinados direitos que devem ser previstos e garantidos para que se possa haver qualquer punição ou penalidade: desde as reprimendas criminais até às responsabilizações cíveis e administrativas. Em segundo, precisamos ainda ter em mente que o devido processo legal representa condicionamentos mínimos e necessários em todo tipo de processo ou procedimento que possa



resultar em prejuízos ou restrições a direitos humanos internacionalmente previstos e garantidos: seja em processos judiciais ou qualquer outro processo ou procedimento de caráter não jurisdicional que poder vir a resultar na limitações ou restrição de direitos humanos ou direitos fundamentais positivamente expressos em legislações internas.

As garantias judiciais podem ser compreendidas como um conjunto de requisitos que devem ser observados em instâncias processuais (RIVAS, 2019, p. 264). No caso específico da proteção judicial essa normativa representa um plexo de previsões e garantias correspondentes ao acesso à justiça. E mais do que acesso meramente formal à justiça, estabelece condições e determinadas obrigações ao Poder Público – tanto aos órgãos judiciais como às esferas administrativas, investigativas e de promoção de políticas públicas – de afiançar a toda pessoa o acesso à administração da justiça em sua integralidade para efetivação de seus direitos.

Artigo 25

Proteção judicial

§1. 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 oficiais.

§2. Os Estados Membros comprometem-se.

§3. A assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso.

§4. A desenvolver as possibilidades de recurso judicial.

§5. A assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Desde o julgamento do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, ao analisar as exceções e preliminares deste *hard case*, a Corte Interamericana têm firmado como pedra angular do acesso á justiça e do devido processo legal, instituindo como obrigação estatal, possibilitar acesso às vítimas de violação de direitos humanos a uma jurisdição efetiva e com razoável duração quanto à eventuais consequências e responsabilizações.

A proteção judicial no primeiro parágrafo do Artigo 25 proclama o direito ao acesso à justiça. Esta, pois, representa norma imperativa de Direito Internacional (RIVAS, 2019, p. 748). Mais do que isso, o acesso à justiça e seus consectários como o direito de ação e o direito de petição não se esgotam com a simples tramitação de processos na jurisdição competente segundo as regras processuais de cada país. Ao contrário, significam como assegurar às vítimas, seus



familiares e de um modo indireto à toda sociedade – em tempo razoável e não demorado – o direito de ser obter e se alcançar uma resposta jurisdicional em que se permita delimitar e identificar seus responsáveis, civilmente ou criminalmente, aplicando assim as penas e reparação que são devidas conforme as leis e direitos humanos: tanto de previsão no plano interno quanto em tratados e convenções internacionais.

Para o Brasil e suas normativas processuais o devido processo legal representa o direito a um processo justo, efetivo e em prazo razoável; acrescentando-se ainda no direito de uma resposta de mérito do Poder Judiciário quanto ao esperado ou pretendido pelas partes do processo.

Por essas razões que se afirma que o devido processo legal, na contemporaneidade, representa o direito a uma resposta jurisdicional ou tutela em prazo razoável. “A tutela jurisdicional consiste na predisposição a todos de um processo justo, adequado e efetivo, com todos os meios necessários à obtenção do melhor resultado possível para a situação levada a juízo. É a resposta da jurisdição ao direito de participação em juízo das partes” (MARINONI, 2021, p. 41). Independentemente se essa resposta jurisdicional é de sim ou não quanto à indenização; se consiste em uma decisão procedente de condenação ou de improcedência à ação penal. Porém, caso não haja uma resposta ou uma decisão em prazo razoável inevitavelmente se está perante uma violação de direitos humanos internacionalmente protegidos.

3 JURISPRUDÊNCIA DA CORTE E O BRASIL COMO PARTE: CASOS DAMIÃO XIMENES LOPES E NOGUEIRA DE CARVALHO.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Inter-American Court of Human Rights*) fundada em 22 de maio de 1979 está localizada em São José, na Costa Rica e foi criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos. No caso deste trabalho, a fim de limitar o alcance dos institutos do devido processo legal condizente à “proteção judicial”, quanto à interpretação e aplicação nos casos contenciosos em que Brasil foi parte na Corte Interamericana de Direitos Humanos, pretendemos então analisar 03 (três) decisões: Ximenes Lopes vs Brasil, com sentença de 04 de julho de 2006; e, Nogueira de Carvalho e Outro vs Brasil, sentença de 28 de novembro de 2006.

O primeiro caso, apresentado à Comissão em 22 de novembro de 1999, aventava sobre a responsabilidade do Brasil pela violação dos direitos consagrados na Convenção Americana de



Direitos relativos à vida, à integridade pessoal, às garantias judiciais e, especificamente, à proteção judicial (art. 25) da carta de direitos em relação a Damião Ximenes Lopes. Então paciente de um hospital psiquiátrico privado que prestava atendimentos pelo sistema público de saúde (SUS) a vítima veio a falecer em decorrência de diversas agressões e omissões.

Enquanto submetido a tratamento psiquiátrico, Damião Ximenes Lopes, foi vítima de condições violentas desumanas e degradantes. Além desse fato, a infringência às normas protetivas de direitos humanos *post factum* ocorreu devido à falta de investigação e de garantias judiciais do processo legal para apuração da responsabilidade, ou seja, a omissão dos Poderes Públicos continuou mesmo após a morte da vítima, pois, o sistema de investigação e de responsabilização não foram responsáveis por solucionar os acontecimentos, redundando em impunidade.

A irmã da vítima, Irene Ximenes Lopes Miranda, então peticionou à Comissão (petição nº. 12.237) requerendo a responsabilização do Estado brasileiro. A Comissão Interamericana encaminhou documento oficial (Relatório de Mérito nº 43/03) ao Brasil fixando o prazo de dois meses para implementação de soluções e respostas. Todavia, passado o prazo e com a ausência de providências o caso foi levado ao Tribunal Interamericano. Durante o trâmite processual muitos fatos e atos de instrução se sucederam alcançando até a sentença de mérito, em 04 de julho de 2006. O tema da proteção judicial, contida no Artigo 25 da Convenção, foi então reconhecido como descumprido pelo Brasil, afinal, passados mais de 06 (seis) anos da morte de Damião Ximenes Lopes nem o processo criminal e nem a ação de responsabilidade civil havia ainda se findado, estando pendentes e em processamento.

O tema do acesso à justiça do devido processo legal sob o ponto de vista dos direitos da vítima e da sociedade teve um segundo destaque quanto do julgamento do Caso Nogueira de Carvalho e Outro vs Brasil. Os pais de Gilson Nogueira de Carvalho apresentaram petição à Comissão Interamericana relatando a morte do filho, então advogado e denunciante da prática de extermínios e crimes que atentavam contra direitos humanos, no Estado do Rio Grande do Norte praticados por autoridades policiais.

A violação à proteção judicial ocorrera pela presumida falta de devida diligência no processo de investigação dos fatos e punição dos responsáveis pela morte advogado defensor de direitos humanos que dedicou parte de seu trabalho profissional a denunciar os crimes cometidos



pelo grupo se autodenominado e conhecido como “meninos de ouro”, um suposto grupo de extermínio de que fariam parte policiais civis e outros funcionários estatais.

A Corte Interamericana no Caso Nogueira de Carvalho entendeu da violação do direito à proteção judicial, pois, constatou-se que a atuação das autoridades na investigação da morte do advogado e defensor de direitos humanos foi deficiente, levando em conta os indícios que existiam previamente com respeito à possível implicação de integrantes da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte. Mesmo com a identificação da autoria não foi possível uma razoável marcha processual. Os pais da vítima e petionários perante a Comissão Interamericana se utilizaram todos os recursos que estavam, em tese, disponíveis; estes, no entanto, foram, todavia, indeferidos de forma sistemática e por questões processuais formais.

Como no caso Ximenes Lopes, o caso Nogueira de Carvalho expôs internacionalmente a fragilidade do Brasil em realizar medidas de efetivação de punição aos responsáveis: seja algumas vezes ausência de investigação, por uma investigação deficiente e insuficiente, pela demora do processo criminal ou pela impunidade resultante na não responsabilização. Tratando-se de crimes praticados por agentes estatais e autoridades públicas, muitas vezes, a inércia ou omissão do próprio Estado se interpreta como um desinteresse na punição, pois, dessa forma estaria se reconhecendo os crimes e erros praticados pelo próprio ente estatal através de seus representantes de segurança pública: no caso levado ao julgamento internacional pelo fato de agentes estatais praticarem crimes e ilegalidades: sequestravam, assassinavam e torturavam pessoas, sem receber investigação adequada ou punição alguma.

Em ambos os casos submetidos e julgados pela Corte Interamericana percebemos as falhas e omissões do Estado brasileiro dos sistemas internos de investigação e de processamento judicial. Até porque, do ponto de vista do direito internacional, examina-se o cumprimento do tratado. O Estado é avaliado como um todo, independente do órgão ou da norma que descumpre o compromisso internacional (ECHEVERRIA, 2017, p. 11). Isto significa infringência de autoridades estaduais de diversos poderes. Contudo, quando se trata de desrespeito às normas internacionais de direitos humanos fica claramente identificável como o sistema interfederativo falha em suas missões institucionais. A proteção prevista no plano teórico-normativo se revela frágil e deficiente.



4 ALCANCE E INTERPRETAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ENQUANTO PROTEÇÃO JUDICIAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Quando pensamos em casos julgados pelas cortes internacionais de justiça, entre as quais se inclui a Corte Interamericana de Direitos Humanos, estamos a refletir acerca de casos contenciosos em que ocorreram sensíveis e relevantes fatos atentatórios a direitos humanos internacionalmente normatizados. Considerando ainda as decisões das cortes internacionais como fonte do Direito Internacional, conforme a previsão do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o estudo da jurisprudência internacional se apresenta extremamente imprescindível.

A jurisprudência internacional embora tenha ganhado destaque nas últimas décadas ainda há um abismo em relação à realidade dos países, especialmente os de terceiro mundo, entre a teoria e a realidade dos direitos humanos. Consiste, pois, “[...] no conjunto de decisões judiciais reiteradas no mesmo sentido, em questões semelhantes, proferidas por órgãos internacionais jurisdicionais de solução de controvérsias relativas à matéria de Direito Internacional” (PORTELA, 2015, p. 67).

Enquanto há previsões legislativas e jurídicas de proteção, algumas vezes esses sistemas normativas não se perfectibilizam havendo, portanto, uma lacuna no âmbito da eficiência e efetividade da proteção dos direitos humanos em âmbito internacional. Para cada caso julgado quantos inúmeros outros acontecimentos semelhantes ou similares ocorrem nos países signatários daquele tratado de direitos. Quantos fatos agressores e deslegitimadores de direitos humanos ocorrem de forma oculta, sem uma solução ou sem uma remediação.

Esta distância entre teoria e a prática que vemos como natural e indiscutível baseia-se nas razões que justificam a indolência e a passividade na hora de construir (ou destruir) diariamente e em todos os lugares sociais os direitos humanos. Seguramente podemos ver aqui a armadilha: ao considerar como natural, normal e indiscutível a distância entre o praticado e o falado, se está consolidando e fortalecendo uma forma de entender e praticar a convivência humana sem pretensões de se conseguir uma maior coerência no que é universal sócio-historicamente produzido, e que faz o jogo dos interesses particulares daqueles que mais se beneficiam que isso seja assim por desejos pessoais, por intenções e relações de poder ou porque estão convencidos de que a vida só pode classificar-se por meio de hierarquias e classificações de pessoas que são superiores e merecem melhores condições de existência diante de outras que por considerá-las inferiores e perdedoras, merecem ser tratadas com desprezo. (RUBIO, 2016, p. 04)



No caso *Damião Ximenes Lopes*, a interpretação do Artigo 25 pelo Tribunal foi de que as vítimas das violações dos direitos humanos, ou seus familiares, devem dispor de amplas possibilidades de ser ouvidos e de atuar nos respectivos processos, tanto na tentativa de esclarecer os fatos e punir os responsáveis, quanto na busca de uma devida reparação integral, justa e efetiva; isto significa, em tempo razoável e na quantidade que possa reparar o dano.

Quanto à reparação material efetiva consistente na indenização a Corte possui diversos precedentes de compensações econômicas e indenizatórias a alcançar a reparação integral (OCHOA-SANCHEZ, 2021, p. 318). Diversamente, a inefetividade processual criminal e de responsabilização penal ainda não encontra meios de reparação eficientes até os dias atuais. Ainda que mediante recomendações o Estado brasileiro tenha se proposto nos últimos anos à feitura de reformas nas legislações sobre métodos de investigação, e sobre procedimentos processuais penais; poucos avanços se apresentaram. Poderíamos inclusive dizer que esses avanços ainda hoje se mostram insuficientes e ineficientes para uma razoável duração do processo, na hipóteses de ambos os casos – *Damião Ximenes Lopes* e *Nogueira de Carvalho* – se repetissem hodiernamente.

O devido processo legal em sua vertente de efetividade e respeito aos direitos e garantias processuais, deduz-se igualmente do direito humano de acesso à justiça da vítima ou de seus representantes e familiares. A omissão do Estado brasileiro foi justamente de não realizar e oportunizar uma investigação efetiva e um processo judicial realizado de acordo com os requisitos da Convenção Americana, com o desiderato de esclarecimento dos fatos, de punição dos responsáveis criminalmente e à concessão de compensação adequada de responsabilidade civil.

O Tribunal já tem assentado que os critérios de análise para entendimento se um processo teve ou não prazo razoável são: os relativos à complexidade do assunto; a atividade processual e participação dos interessados; e, a conduta das autoridades e dos sujeitos processuais. No julgamento do Caso *Damião Ximenes Lopes vs Brasil* a Corte chegou à conclusão de que:

Com fundamento no exposto no capítulo sobre fatos provados, bem como nas alegações da Comissão, dos representantes e do Estado, este Tribunal considera que este caso não é complexo. Existe uma única vítima, que está claramente identificada e que morreu em uma instituição hospitalar, o que possibilita que o processo penal contra supostos responsáveis, questão identificados e localizados,



seja simples. Ademais, do acervo probatório se desprende que a família do senhor Damião Ximenes Lopes cooperou na tramitação da investigação policial e dos procedimentos penal e civil, com a finalidade dar andamento ao procedimento, conhecer a verdade do ocorrido e estabelecer as respectivas responsabilidades. [...] A demora do processo se deveu unicamente à conduta das autoridades judiciais. (CORTE IDH, 2006)

Há de se destacar que consiste em um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, amparado no Direito Internacional dos Direitos Humanos, que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violação dos direitos internacionalmente consagrados. Afinal, a responsabilidade dos Estados pelo cometimento de atos internacionalmente ilícitos (TRINDADE, 2021, p. 21) são exigíveis tanto em ações e práticas como em omissões. Uma atitude omissiva do Estado em não providenciar ou prever mecanismos de razoável duração do processo – mediante normativas legislativas e administrativas – e de efetividade da apuração de responsabilidades por violação de direitos humanos acarretam o desrespeito e afligem a dignidade humana, da vítima e seus familiares, quanto à impunidade de natureza criminal e desresponsabilização cível.

A Corte Interamericana considera que, de acordo com a Convenção, os Estados Partes estão obrigados a proporcionar recursos judiciais efetivos às vítimas de violações dos direitos humanos (Artigo 25), os quais devem ser substanciados em conformidade com as regras do devido processo legal. Logo, o argumento de demora do processo judicial de responsabilização devido ao respeito ao devido processo legal dos acusados e réus e suas garantias de defesas processuais não podem obstaculizar o *due process of law* da vítima e da sociedade.

A Corte, na *ratio decidendi* de sua sentença acabou por concluir que o Estado não proporcionou aos familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das consequências das violações. O Estado tem, por conseguinte, responsabilidade pela violação dos direitos às garantias judiciais (Artigo 8º) e, especialmente, à proteção judicial (Artigo 25) da Convenção.

O devido processo legal tem sua vertente garantista e procedimento de proteção dos direitos e procedimentos necessários para condenação criminal e responsabilização cível por crimes e danos. Trata-se de meio de proteção do indivíduo e todas as pessoas contra investidas



autoritárias dos representantes estatais, contra juízos ou tribunais de exceção e contra restrições a direitos humanos internacionalmente prescritos: como a liberdade e a propriedade.

Entretanto, o devido processo legal apresenta ainda uma vertente ou face de proteção da vítima e de seus familiares, senão de toda sociedade, consistente na previsão de meios eficazes, eficientes e razoáveis de tramitação processual com o objetivo de alcançar uma decisão final atinente às responsabilidades criminais e cíveis em relação a atos ilícitos e que afetem direitos humanos previstos em tratados internacionais de direitos. Quando o devido processo legal como expectativa legítima pessoal e institucional de responsabilização não se realiza, inevitavelmente, há a infração à previsão do Artigo 25 da Convenção.

Enquanto o direito de petição e de responsabilização – seja por iniciativa do ofendido, da vítima ou de seus familiares e do órgão estatal constitucionalmente detentor dessa prerrogativa – não se denotar materialmente realizável em ações que tenham duração razoável, resultados efetivos e a certeza de julgamentos justos e imparciais não se está integralmente completo o devido processo legal.

Ademais, o devido processo legal comporta ainda o reconhecimento do juízo natural e imparcial, sem intromissões de outros órgãos do Poder Público, uma clara violação do devido processo (CATALÀ i BAS, 2017, p. 109). Dificilmente quando o devido processo legal, em sua faceta de razoável duração do processo e efetividade, desenvolve-se com embargos, atrasos e morosidade por anos sem uma decisão de mérito podemos abstrair da marcha processual a interferência de outros poderes ou autoridades justamente almejando a não finalização do procedimento de responsabilização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Neste trabalho procuramos abordar sobre o tema do devido processo legal enquanto uma perspectiva de direito ao acesso à justiça a partir do primado da garantia de “proteção judicial” como previsto no Artigo 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica). Ao analisar os julgamentos em que o Estado brasileiro esteve envolvido e foi condenado no ano de 2006: Caso Ximenes Lopes; e, Nogueira de Carvalho, pudemos evidenciar como o primado da proteção judicial e da busca por um processo com duração razoável e resultado proporcional serve à garantia dos direitos das vítimas e de todos àqueles que podem vir a sofrer danos diretos ou ricochetes pela violação de direitos humanos.



Nestes casos *sub judice* internacional a questão do devido processo legal foi realizada sob o prisma da vítima, seus familiares e da sociedade, pois, os casos somente foram levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos devido à omissão do Poder Público brasileiro em tomar medidas condizentes à eficiência e razoável duração do processo. O Poder Judiciário e demais órgãos executivos, investigativos e de repressão se mostraram demasiadamente demorados, formais, burocráticos e ineficientes. Resultando disso na perpetuação do sofrimento dos familiares das vítimas dos atos cometidos e não julgados pelo Estado brasileiro.

As ações de investigação e a promoção de processos judiciais que pudessem resultar em uma análise de mérito quanto à responsabilidade cível e criminal foram demasiadas longas e demoradas. Depois de muitos anos da ocorrência das mortes e violação dos direitos humanos das vítimas ainda não se havia uma decisão judicial de apuração de eventuais responsabilidades e causadores: por ação ou mesmo por omissão. Dessa ineficiência estatal se acaba por violar duplamente a ordem de garantia dos direitos humanos: em um primeiro momento da vítima; e, posteriormente, dos familiares e da sociedade quando o processo de apuração e responsabilização se mostra incapaz de resolver uma decisão justa e em tempo razoável. O desrespeito e inefetividade da proteção judicial e do acesso a um processo justo e com duração razoável e solução eficaz acaba por violar direitos humanos dos familiares, resultando ainda mais em impunidades e injustiças.

O tema da proteção judicial (Artigo 25) da Convenção afirma o direito de toda pessoa a um recurso simples e rápido ou a qual outro recurso efetivo, perante juízes e tribunais competentes. O termo “recursos” utilizado na expressão do citado artigo se refere, portanto, a meios e condições e não somente a recursos *stricto sensu* como manifestações processuais de inconformidade. Ao não proporcionar a investigação efetiva e o processo judicial eficiente e com uma duração razoável o Brasil, nos casos de Damião Ximenes e Gilson Nogueira, acabou por violar diretamente o direito humano ao foi signatário.

Em ambos os casos foi possível se constatar que as ações e omissões foram realizadas por representantes e autoridades estatais diretamente e, porquanto, em missões oficiais e conforme a lei. Ainda assim a proteção da vítima e de seus familiares ocorrera de forma deficiente: razão pela o devido processo legal enquanto proteção judicial se denota como um atributo de garantia de um processo justo e razoável, alcançando-se uma decisão judicial de



mérito sobre os direitos humanos violados e com a responsabilização de seus autores ou daqueles diretamente vinculados às omissões do dever de proteção.

Sem isso, ou seja, sem a previsibilidade dos meios judiciais e processuais de responsabilização juntamente com a consecução de decisões em prazos razoáveis e condizentes com a legítima expectativa da sociedade e dos representantes das vítimas; não podemos falar em garantia e efetividade dos direitos humanos ratificados no plano internacional pelo Brasil. A garantia da proteção judicial inscrita no artigo 25 da Convenção Americana, portanto, mais do que conteúdo de expressão deste direito consiste, pois, em dever estatal cujo inadimplemento deve ser cobrado ao Estado brasileiro: inclusive mediante medidas de (re)estruturação dos meios de investigação e de responsabilização via Poder Judiciário.

6 REFERÊNCIAS

CATALÀ i BAS, Alexandre H.; TORRICOS, Marcela Ortíz. La comunicación horizontal y vertical en los sistemas americano y europeo de protección de derechos humanos: a propósito del derecho al juez natural. **Estudios de Deusto**, v. 65-1, p. 73-121, enero-junio. 2017.

CORTE IDH. **Caso Damião Ximenes Lopes versus Brasil**, 2006, 106 p. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf.

CORTE IDH. **Caso Nogueira de Carvalho e Outros versus Brasil**, 2006, 37 p. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_por.pdf.

ECHEVERRIA, Andrea de Quadro Dantas; VARELLA, Marcelo Dias. A construção do direito ao duplo grau de jurisdição nas cortes europeia e interamericana de direitos humanos. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, n. 1, p. 1-15, jan./mar. 2018.

MARINONI, Luis Guilherme Bittencourt *et al.* **Código de Processo Civil Comentado**. 07 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OCHOA-SANCHEZ, Juan Carlos. Control Judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Programas Masivos de Reparaciones: Hacia un Enfoque más Matizado. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 18, n. 1, p. 308-332, 2021.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 07 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

RIVAS, Juana María Ibáñez. In: STEINER, Christian (Coord.). **Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentário**. 02 ed. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del



Estado de Querétaro, 2019.

RUBIO, David Sánchez. Uma perspectiva crítica sobre democracia e direitos humanos. **O Direito Alternativo**, v. 3, n. 1, pp. 210-232, dezembro. 2016.

TRINDADE, Vinícius Fox Drummond Caçado. Responsabilidade e imunidade das organizações internacionais: prática e desafios. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 18, n. 1, p. 18-43, 2021.

