

LAWINTER REVIEW

Law - International Law
International Relations

ISSN 2153-4020

LAWINTER REVIEW

VOLUME 14– Nº 01 – 2023

Featured Authors (Volume 14 – nº 01 – 2023)

Alder Thiago Bastos

Cláudia Regina de Azevedo

Daniel Freire e Almeida

Danilo Fontenele Sampaio Cunha

Guaracy do Nascimento Moraes

Marcos Martins de Oliveira

LAWINTER REVIEW

New York

ISSN 2153-4020

LAWINTER REVIEW

Law - International Law
International Relations

ISSN 2153-4020

LAWINTER WORLD GROUP

The Lawinter World Group is a pioneering open-access review for the publication of knowledge and commentary on Law, International Law, and International Relations.

It has been online and freely available since 2001 (lawinter.com).

Founded to present an opportunity to students access the pedagogical materials of international law, linking cutting edge international law with “today’s classroom”, Lawinter has become a connection center for scholars around the world in various branches of Law and International Relations.

The global reach of Lawinter is achieved through its online presence, the high caliber of its contributors, authors, and editors.

More recently, Lawinter World Group included the publication of Books from Swiss and United States to the world.

Lawinter Review and Lawinter Editions warmly welcome submissions of high-quality, including articles, Books, essays, case-notes, comments, and reviews, which focus on Law, International Law, and International Relations. Lawinter Review and Lawinter Editions publish in English, French, German, Spanish, Italian or Portuguese.

Send all inquiries to:

review@lawinter.com

EDITORIAL BOARD - Lawinter Review - Lawinter Editions

Silviana Cocan - PHD - University of Bordeaux - France & Université Laval - Canada / Postdoctoral at Université du Québec - Canada.

Wei Dan - PHD - Coimbra University / Professor at University of Macau - China.

Alexandra Harrington - PHD - McGill University / Professor at Albany Law School - USA.

Evita Dionysiou - PHD - Panteion University / Professor at Athens Metropolitan College - Greece.

Dattesh D. Parulekar - PHD - Goa University - India & Johns Hopkins University - USA / Professor at Goa University - India.

Diogo Leite de Campos - PHD - Université de Paris II and IX, and Coimbra University - Cathedric Professor at Coimbra University – Portugal.

Shivani Sanghavi - LL.M. - Georgetown University - USA / United Nations Legal Assistant - IRMCT - The Hague - The Netherlands.

Andrea Carcano - PHD - University of Milan / Professor at University of Milan - Italy.

Cora Cheung - Masters - Leiden University / Professor at Singapore Institute of Technology - Singapore.

Rafael Leal-Arcas - PHD - European University Institute - Italy / Harvard Law School - USA / Professor at Queen Mary University of London - United Kingdom.

Abbas Poorhashemi - PHD Université de Strasbourg - France / Scientific Member & President of the Canadian Institute for International Law Expertise (CIFILE) - Toronto - Canada.

Vittorio Mainetti - PHD - Graduate Institute Geneva / Professor at University of Milan - Italy.

Ivo Josipovic - Professor at University of Zagreb / President of Croatia (2011-2015) - Croatia.

Daniel Freire e Almeida – PHD - Coimbra University – Portugal / Postdoctoral at Georgetown University - USA / Professor and Lawyer.

Sibilla Sartori - Masters of Laws - University of Verona - Italy / International Expert, United Nations Industrial Development Organization - Austria.

Ana Cláudia Nascimento Gomes - PHD - Coimbra University - Portugal / Prosecutor and Professor of Law.

Donatella M. Viola - PHD - London School of Economics and Political Science / Professor at University of Calabria - Italy.

Ana Maria Freire P. M. Almeida - PHD and Postdoctoral - Sao Paulo State University - Brazil.

Lina Reyes S. - PHD - Université Paris Nanterre - France & Universitat Autònoma de Barcelona - Spain.

LAWINTER REVIEW – New York - ISSN 2153-4020

Danilo Fontenele Sampaio Cunha - PHD - PUC University - Brazil / Federal Judge and Professor of Law.

Yangzi Tao - PHD Keio University - Japan / Space Generation Advisory Council at United Nations (National point of contact - China).

Fabio Luiz Gomes - PHD ongoing Salamanca University - Spain / Lawyer and Professor of Law.

Marie Gerardin - PHD - Capella University of Minnesota - USA / Professor at University of Edinburgh Law School - Scotland - United Kingdom.

Sabrina Lanni - PHD / Associate Professor at Milan University - Italy.

Bashar H. Malkawi - Doctor of Juridical Science at American University Washington College of Law – USA / Dean and Professor of Law at University of Sharjah - UAE.

Raimundo Nonato Chaves Neto - PHD ongoing at Lisbon University - Portugal / Lawyer and Professor at Lisbon University - Portugal.

Walid Fahmy - PHD Université Nancy 2 - France / Legal Counsel on the African Court on Human Rights.

Thalita Leme Franco - PHD - University of Sao Paulo - Brazil / Lawyer and Professor.

Fabiola Vianna Morais - Masters - Coimbra University - Portugal / Professor of Law.

Verônica Scriptore Freire e Almeida - PHD - Coimbra University - Portugal / Lawyer and Professor of Law.

Ana Carenzi - Masters - Université de Montréal - Canada / Internationalist.

Umberto Machado de Oliveira - PHD - Coimbra University - Portugal / Prosecutor and Professor of Law.

Haseeb Mohammed - LLM, Public International Law - University of Nottingham - United Kingdom - Professor at Jindal Global University - India.

LAWINTER WORLD GROUP

© Lawinter Editions, New York. Library of Congress: NRC103986.

© Lawinter Editions, Zürich. Verlagsnummer -ISBN Agentur Schweiz: 978-3-9525199.

© Lawinter Editions in partnership with Amazon KDP University.

© Lawinter Review, New York. ISSN 2153-4020. ISSN National Centre for the USA.

© Lawinter Review, New York. OCLC-Online Computer Library Center – USA. OCLC Number: 516234013.

© Lawinter.com, New York and Zürich.

© The Author(s), under exclusive global license to Lawinter Review and Lawinter Editions, New York – Zürich.

This Work is subjected to copyright. All rights reserved. Except as permitted under the United States Copyright Act, no part of this publication may be reproduced or distributed in any form or by any means, or stored in a database or retrieval system, without prior permission of the Publisher.

The Publisher, the Authors and the Editors are safe to assume that the advice and information in this Review are believed to be true and accurate at the date of publication. Neither the Publisher nor the Authors or the Editors give a warranty, expressed or implied, with respect to the material contained herein or for any errors or omissions that may have been made. The Publisher remains neutral with regard to jurisdictional claims in published maps and institutional affiliations.

The articles, chapters and books are the exclusive responsibility of the Authors, and do not compromise the Editorial Board, Lawinter Review, and Lawinter Editions.

Send all inquiries to:

Lawinter Review: review@lawinter.com

Table of Contents

The Evolution of the Classification of the Environment Since the Stockholm Declaration	
<i>ALDER THIAGO BASTOS – DANIEL FREIRE E ALMEIDA</i>	07
Judicial Review and the Constitutional Court Legitimacy: the Debate Kelsen v. Schmitt Revisited	
<i>CLÁUDIA REGINA DE AZEVEDO</i>	31
Legislation and Brazilian Institutions to Fight Organized Crime	
<i>DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA</i>	61
The Seven Waves of “Access to Justice” and the Role of the Public Defender's Office in Brazil	
<i>MARCOS MARTINS DE OLIVEIRA</i>	93

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

GUARACY DO NASCIMENTO MORAES – DANIEL FREIRE E ALMEIDA.....123

THE EVOLUTION OF THE CLASSIFICATION OF THE ENVIRONMENT SINCE THE STOCKHOLM DECLARATION¹

Alder Thiago Bastos ^{2*}

Daniel Freire e Almeida ^{3**}

¹ How to cite:

BASTOS, Alder Thiago; FREIRE E ALMEIDA, Daniel. The Evolution of the Classification of the Environment Since the Stockholm Declaration. **Lawinter Review**, New York, v. 14, n. 01, p. 07-30, 2023, available at: <http://www.lawinter.com/review.htm> .

² * Alder Thiago Bastos:

- PhD in International Environmental Law at Catholic University of Santos (UNISANTOS) - Thesis selected for the CAPES Scholarship program (2023). Santos – Sao Paulo – Brazil.
- Master in Law at Santa Cecília University (UNISANTA). (2018). Santos – Sao Paulo – Brazil.
- Full Professor of Civil Procedure Law at Faculdades Integradas Campos Salles; Full Professor at Faculdade Bertioga – Civil Law and Digital Law; Full Professor of Humanitarian Rights at Colégio and Faculdade Marquês de Olinda.
- Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/9098270220061329>.
- ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6878-3986>.
- Lawyer and University Professor.

³ * Daniel Freire e Almeida:

- Postdoctoral researcher at Georgetown University (Washington-DC-USA) (2015-2017).
- Ph.D. in International Law, Faculty of Law, Coimbra University (Portugal- EU) (2008-2012).
- Professor at Catholic University of Santos (Brazil) - Ph.D. and Master's Program.
- Professor and International Lawyer.
- E-mails: lawyer@adv.oabsp.org.br ; da616@georgetown.edu .

The Evolution of the Classification of the Environment Since the Stockholm Declaration

Abstract

This is a study of international documents that seeks to confirm the idea that the classification of the environment, based on the Stockholm Declaration (1972), consolidates the existence of a necessary division, based on the survey of environmental protection aspects, which is justified for the punctual defense of the peculiarities existing in the list stitched together by each classification. However, at the time of enactment of the aforementioned document, it was found that it was born outdated by ignoring the existence, at that time, of other ambiances consolidated and protected by other international texts that reclassified the environment (cultural and work environments). In this way, the objective of this study is to demonstrate that the classification of the environment proposed by the Stockholm Declaration is not rigid and plastered, allowing that several other documents are interpreted and incorporated to reclassify the categories of protection of the environment through the technique of hermeneutics, which allows the coalition of two or more international texts. Through the deductive methodology, with a bibliographic review, consolidated in theoretical references published in physical and digital media, it is demonstrated, through the collected results, that the reinterpretation of the Stockholm Declaration with other international documents gave rise to the classifications of the cultural environments and the work. In the end, it was concluded that the emergence of environmental categories will always be guided by the specificities that justify the re-reading of the Stockholm Declaration, without the need to enact documents that reclassify the environment in the original document under study.

Keywords: Environmental evolution. Reclassification. Promulgation of new documents. Reinterpretation of existing documents. Stockholm Declaration.

The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration

Introduction⁴

This is a study based on part of the author's doctoral thesis, under the supervision of the co-author, defended in March 2023, in which it was verified that the protection of the environment, inside and outside of Brazil, assumes a role of fundamental importance, as it corroborates the idea of a legal asset belonging to the present and future generations (AKAOUI, 2015, p. 47-48), in which its defense also invokes a cross-border and *transterritorialist* composition⁵.

This is because, it appears that the key point of attention is the health of the ecosystem, in a constant attempt to maintain the balance of human demands, while extracting from the natural environment its main components to provide the most diverse needs verified and consolidated nowadays (natural, technological and, mainly, consumer goods), as well as demands from this ambience the decomposition of what is returned, with or without

⁴ The study, in its first version, was published in Portuguese, in Unisantia Law and Social Science (Vol 12, N. 1, 2023), under the following title: BASTOS, Alder Thiago. A evolução classificatória do meio ambiente pela promulgação e reinterpretção de textos internacionais: uma análise a partir do referencial da Declaração de Estocolmo de 1972. Available at: <https://periodicos.unisantia.br/index.php/lss/article/view/3547/2372> .

⁵ Vide BASTOS, Alder Thiago. O Reconhecimento da Dimensão Autônoma do Meio Ambiente Digital em um Contexto Global. New York: Lawinter Editions, 2023.

The Evolution of the Classification of the Environment Since the Stockholm Declaration

proper treatment, in a vicious circle that is crucial to the environment.

However, the extractive form, without any discernments (although it has been changing since 1972), had been questioned over the years, since it was found that – whether due to the invincible demand that causes a sharp drop in resources, or by the pollution that comes from the necessary means for transforming the raw material into consumer goods, or by the inadequate way in which the waste is disposed of in the environment, among other verifications - environmental damage was identified by science and caused serious harm to the planet (MATTHES, 2020, p. 19).

In this way, through the environmentalist movements that emerged in the 1960s (whose first appearances were in the United States of America, Canada, Germany and France), through scientific perspectives and research that consolidated and identified a significant worsening of environmental pollution environment and severe consequences of human actions that reverberated in environmental damage to the planet, the idea of an international document that represented this concern was inaugurated (KISS, 1992, p. 1; SARLET and FENSTERSEIFER, 2021, p. 54).

In this context, through a position that adopts the “incipient reception of the degradation of the environment” (BENJAMIN,

**The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration**

1999, p. 50), came the need to promulgate an international document that combined human needs, environmental health, and had the conscience that damage to the environment is transgenerational and *transterritorial* (BASTOS, 2023, p. 84-85).

Then, the United Nations Conference on the Human Environment (1972), emerged from the United Nations Conference on the Human Environment in Stockholm, in which the classification of the environment by sectors of interest was admitted, as it follows from its preamble 1, that the environment has only been divided into natural and artificial (STOCKHOLM DECLARATION, 1972, p. 01).

In this way, it appears that the very classification suggested by the Stockholm Declaration on the human environment, of 1972, was born out of date, since, at that time, there was already an understanding, albeit incipient, of other facets of the environment.

In this context, the present study aims to demonstrate the classification evolution, without the need to enact new documents or existing ratifications, based on a deductive methodology, with a bibliographic review, consolidated in theoretical references published in physical and digital media.

The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration

1. The Stockholm Declaration of 1972 and its Initial Proposal for Dividing the Environment into Natural and Artificial

Environmental changes and the need to stick to a balanced environment have been an arduous task, especially in the combination of transindividual interests, characterized by “the indetermination of their holders, who would be united by a merely de facto bond, being totally indivisible and unavailable” (SOUZA, AKAOUI, 2016, p. 234).

This is because the defense of the environment, on the international stage, is assumed by the environmental movements that erupt from 1960 onwards, with the aim of pursuing the transindividual, transgenerational, *transterritorialist* and cross-border idea that environmental defense assumes (SOUZA, AKAOUI, 2016, p. 234; SARLET and FENSTERSEIFER, 2021, p. 54).

In this vein, the idea that the environment supplies needs in an infinite and unrestricted way, without weighing, limiting or being aware of the damage caused, would give space to scientific evidence that, by maintaining the nephralgic depredation of the environment, the consequences could be catastrophic, such as the extinction of life on Earth, or its constant degradation.

In this way, the first protectionist movements in favor of the environment emerged, divided into two moments, between 1960

The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration

and 1981, which coincided with the first appearances of environmentalist movements, in which to sediment the “fragmented exploitation” and, from 1981 (still in force in the current model) the “holistic exploration” (MATTHES, 2020, p. 19), in which it seeks to rationalize the use of resources in favor of planetary sustainability.

According to Sarlet and Fensterseifer (2021, p. 80):

O movimento ambientalista ou ecológico é, por assim dizer, um estágio mais avançado do movimento conservacionista, no sentido de que os valores ecológicos se tornaram mais profundos e intensos no seio comunitário. Além disso, a luta ambientalista ganhou contornos muito mais complexos do que antes, demandando uma compreensão mais ampla para a questão ecológica. O agravamento substancial da crise ecológica a partir da década de 1960 estabeleceu um novo desafio para a humanidade, inclusive a ponto de colocar em risco a própria sobrevivência da espécie humana.

However, since it is a global problem, and the pollution of the environment, reckless extraction, environmental damage, among many other examples, cannot be restricted to a single territory, the idea of the Stockholm Declaration of 1972 was born, which in its preamble highlights:

1. Man is both creature and moulder of his environment, which gives him physical

The Evolution of the Classification of the Environment Since the Stockholm Declaration

sustenance and affords him the opportunity for intellectual, moral, social and spiritual growth. In the long and tortuous evolution of the human race on this planet a stage has been reached when, through the rapid acceleration of science and technology, man has acquired the power to transform his environment in countless ways and on an unprecedented scale. Both aspects of man's environment, the natural and the man-made, are essential to his well-being and to the enjoyment of basic human rights—even the right to life itself. (DECLARATION OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE HUMAN ENVIRONMENT, 1972, p. 01).

In this context, the idea is to provide the human species with the necessary resources to maintain its way of life, but without losing sight of the fact that technological advances allow new measures (aggressive or protectionist) to be adopted in favor of the environment.

However, from the international document examined, it appears that the environment was divided into only two classifications, “the natural and the man-made”, namely:

a) The natural environment that consists, in the words of MIRALÉ (2021 RB-23.1), as being “(...) the resources and services provided by the ecosystem have their intrinsic value as elements linked to life on the Planet”, strictly linked to what is found naturally on the planet (water, air, plants, animals, etc.) and;

The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration

b) The artificial environment, also known as the urban environment, which focuses on the complexity of “geographical, biome and cultural diversities” (REIS, RIBEIRO, 2021, p. 321), thus constituting a “shelter for humanity” (BASTOS, 2023, p. 85).

However, the difficulty of relating international issues in the face of State sovereignty allows treaties, conventions, and declarations to serve as theoretical references, which should be internalized by States, because, as TOLEDO (2012, p. 123) points out that

É de conhecimento comum que a natureza do Direito Internacional é a ausência de hierarquia entre os Estados. Pois bem, recorrer à força jurídica não é sua característica principal, aliás restringir no máximo o emprego da força jurídica é sua tendência.

In this way, the Stockholm Declaration, of 1972, was born with the purpose of limiting human actions, but not only, of bringing a north of what is expected to maintain environmental protection throughout the Earth's Globe, with the very deference of that pollution and environmental damage are not limited to man-made state jurisdictions.

Therefore, the theoretical framework, with the aim of protecting the environment, was born out of date, since already at that time, it did not consider the existing composition, in which the

The Evolution of the Classification of the Environment Since the Stockholm Declaration

existence of other necessary protection environments was evident, and members of the classification range remaining in the environment.

GRANZIEIRA (2019, p. 27) points out that:

Os temas abordados podem ser resumidos em: o meio ambiente como direito humano, desenvolvimento sustentável, proteção da biodiversidade, luta contra a poluição, combate à pobreza, planejamento, desenvolvimento tecnológico, limitação à soberania territorial dos Estados, cooperação e adequação das soluções à especificidade dos problemas.

Therefore, if on the one hand the interpretation of environmental protection can indeed indicate an idea of issues related to the ecosystem, on the other hand, it is certain that any environment (even a digital one, as defended by this author in his doctoral thesis, under the supervision of the co-author) can imply in other classifications, not foreseen by the international document in vogue, since it established only two classification lines.

It should be noted that the very dynamism of environmental protection was noted by KISS (1992, p.01), since:

The necessity to conserve the environment is a dynamic concept, particularly since mankind is transforming the biosphere in an unprecedented way and our knowledge of the biosphere and its mechanisms is constantly progressing.

The Evolution of the Classification of the Environment Since the Stockholm Declaration

OLIVEIRA (2018, p. 196), following the dynamism identified by KISS (1992, p. 01), recalls that the “consumption and production standards enacted by SDG 12 are an essential measure in reducing the ecological footprint on the Environment”.

In this line, the study of the mentioned author demonstrates that several other documents came to environmental protection, instruments that, as in the case of the Sustainable Development Goals - SDG, which do not limit the rationality of “natural environment” or “artificial environment”.

In this way, it remains demonstrated that the classification line adopted by the Stockholm Declaration of 1972 was born out of date, as it disregarded the culture and work environment, which had long been discussed by historic movements (such as the Enlightenment that would result in the French Revolution and the stages of the Industrial Revolution that discusses, until the present day, the inclusion of technology in work environments).

2. The Reclassification of the Environment Without the Need to Promulgate New Documents

Currently, the division of the environment into five different classifications is recognized on the international scene (natural environment, artificial environment, cultural environment, work

The Evolution of the Classification of the Environment Since the Stockholm Declaration

environment and genetic heritage), as noted by FIORILLO (2021, p. 90-98).

However, it is certain that, of the classifications that survived from the reference adopted by the Stockholm Declaration, of 1972, it is identified that, only the one that denotes the recognition of the Genetic Heritage, in consonance with the enactment of the Convention on Biological Diversity, dated of 1992, establishes an international document that emphasizes a new classification.

Furthermore, the other classification lines (cultural environment and work environment) result from a hermeneutic interpretation of other internationally enacted documents, especially those that already existed before the 1972 Stockholm Declaration came into force.

The cultural environment comes from this reinterpretation of international texts in favor of the very idea of a hermeneutic analysis, in favor of the environmental classification that is intended to be defined. This is because it is consolidated and is essentially:

(...) enraizado pela própria humanidade, que diverge de acordo com crenças, territórios e costumes, permitindo ser classificada de forma distinta pela riqueza de sua diversidade cultural que consolida de território para território, desde os primórdios da humanidade até a contemporaneidade (BASTOS, 2023, p. 64).

The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration

Thus, since culture was not foreseen as an environmental issue, it emerges from the reinterpretation of the Universal Declaration of Human Rights, through Article 22, which establishes that:

Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality. (Universal Declaration of Human Rights, 1948, article 22).

Furthermore, to consolidate this line of reasoning, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, enacted in 1966, complements the idea by noting that “the ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, as well as his civil and political rights,” (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966, preamble).

In this context, naturally arises the classification of the cultural environment, because, according to MADISON, FRISCHMAMM and STRANDBURG:

Applying the increasingly common environmental metaphor in information policy and intellectual property studies, we make an analogy between

The Evolution of the Classification of the Environment Since the Stockholm Declaration

information and knowledge resources in the cultural environment to physical resources in the natural environment (2020, p. 708).

Culture is something sacred, mountains move for its maintenance, conflicts are justified for its preservation, being certain that it is possible to identify that the preserved culture tells the story of man and his passage through the globe (GRANZIEIRA, 2019, p. 17).

In this way, the cultural environment emerges as a third classification of the lato sensu environment, revealing the importance of past moments of humanity, whose diffusion is understood by the school, cultural and religious tradition passed from generation to generation (OLIVEIRA, 2018, p. 25).

And, in the same tone, is the reasoning presented by Eduardo Tomasevicius Filho when recalls that:

(...) bem cultural é aquele que tem a pretensão, em última instância, de ter duração ao longo dos tempos e somente consegue esse feito com a manutenção de sua capacidade de comoção das pessoas de outras épocas ao observá-los (2020, p. 50).

Therefore, it is possible to verify that the cultural environment was reclassified by the interpretation of existing international documents that recognize human culture as a transgenerational

The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration

support, and that it must be preserved, and in the equivalent way validated by the Stockholm Declaration of 1972.

In the same interpretative line, the work environment should be considered, given that it comes from the same methodology adopted in the classification of the cultural environment, as it uses the reinterpretation of existing documents to implement the protective line of people, while submerged in work activity.

This is because the emergence of the autonomy of labor law occurs precisely when it is identified that the total autonomy of will be preached by Enlightenment ideas collides with the submission of the worker in favor of his own livelihood (BASTOS, 2023, p. 70).

In other words, the work environment is validated, according to GRANZIERA when:

As condições de trabalho nas fábricas afrontavam severamente a dignidade humana, ensejando a criação de teorias econômicas voltadas ao questionamento do sistema então vigente, e forçando, pela primeira vez, a criação de normas trabalhistas, que evoluíram para os conceitos do meio ambiente do trabalho (2019, p. 18).

In this way, remember that the factory environment at the beginning of the 20th century was unhealthy and extremely inadequate, causing injuries of all severity (mild, medium, severe,

The Evolution of the Classification of the Environment Since the Stockholm Declaration

and serious), in addition to countless cases identifying the death of the proletariat.

In this context, the classification of this environment was due to the fruitful intervention of the State in the relationship between individuals to keep the naturally unequal poles balanced (MASCARO, 2013, p. 18), allowing the State to assume the duty of protection and supervision of work activities, even if exclusively private due to the vulnerability of the existing legal relationship (DELGADO, 2019, p. 91-92).

The recognition of the work environment follows the recognition of the International Labor Organization, as an entity that regulates relations, due to its tripartite composition (ALVARENGA, MELO, 2019, p. 262), keeping alive the organization idealized by the Treaty of Versailles of 1919 in which, at that time, it sought to extol basic human rights, albeit incipiently, by inferring diversely opposing interests.

In addition, human protection in these environments, which are sometimes naturally unhealthy or inadequate, is reflected in people's health while exercising their respective metiér (KHAMIS, KOZYREFF, 2021, p. 133).

By this logic, although not specified by the Stockholm Declaration of 1972, it is clear that the work environment has been

The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration

defended since 1919, when the Treaty of Versailles was enacted, and this protection was reinforced with the signing of Conventions 148, 155, 161.

Oliveira and Andrade reinforce the idea of the existence and importance of the work environment when they position themselves in the sense that:

(...) a Organização Internacional do Trabalho possui Convenção no. 155, específica sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores, estabelecendo nos itens 4.1 e 4.2. que deve existir uma revisão periódica coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores, com a finalidade de prevenção de acidentes e danos à saúde, reduzindo as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho, ou seja, a revisão deve levar a progressividade da proteção, os Estados devem adotar política que progressivamente promova a segurança e saúde dos trabalhadores após consultar as organizações de empregadores e de trabalhadores (2021, p. 217).

Furthermore, it is necessary to consider that the very idea that the environment (as a whole) is not restricted exclusively to the rules of the Stockholm Declaration of 1972, is noted by the Sustainable Development Goals, in which, among its positions and 169 goals, confirms the situation that the enactment that took place in 1972 only brings a referential and inseparable model to be

The Evolution of the Classification of the Environment Since the Stockholm Declaration

followed, without losing sight of the fact that, justifying reasons, new forms of classification and environmental protection can be adopted (ANDRADE, 2022 , p. 50).

The last existing classification, which recognizes the Genetic Heritage as the fifth and last classification on the international scene resulting from the enactment of the 1992 Convention on Biodiversity.

This is because, by consolidating its own ambience, noted by the numerous rules adopted by the mentioned document, it makes obvious the proposal of reclassification by legitimate documents and enacted after 1972, making it a mechanism of evolution through the documental bias, typical of the legislative composition that humanity is used to adopt, the model followed in this work.

Final Considerations

The present work aimed to expose the classification evolution of the environment through the enactment and reinterpretation of international texts, demonstrating, in a fruitful way, that, from the adopted reference of the Stockholm Declaration, of 1972, both by the enacted line, through the consolidation of new international documents, or through the line of reinterpretation, under the technique of hermeneutics, it is possible that the environmental

**The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration**

classification is innovated to incorporate new divisions, which seek, within their respective specificities, to protect the environment more effectively.

It should be noted that, using this reasoning, it is possible to propose the recognition of the autonomous dimension of the digital environment in a global context (BASTOS, 2023, p. 1-287) which, despite not mirroring the proposal of this study, suggests that, if justified, the reclassification of the environment to outline more specific protection is an effective tool for the protection proposed in the transindividual, transgenerational, transboundary and *transterritorial* ideals.

References

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. 5. Ed. rev., atual., e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. MELO, Francisco Matheus Alves. *Direito*

internacional do trabalho: criação, fundamentos, atividade e solução dos órgãos de fiscalização da Organização

Internacional do Trabalho - OIT. Revista de Direito do Trabalho.

Vol. 203/2019, p. 259 – 274, Jul / 2019. DTR\2019\35387.

Disponível

em:

<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sguid=i0ad82d9b0000018587fa9667f258660c&docguid=l6c7769609c0711e99c88010000000000&hitguid=l6c776960>

The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration

9c0711e99c88010000000000&spos=3&epos=3&td=27&context=40&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 6 jan. 2023.

ANDRADE. Paulo Antonio Rufino de. **Instrumentos Nacionais e Internacionais para conservação e uso sustentável da diversidade biológica do Bioma Mata Atlântica e da Zona Costeira no Município de Bertioxa**. Tese apresentada à Universidade Católica de Santos como parte dos requisitos para obtenção de título de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental Internacional, sob orientação do Prof. Dr. Gilberto Passos de Freitas. Santos. 2022.

ARENDR, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 180-181.

BASTOS. Alder Thiago. **O reconhecimento da dimensão autônoma do meio ambiente digital em um contexto global**. Tese apresentada à banca examinadora da Universidade Católica de Santos – Unisantos, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor. Orientação: Prof. Dr. Daniel Freire e Almeida. Ano de 2023.

BASTOS, Alder Thiago. **O Reconhecimento da Dimensão Autônoma do Meio Ambiente Digital em um Contexto Global**. New York: Lawinter Editions, 2023.

BEJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Introdução ao meio ambiente brasileiro. **Revista do Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, abr-jun. 1999. V. 14. Ano 4.

CETESP – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo. **DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DE ONU NO AMBIENTE HUMANO**. Estocolmo, entre os dias 5-16 de junho de 1972. Traduzido por

**The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration**

CETESP – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo. Sem data de tradução. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/posgraduacao/wp-content/uploads/sites/33/2016/09/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Estocolmo-5-16-de-junho-de-1972-Declara%C3%A7%C3%A3o-da-Confer%C3%A2ncia-da-ONU-no-Ambiente-Humano.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2022.

CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/textoconvenoportugus.pdf>. Acesso em: 06 de abril de 2022.

Convention on Biodiversity (1992).

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 21ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Edição do Kindle (E-book).

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. - 5. ed. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. Edição do Kindle (E-book).

KISS, Alexandre Ch.— *The implications of global change for the international legal system*, In: **Environmental Change and International: New Challenges and Dimensions**. Editado por WEISS, Edith Brow, Tokyo: United Nations University, 1992. Available at: <http://www.nzdl.org/cgi-bin/library.cgi?e=d-00000-00---off-0aedl--00-0---0-10-0---0---0direct-10---4-----0-0l--11-en-50---20-about---00-0-1-00-0-0-11-1-0utfZz-8-00&cl=CL1.1&d=HASH01e262d576f8179e3bed95ea.8.1>=1>.

MASCARO, Alysso Leandro. **Estado e Forma Política**. 1. Ed.: Bomtempo, 2013.

The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration

MATTHES, Rafael Antonietti. **Manual de direito ambiental**. 2. ed. – São Paulo: Rideel, 2020.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente** [livro eletrônico] / Édis Milaré. - 5. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. 6 Mb; ePub.5. ed. e-book baseada na 12. ed. impressa.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 111**. Promulgada em 11 ago. 1960. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em: 01 set. 2022.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 155**. Promulgada em 11 ago. 1983. Available at: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm.

OLIVEIRA, Ana Carla Vastag Ribeiro de. **Direitos políticos e sua efetividade como Direitos Humanos: Necessária profilaxia pelas Organizações Internacionais**. Tese apresentada à banca de examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, na área de concentração do Direito das Relações Econômicas Internacionais, sob orientação do Professor Doutor Antônio Márcio da Cunha Guimarães. 2018. Available at: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22042>.

OLIVEIRA, Celso Ricardo Peel Furtado de; ANDRADE, Manuela Jesus de. Proteção à saúde do trabalhador uma utopia possível. **Unisanta Law and Social Science**, v. 10, n. 2, p. 215-226, 2021. Available at: <https://periodicos.unisanta.br/index.php/lss/article/view/2965>.

OLIVEIRA, Danilo. Capítulo “ODS 12: Consumo responsável”. In **Comentários aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Orgs. BALERA, Wagner e SILVA, Roberta Soares Silva. São Paulo: Editora Verbatim. 2018.

The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração da Conferência da ONU sobre o Ambiente Humano; Estocolmo, 1972. Available at: <https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), 1948.** Available at: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27.º. Available at: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf.

REIS, Luciana Palermo dos. RIBEIRO, Flávio de Miranda. A norma de desempenho em edificações como um instrumento do direito ambiental urbano. (Pag. 315-330). **Anais do VI Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional. 03 a 05 de novembro de 2021.** Organizado por: GRANZIEIRA, Maria Luiza Machado. RIBEIRO, Flávio de Miranda. REI. Fernando - Santos (SP): Editora Universitária Leopoldianum, 2021. 502 p. Available at: <https://www.unisantos.br/wp-content/uploads/2021/10/ANAIS-VI-DIREITO-INTER.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental.** 12. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Edição do Kindle.

SOUZA, Luciano Pereira de; AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Apontamentos sobre o uso da força na tutela do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, v. 2, n. 1, p. 232-253, 2016. Available at:

The Evolution of the Classification of the Environment Since the
Stockholm Declaration

<https://indexlaw.org/index.php/Socioambientalismo/article/view/1065>.

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966).

The Universal Declaration of Human Rights (1948).

TOLEDO, Ana Carla Vasco de. Estratégia mundial para reduzir o uso nocivo de álcool e as políticas públicas nacionais. **Revista Leopoldianum**, v. 38, n. 104-6, p. 119-134, 2012. Available at: <https://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/view/467>. 20. abr. 2022.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A proteção do patrimônio cultural brasileiro pelo Direito Civil**. São Paulo: Almedina, 2020.

United Nations Conference on the Human Environment (1972). The Stockholm Declaration.

How to cite:

BASTOS, Alder Thiago; FREIRE E ALMEIDA, Daniel. The Evolution of the Classification of the Environment Since the Stockholm Declaration. **Lawinter Review**, New York, v. 14, n. 01, p. 07-30, 2023, available at: <http://www.lawinter.com/review.htm> .

Cláudia Regina de Azevedo

**JUDICIAL REVIEW AND THE CONSTITUTIONAL COURT
LEGITIMACY: THE DEBATE
KELSEN V. SCHMITT REVISITED¹
*JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
O DEBATE KELSEN V. SCHMITT REVISITADO***

Cláudia Regina de Azevedo ^{2*}

Abstract

Considering that 70% of the world's democratic regimes count on a constitutionality control system, the reanalysis of the debate initiated at the beginning of the 20th century by Carl Schmitt and Hans Kelsen shows how legitimate it would be to exercise this function of controlling

¹ **How to cite:**

AZEVEDO, Cláudia Regina de. Judicial Review and the Constitutional Court Legitimacy: the Debate Kelsen v. Schmitt Revisited. **Lawinter Review**, New York, v. 14, n. 01, p. 31-60, 2023, available at: <http://www.lawinter.com/review.htm> .

² * **Cláudia Regina de Azevedo:**

-Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP- Brasil).

-Especialista em Direito Constitucional pela Escola Paulista de Direito (SP). -
Endereço eletrônico: cr_azevedo@outlook.com.

-ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4206-3734>.

-Link CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4834686025378378>.

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

constitutionality and maintaining the healthiness of the Constitution. Analyzing the historical and social context in which each one was, as well as pointing out the justifications of their points of view, the text intends to recall the foundations of this discussion, which, although apparently finished, resurfaces with each new moment of tension between the institutions, especially when considering the social impact that the current Constitutional Courts have brought through their decisions. Finally, it was possible to conclude that the current Brazilian system, which retains for the Judiciary branch most of the competence to carry out the judicial review, although not exempt from criticism, is still the best one, once distancing itself from the legislators themselves, as the producers of the tainted and unconstitutional laws, and the influence - at least directly - of the political interests.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Legitimacy. Hans Kelsen. Carl Schmitt.

Resumo

Considerando que quase 70% dos regimes democráticos mundiais contam com um sistema de controle de constitucionalidade, imperiosa se mostra a reanálise do debate instaurado no começo do século XX por Carl Schmitt e Hans Kelsen, acerca de quem seria legítimo para exercer essa função de controlar a constitucionalidade e manter a higidez da Constituição. Analisando o contexto histórico e social em que cada um deles se encontrava, bem como apontando as justificativas de seus pontos de vista, o texto pretende rememorar os fundamentos desta discussão, que apesar de aparentemente finda, ressurge a cada novo momento de tensão entre as instituições, principalmente quando se leva em conta o impacto social que a atuação das Cortes Constitucionais atuais tem trazido por meio de suas decisões. Ao final, foi possível concluir que o sistema brasileiro em vigor, que resguarda ao Judiciário a maior parte da competência para realizar o controle das inconstitucionalidades, embora não seja isento de críticas, ainda se mostra o mais acertado, por se distanciar dos próprios legisladores e produtores da norma viciada e da influência – ao menos direta – dos interesses políticos da situação.

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Legitimidade. Hans Kelsen. Carl Schmitt.

Introdução

Fruto das revoluções burguesas, os Estados modernos podem ser denominados como “constitucionais” justamente por terem em seu alicerce uma constituição, norma básica de sua organização, da separação (e limitação) do poder estatal e garantia dos direitos dos indivíduos (RANIERI, 2013, p. 43), de modo que a constituição passou a ser a linha mestra da maior parte dos Estados existentes. E é nesse contexto que quase 70% dos regimes democráticos mundiais contam com um sistema de controle de constitucionalidade, ou seja, de verificação de compatibilidade entre seu ordenamento jurídico com a constituição que adotam (GINSBURG, 2014, p. 18).

Destaca Alexandre de Moraes que o constitucionalismo moderno limita o poder não somente do soberano (Executivo) e dos tribunais (Judiciário), como também do próprio Parlamento, que assim como os demais deve observar e se limitar pelo texto constitucional (2013, p. 17). Limitação do poder da maioria e dos seus representantes, portanto, é um tema central neste estudo.

Nas palavras de Gustavo Binenbojm, “a jurisdição constitucional se afirmou, pelo mundo afora, com o mais

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

importante instrumento de contenção do poder político nas democracias contemporâneas” (2014, p. 44). Afinal, nenhuma força – jurídica ou social – teria uma constituição caso não fosse garantida a sua aplicação e observância, principalmente no momento de elaboração e aplicação das normas hierarquicamente inferiores. Diante desse contexto, tão salutar como a existência de uma constituição é a existência de um sistema de controle de sua observância.

A permanente tensão, contudo, entre o exercício deste poder entendido, pela maioria³, como contramajoritário (de declarar a inconstitucionalidade de uma lei produzida pelo parlamento, representante da maioria) e a democracia torna recorrentes alguns questionamentos quanto a tal sistema de controle. Qual a melhor maneira de se garantir a higidez da constituição de um Estado? Qual pessoa ou instituição seria a mais indicada – e democraticamente legítima – para fazê-lo? Estas são algumas das indagações que serão objeto deste ensaio.

³ Exceção feita a Robert Dahl, para quem o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário não pode ser caracterizado como contramajoritário, uma vez que os membros da Corte Suprema que o realiza têm seus nomes aprovados pelo Legislativo após indicados pelo Chefe do Executivo, de sorte que são eles, também, representantes da maioria (DAHL, 1957, p. 283).

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

A discussão, apesar de extremamente atual e que se renova sob diferentes roupagens, mas tendo por base o mesmo tecido, foi travada na Europa do começo do século XX pelos autores que serão analisados neste estudo, em debate envolvido por um contexto histórico bastante peculiar e cujas conclusões tiveram reflexos durante anos. Hans Kelsen e Carl Schmitt desenvolveram, por meio de seus textos, respectivamente “Quem deve ser o guardião da Constituição” e “O guardião da Constituição”, ambas do ano de 1931, argumentos que ecoam até os dias atuais e merecem análise.

O item 1 inaugura os trabalhos com a teoria trazida por Hans Kelsen, suas origens e desenvolvimento. Considerando o contexto histórico e pessoal do autor – fatores que acabaram influenciando seu pensamento – será abordado o tema específico da jurisdição constitucional sob a ótica daquele que criou a instituição Tribunal Constitucional na constituição da Áustria de 1920 e que, por consequência, defendeu sua legitimidade para realização do controle de constitucionalidade.

O item 2 traz o contraponto de Carl Schmitt e como, sob seu panorama, o Tribunal Constitucional não é a instituição mais legítima para exercer a função de controlar a compatibilidade das leis com o texto constitucional. Igualmente levando em conta as

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

peculiaridades de sua formação e contexto social, o autor traz diferentes perspectivas para se opor à Kelsen.

O item 3 pretende enfrentar, ainda que de forma evidentemente limitada, a questão sobre quem deve ser o guardião da Constituição e a legitimidade do Tribunal Constitucional, trazendo autores que, no decorrer das décadas, se ocuparam de encontrar um fundamento para a visão de Kelsen.

Ao final, lembrando que este estudo é apenas um estrito recorte de um tema extremamente amplo, aponta-se que a maior parte dos países democráticos do ocidente adotam um sistema de controle de constitucionalidade e mantém nele boa parte de seu alicerce, seja por meio de Cortes Constitucionais inseridas no Poder Judiciário ou fora dele, seja por Cortes mais ou menos ativistas. Ainda que se reconheçam os problemas decorrentes da adoção de uma ou outra teoria e ainda que se tenha ciência de que o debate teve início e grande impacto no começo do século XX, deve ser reiteradamente renovado, com base justamente nas alterações sociais e problemas fáticos que por meio dele se pretende resolver.

Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado

1. Kelsen e a Corte Constitucional.

Hans Kelsen era natural de Praga, cidade que atualmente integra a República Tcheca, mas que, na época, pertencia ao Império Austro-Húngaro. Formou-se na Faculdade de Direito de Viena, onde passou a lecionar a partir de 1911. Judeu, sofreu perseguições do regime nazista e acabou abandonando a Europa para viver nos Estados Unidos, país onde lecionou nas universidades de Harvard e Berkeley, vindo a falecer no ano de 1973 sem retornar ao território europeu. Antes disso foi Juiz da Suprema Corte Constitucional da Áustria no período compreendido entre 1920 até 1930, sendo certo que a Constituição austríaca de 1920 foi redigida sob sua influência e com sua colaboração. (FURLAN, 2010, p. 129). Destaca Bruno Meneses Lorenzetto:

(...) vale salientar que Kelsen colaborou na redação da Constituição da Áustria de 1920. Nesta ocasião, Kelsen propôs a criação de um órgão judicial de controle concentrado da constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo. A gênese histórica da Corte Constitucional não se limita a um instante histórico isolado, foi fruto de uma herança teórica de Kelsen, mas é possível dizer que a primeira experiência prática, que veio a repercutir significativamente na estrutura de diversos outros sistemas constitucionais no ocidente, ocorreu na Constituição austríaca de 1920. (LORENZETTO, 2009, p. 1933)

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

O autor foi “continuamente acusado de reducionista, de esquecer as dimensões sociais e valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos” (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. XVI). Em verdade, Kelsen pretendia apenas buscar a pureza (científica) no seu método, no sentido de que o Direito deveria ocupar-se somente da norma posta, afastando-se de debates políticos, morais ou de qualquer outra seara que não a jurídica. Não era o “Direito” que era ou deveria ser puro (destituído de tudo o que não fosse estritamente jurídico), mas sim o “método” de sua análise e aplicação.

Importante notar, desde já, que Kelsen se valeu do método desenvolvido anteriormente por Immanuel Kant (principalmente da obra “A crítica da razão pura”) para colocar o racionalismo à frente de percepções não jurídicas, tanto que é possível notar singela semelhança entre os títulos da afamada obra de Kant, mencionada acima, com a obra mais conhecida de Kelsen, “Teoria pura do Direito” (ALMEIDA e ZENNI, p. 2018, p. 281). Assim: “(...) a busca de Kelsen, ainda que possa ser criticada desde outras perspectivas, era a de uma epistemologia – uma teoria do conhecimento na análise de um objeto – desprovida de valores.” (LORENZETTO, 2009, p. 1926).

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

Kelsen teve uma vida acadêmica extremamente produtiva, sendo reconhecido por diversas obras. Uma de suas mais conhecidas contribuições refere-se à tese de que a Constituição seria o fundamento de validade último do ordenamento jurídico, situada em seu vértice, tratando-se de uma norma fundamental que não é simplesmente posta, mas pressuposta (BINENBOJM, 2014, p. 62). Neste artigo, contudo, apesar de tomar-se como alicerce esta premissa, o enfoque será mais especificamente a sua doutrina em relação à jurisdição constitucional, sem ignorar o fato de que a obra do teórico não se limita a este tópico, mostrando-se muito mais ampla.

Fixadas tais premissas, passa-se ao tema objeto deste estudo propriamente dito.

De início, consigna-se que o termo “Corte Constitucional” não foi criação original de Kelsen, derivando do trabalho de um de seus mentores e grandes influenciadores, o jurista Georg Jellinek, que em 1885 publicou um ensaio intitulado “Tribunal Constitucional da Áustria” para fazer cumprir a divisão de competências entre União e regiões, mas principalmente para defender a Constituição de potenciais excessos e transgressões cometidos pelos partidos ou órgão parlamentar” (LAGI, 2021, p. 261).

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

Para Kelsen “a jurisdição constitucional é compreendida como a garantia jurisdicional da Constituição que tem por objetivo assegurar o exercício regular das funções estatais” (FURLAN, 2010, p. 135). Seria um modo pelo qual as minorias teriam garantidos seus direitos contra eventuais abusos das maiorias que tomam conta dos parlamentos (KELSEN, 2007, p. 181). Sob esta ótica os poderes Legislativo e Executivo estariam intrinsecamente impedidos de realizar tal controle, não apenas por terem sido eleitos e por prestarem contas aos seus eleitores e respectivos interesses - o que não ocorreria junto ao Judiciário -, mas principalmente pelo fato de que eles seriam os maiores produtores de normas eventualmente inconstitucionais, razão pela qual seria descabida a atribuição de uma função de “juiz em causa própria”.

Com alicerce nessas premissas ele entendia que não se pode “confiar a anulação dos atos irregulares ao próprio órgão que os produziu” afastando, com isso, a atuação do Legislativo e do Executivo desta função. Afirma, assim, que deveria ser um órgão diferente de ambos, “(...) independente deles e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional” (KELSEN, 2007, p. 150).

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

Importa observar que para Kelsen o “controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como atividade legislativa negativa” (BARROSO 2008, p. 19), uma vez que não implicaria na inovação do ordenamento, com a inclusão de uma nova norma (atuação positiva), mas sim na retirada, na exclusão de uma norma inconstitucional. De acordo com Carlos Herrera, na teoria kelseniana o Tribunal Constitucional representava verdadeira garantia de paz política no interior dos Estados (HERRERA, 1994, p. 206).

Pelo momento histórico que a Áustria vivia quando do desenvolvimento desta tese, com a recém-inaugurada república e o fim da era governada pelos Habsburgo, a criação de uma instituição forte e com poderes para garantir a observância da constituição, a limitação do poder estatal e a observância dos direitos individuais se mostrava bastante adequada ao novo sistema jurídico que ali se instaurou. Em verdade, a estrutura por ele criada – baseada em neutralidade, objetividade e pureza do método – visava o controle dos regimes totalitários da época, partindo do ideal de que o sistema jurídico permaneceria em funcionamento independentemente da alteração do governante,

Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado

podendo, ainda, ser controlado (informação verbal – Professor Silvio Luiz de Almeida⁴).

Foi com lastro nesse entendimento que a constituição austríaca de 1920 incluiu em seu corpo uma Corte Constitucional.

2. Schmitt e o Chefe do Executivo.

Carl Schmitt é fruto da Alemanha da virada do século XIX para o século XX e desde sua formação na graduação em Direito – cursado inicialmente na Universidade Berlim, mas depois transferido para Munique e Estrasburgo – “recebeu grande influência do antipositivismo neokantiano que lá começava a florescer, a exemplo do que ocorria em Heidelberg e Freiburg” (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 22).

Inicialmente contra a ascensão do regime nazista, acabou se filiando ao mencionado partido, tornando-se um dos mais destacados constitucionalistas alemães a aderir ao regime, de modo que no ano de 1933 publicou uma série de textos que deixaram expressa sua posição (ainda que por pressão do partido ou oportunismo político), como em *O conceito de Estado Total*, no

⁴ Informação verbal. Tema abordado na disciplina Teoria Geral do Direito, do curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), em aula ministrada no dia 06.04.2021.

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

qual claramente reconhece Hitler como o *Führer* do povo alemão, de fato e de direito (MACEDO JÚNIOR, 2011, p. 24).

O início de suas críticas ao sistema de controle de constitucionalidade criado por Kelsen se evidencia quando da publicação da obra “O guardião da Constituição”, no ano de 1931, um dos grandes focos deste artigo, justamente para fazer o contraponto à teoria desenvolvida pelo autor austríaco. Como aponta Gilberto Bercovici “a primeira parte do livro é dedicada ao esforço de Carl Schmitt em desqualificar o Poder Judiciário como protetor da Constituição” (2004, p. 96).

Segundo o autor alemão, toda a estrutura do Judiciário teria sido idealizada para recepcionar os conflitos depois que eles ocorrem, não para atuar antes dos eventos – o que ocorre, de forma inevitável, ao controlar a constitucionalidade de leis em abstrato –, função que o transformaria em um poder politicamente ativo, emitindo opiniões, o que contraria suas funções típicas e inevitavelmente invade a seara da política (FURLAN, 2010, p. 135). Para Schmitt “o Poder Judiciário não pode estar acima do legislador e da lei” (BERCOVICI, 2004, p. 97). Amorim Pereira e Baracho Junior ainda observam que:

Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado

O repúdio de Schmitt relativamente ao modelo de justiça constitucional delineado por Kelsen fundamenta-se, principalmente, no fato de que a decisão do Tribunal Constitucional atribui invalidação à lei inconstitucional, que é total e genericamente retirada do ordenamento jurídico. Assim, na perspectiva schmittiana, a jurisdição constitucional atua como legislador negativo, de modo que a atribuição de efeitos genéricos à decisão do Tribunal Constitucional, na declaração de inconstitucionalidade de uma lei, configura caráter legiferante à função jurisdicional. (AMORIM PEREIRA e BARACHO JUNIOR, 2019, p. 324).

Para Schmitt o controle de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional configuraria, portanto, verdadeira afronta à separação das funções estatais, imiscuindo-se o Judiciário nas funções do Legislativo, com o que ele não pode anuir, por implicar sua politização e consequente desequilíbrio de todo o sistema constitucional (MENDES, 2007, p. xi). Prossegue afirmando que os magistrados não são politicamente responsabilizados, situação que não comporta a submissão dos chefes dos demais poderes às suas decisões (MACEDO JUNIOR, 1997, p. 137).

Geralmente o autor é apontado como um *decisionista*; uma das razões para tanto – de forma bastante reduzida e sem adentrar em todos os aspectos do decisionismo – seria por ele afirmar que toda vez que um Tribunal esclarece uma norma de conteúdo duvidoso

Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado

ou obscuro, ele interpreta. E “toda instância que coloca, autenticamente, um conteúdo legal duvidoso fora de dúvida, atua como legislador. Caso ela coloque o conteúdo duvidoso de uma norma constitucional fora de dúvida, então ele atua como legislador constitucional” (SCHMITT, 2007. p. 67). Toda *sentença*, assim possui caráter decisionista, eliminando autoritariamente um conteúdo legal duvidoso fora de dúvida, atuando, portanto, como legislador, em uma função altamente política, escolhendo uma interpretação, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade de determinada norma.

Fundamentando sua escolha de rejeição da Corte Constitucional ele parte da teoria do *poder neutro* de Benjamin Constant, reconhecendo tal poder de controle na figura do Chefe do Executivo, que deve ser o defensor natural da Constituição, como exposto na obra publicada em 1929 (FURLAN, 2010, p. 128). Nesse momento cita, inclusive, a constituição brasileira de 1824, a imperial, que além da clássica repartição das funções estatais entre Executivo, Legislativo e Judiciário previa, ainda, o Poder Moderador, personificado na figura do imperador (SCHMITT, 2007, p. 195).

Para Schmitt, o poder neutro não estaria necessariamente acima dos demais, mas ao lado destes, funcionando como uma

Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado

espécie de coordenador. De acordo com Fabiano Ferreira Furlan, cinco seriam as razões pelas quais Schmitt escolheu o Presidente para ser o guardião da Constituição, dentre as quais ele destaca a alegada neutralidade e independência político-partidária do Presidente, estabilidade no cargo, poderes suficientes para solucionar crises, preservação do princípio democrático e contrapeso para o pluralismo (2010, p. 131-132). Suas palavras exatas foram: “O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele” (SCHMITT, 2007, p. 232). Destaca Gilberto Bercovici:

Para Carl Schmitt, as violações da Constituição podem ser solucionadas por um poder político máximo, situado acima de todos os outros (que seria, no caso, o soberano do Estado), ou por um órgão que não é superior aos outros, mas tem a função de coordenar os poderes, ou seja, um pouvoir neutre. Este “poder neutro, mediador, regulador e tutelar” (neutralen, vermittelnden, regulierenden und bewahrenden Gewalt) está no mesmo nível de todos os poderes constitucionais, embora tenha atribuições especiais para garantir o funcionamento dos demais poderes e da própria Constituição. Este poder deve ser neutro exatamente para não fortalecer um dos poderes existentes. Segundo sua interpretação da Constituição de Weimar, este poder neutro é o do

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

Presidente do Reich, independente do Parlamento, eleito por toda a nação e dotado dos poderes especiais do artigo 48 da Constituição. (BERCOVICI, 2004, p. 99).

Schmitt afirma, assim, que o chefe do Executivo, embora vinculado a um partido político e eleito pela população, não estaria vinculado à vontade de nenhum deles, atuando de forma neutra o suficiente para exercer a função de controlar a constitucionalidade das normas e manter a ordem no Estado.

3. Quem deve ser o guardião da Constituição e a legitimidade do Tribunal Constitucional.

Este foi o principal tema de debate, portanto, entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Como visto nos itens anteriores, cada um defendia que a defesa da integridade da constituição deveria recair sobre uma ou outra instituição. Mas não se pode negar que ambos partem de um ponto em comum, que é a premissa básica de que deve haver uma constituição e que esta deve ser cumprida e observada pelas instâncias inferiores, controlando-se e eventualmente expurgando-se normas que sejam contrárias a ela.

O fato é que o debate não se encerrou naquele contexto e, apesar de a tese de Kelsen ter prevalecido nos países do Ocidente com o fim da Segunda-Guerra (MARETO SILVA, 2016, p. 271), ainda

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

muito se discute a questão, apesar de atualmente estar sedimentada a necessidade de realização de um controle nesse aspecto.

Como observa Virgílio Afonso da Silva “a preservação da supremacia constitucional requer algum controle de compatibilidade das leis com a constituição, mas a escolha de quem será o agente (ou os agentes) desse controle é uma decisão política” (SILVA, 2021, p. 565). É exatamente este o ponto; a escolha do agente controlador. “A defesa da Constituição está, pois, atrelada à existência de uma instituição ou órgão incumbido da realização e efetivação de tal tarefa” (AMORIM PEREIRA e BARACHO JUNIOR, 2019, p. 322).

E o grande entrave da teoria desenvolvida por Kelsen e do controle de constitucionalidade realizado por um Tribunal Constitucional recaiu sobre o fato de que um órgão não eleito, não representativo – em tese – dos anseios populares, teria o poder de retirar do mundo jurídico uma norma produzida justamente pelos seus representantes eleitos; um problema de legitimidade democrática, portanto. E como observam os já mencionados José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior e Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira “o combate à ilegitimidade da justiça constitucional em face do princípio da separação dos poderes foi a maior dificuldade

Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado

jurídica encontrada por Kelsen” (AMORIM PEREIRA e BARACHO JUNIOR, 2019, p. 328).

Sobre a legitimidade da jurisdição constitucional Mônia Clarissa Hening Leal afirma que podem ser distinguidas duas correntes, sendo uma delas denominada *substancialista*, defendendo a função do Judiciário de garantir a concretização dos direitos constitucionais, alicerçada na doutrina de Ronald Dworkin e a outra denominada *procedimentalista*, para quem a função do Judiciário é assegurar processos democráticos, com lastro na doutrina de Jürgen Habermas (LEAL, 2004, p. 41).

Em outras palavras, para os substancialistas o real valor deve ser encontrado no conteúdo material da Constituição, que assume um papel diretivo, cabendo à legislação infraconstitucional apenas viabilizá-la e concretizá-la, quando então o Judiciário assume um papel de grande relevância na concretização da Constituição. Por outro lado, para os procedimentalistas a Constituição deve se voltar a garantir os instrumentos de participação democrática, regulando a forma de tomada de decisões, de modo que referido texto tem importância secundária, de simples direção do processo democrático, razão pela qual caberia ao Judiciário apenas assegurar a observância deste processo. Diante da intensa (e extensa) posituação, no Brasil, dos direitos fundamentais, individuais e

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

coletivos, dos direitos sociais e de todas as restrições que os permeiam, reconhece-se que em nosso país foi adotada uma visão substancialista, com forte importância da atuação judicial na concretização dos direitos (GARCIA, 2008, p. 194).

Há também aqueles que defendem que a legitimação da Corte seria argumentativa. Nesse sentido Robert Alexy, para quem não apenas a previsão constitucional do controle feito pelos tribunais legitima as decisões da Corte. Ele parte da existência não só de uma representação política, como também de uma representação argumentativa exercida pelo Tribunal Constitucional. Para Alexy, o “jogo democrático” supõe uma racionalidade discursiva e o discurso demanda a democracia deliberativa. E na democracia deliberativa o discurso não é composto apenas por interesses e poder, mas abrange também os argumentos dos participantes que lutam por uma solução política justa (ALEXY, 2007, p. 53).

Quando as leis respeitam e promovem os direitos fundamentais, a maioria parlamentar atende às exigências da democracia deliberativa; do contrário, recorre-se à jurisdição constitucional. Com isso o Tribunal, ao expor suas razões de decidir, pela lógica da argumentação, procura a concordância das pessoas, dos cidadãos em geral, mas principalmente daqueles diretamente

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

ou indiretamente atingidos pela decisão. Com isso, legitima sua atuação (ALEXY, 2007, p. 54).

Nota-se, assim, que décadas depois do suposto fim do debate Kelsen-Schmitt, não foram poucos os autores que se dedicaram a encontrar fundamentos de legitimidade do controle de constitucionalidade realizado por Cortes Constitucionais (dentro ou fora do Judiciário), na forma vislumbrada pelo autor austríaco.

A posição indicada por Schmitt, por outro lado, de concentração desta função na pessoa do chefe do Executivo, não parece ter sido tão bem recebida, principalmente depois da proliferação de regimes autoritários instaurados no decorrer do século XX por conta de concentração de poder em suas mãos. E arrematam Amorim Pereira e Baracho Junior:

Dessa maneira, considerando que não há como separar as funções exercidas pelo Poder Executivo como chefe de Estado e como guardião da Constituição, bem como o fato de os atos originados do Legislativo e Executivo constituírem o alvo principal de declaração de inconstitucionalidade, quando incompatíveis com a Constituição, não se pode atribuir a tarefa de defesa da Constituição seja ao Poder Executivo, seja ao Legislativo. Diante de tais considerações, a jurisdição constitucional, especialmente quando é atribuída ao Tribunal Constitucional, ergue-se como uma terceira instância, situada fora da esfera dos demais Poderes, capacitando-a a

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

exercer a função de defesa da Constituição de forma independente e imparcial, alheia às decisões e discussões de cunho político. (AMORIM PEREIRA e BARACHO JUNIOR, 2019, p. 322)

Ao menos neste momento histórico no início do século XXI, portanto, pelo contexto social vivido, parece ter prevalecido o ideal formulado por Kelsen, ainda que sopesadas todas eventuais inconsistências e possíveis distúrbios consequentes desta escolha.

Considerações finais

No momento em que o debate Kelsen-Schmitt se desenvolveu o embate não se dava apenas no campo jurídico ou acadêmico; refletia, em verdade, o embate real verificado na sociedade alemã da época, entre os católicos e os protestantes, entre os conservadores resistentes à ordem republicana e aqueles que pretendiam restaurar a monarquia, entre liberais e socialistas (PINTO, 2015, p. 109). E não se pode negar que atualmente, quando se reabre a discussão, reabrem-se também fissuras sociais semelhantes.

O fato é que, nas palavras de Paulo Bonavides, a “justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade.” (BONAVIDES, 2004, p. 127). Seja com maior ou menor atuação da Corte

Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado

Constitucional – que pode ser mais ou menos “ativista” (expressão que, diante de sua complexidade, não será objeto de abordagem nesse texto) – os Estados Democráticos do ocidente, alicerçados sob uma constituição, mantêm-se eretos com base em alguns pilares, dentre eles o controle de constitucionalidade.

Foi possível verificar, da análise do contexto histórico em que se instaurou a discussão sobre quem seria legítimo para exercer a função fiscalizatória da Constituição, que as doutrinas discutidas refletiram problemas sociais da época em que inseridos, de modo que a teoria desenvolvida visava sua solução, ainda que disfarçada com a roupagem jurídica ou acadêmica (relembrando a ideia do Direito como um “sintoma” de uma trama muito mais complexa, como apontado por Silvio Luiz de Almeida⁵). Nesse sentido observou Bruno Meneses Lorenzeto:

(...) com profundas diferenças, tanto Schmitt quanto Kelsen foram vinculados ao nazismo. O primeiro de maneira pessoal, e “voluntária”. Acredita-se que buscava uma melhor posição política e social durante o regime nazista e se filiou ao partido e redigiu artigos anti-semíticos. O segundo, ao contrário, de modo involuntário e impessoal, por meio de uma leitura tendenciosa

⁵ Informação verbal. Tema abordado na aula inaugural da disciplina Teoria Geral do Direito, do curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), ministrada em 02.03.2021.

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

*de sua consagrada obra Teoria Pura do Direito.
(LORENZETTO, 2009, p. 1925)*

Nesta ocasião é que se revela a importância de analisar novamente a discussão sobre a legitimidade dos órgãos de controle de constitucionalidade, pois ainda que pareça esgotada e exaurida em fundamentos, não se exauriram as alterações sociais que demandam sua leitura e aplicação prática.

Após vivenciados os regimes autoritários do século XX, dentre os quais podem ser mencionados os de Mussolini, Franco e Hitler, a concentração do poder de controle de constitucionalidade exclusivamente nas mãos do Chefe do Executivo parece não ser uma solução adequada, principalmente ao se considerar que o Executivo ainda resguarda para si alguns poderes legiferantes e iniciativa de leis, como é o caso das medidas provisórias.

Com isso, a solução de Schmitt se distancia do ideal. O Legislativo, de outra banda é, no mais das vezes, o próprio autor das normas cuja inconstitucionalidade se aponta, o que o torna impróprio para realizar tal função.

O sistema brasileiro em vigor, que resguarda ao Judiciário a maior parte da competência ⁶ para realizar o controle das

⁶ Diz-se maior parte por sem se olvidar da competência do Executivo para realizar o veto jurídico (conforme art. 66, §1º, 1ª parte, Constituição Federal) e a

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

inconstitucionalidades, embora não seja isento de críticas e ainda mantenha parte da problemática já enfrentada por Kelsen, como a legitimidade dos membros do Judiciário para sua realização, por exemplo, ainda se mostra o mais acertado, por se distanciar dos próprios legisladores e produtores da norma viciada e da influência – ao menos direta – dos interesses políticos da situação.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. In *Constitucionalismo Discursivo*, Trad. Luís Afonso Heck. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da constituição. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 35, n. 1: 317–333, jan./jun. 2019, p. 317–333. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/conteudo/artigos/30eb93d4e9955b5c98f89deac7d47a1d.pdf>> Acesso em: 25 de abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. – 3 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

competência do Legislativo, exercida por meio da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), ambas excepcionais e exercidas de forma preventiva.

Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado

_____. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 22 maio 2021.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e O Guardião da Constituição. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, Fortaleza, v. 2, n. 4, p. 96-105, nov. 2004. ISSN 2447-6641. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2903>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven, CL: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. – 4ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 maio 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAHL, Robert. “Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-maker”. *Journal of Public Law*, Vol. 6, 1957.

Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado

FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jan./mar. 2010.

GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade. *In Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*. v. 11 - n. 43 - 2008 Julho/Agosto/Setembro, pp. 187-217. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43.pdf. Acesso em 20 maio 2021.

GINSBURG, T.; VERSTEEG, M. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? *Journal of Law, Economics & Organization*, [s. l.], v. 30, n. 3, p. 587–622, 2014. DOI 10.1093/jleo/ewt008. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=97421689&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 16 maio 2021.

HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Núm. 86, Octubre-Diciembre. 1994, p. 195-227.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____, *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KERVÉGAN, Jean François. *Hegel, Carl Schmitt – O Político entre a Especulação e a Positividade*. Barueri, SP: Manole, 2006.

LAGI, Sara. Hans Kelsen E A Corte Constitucional Austríaca (1918 – 1929). *In Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 258-277, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2185/689>. Acesso: 17 maio 2021.

Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado

LEAL, Mônia. Dworkin X Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. (2004). 4. 10.21056/aec.v4i17.606. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/606>. Acesso em 18 maio 2021.

LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardião da Constituição. In: *Congresso Nacional do CONPEDI*, 18, 2009, São Paulo. Anais. p. 1.924-1.944.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. Série DDJ - Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. 9788502142503. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502142503/>. Acesso em: 12 maio 2021.

_____. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. *In Lua Nova*, São Paulo, n. 42, p. 119-144, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso 18 maio 2021.

MARETO SILVA, Tatiana. O constitucionalismo pós segunda guerra mundial e o crescente ativismo judicial no brasil: uma análise da evolução do papel do poder judiciário para a efetivação das constituições substancialistas. *In Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico*. Brasília, v. 2, n. 1, Jan/Jun. 201, p. 270 – 288. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/588/0>. Acesso em 20 maio 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. Prefácio in: SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. – 3 ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

PINTO, Roberto Bueno. Carl Schmitt X Hans Kelsen: Defensor Ou Senhor Da Constituição? *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 103-136, oct. 2015. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/42346>>. Acesso em: 16 maio 2021.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. – Barueri, SP: Manole, 2013.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1 ed., 1. reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. A Saída Neutra De Hans Kelsen: O Instrumento Kantiano Para A Despersonalização Da Soberania. *Quaestio Iuris*, vol. 11, no. 1, 2018, p. 281+. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/28962>. Acesso em: 17 maio 2021.

How to cite:

AZEVEDO, Cláudia Regina de. Judicial Review and the Constitutional Court Legitimacy: the Debate Kelsen v. Schmitt Revisited. **Lawinter Review**, New York, v. 14, n. 01, p. 31-60, 2023, available at: <http://www.lawinter.com/review.htm> .

**Jurisdição Constitucional e Legitimidade do Tribunal Constitucional:
O Debate Kelsen v. Schmitt Revisitado**

Danilo Fontenele Sampaio Cunha

**LEGISLATION AND BRAZILIAN INSTITUTIONS TO
FIGHT ORGANIZED CRIME¹**
***LEGISLAÇÃO E INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS DE COMBATE
AO CRIME ORGANIZADO***

Danilo Fontenele Sampaio Cunha ^{2*}

Introdução³

Pode-se afirmar que o crime organizado se sustenta em duas bases sólidas, interdependentes e essenciais, quais sejam a corrupção e a lavagem de dinheiro.

¹ **How to cite:**

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Legislation and Brazilian Institutions to Fight Organized Crime. **Lawinter Review**, New York, v. 14, n. 01, p. 61-92, 2023, available at: <http://www.lawinter.com/review.htm> .

² * **Danilo Fontenele Sampaio Cunha:**

-Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.
-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC-SP.
-Juiz Federal da 11ª Vara/CE – Brasil.
Professor do Curso de Direito do Centro Universitário 7 de Setembro- UNI7.

³ Este estudo, em primeira versão, foi submetido para publicação, na Língua Inglesa, no Macau Journal of Brazilian Studies, com previsão para divulgação durante o ano de 2023.

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Na verdade, sem a conjugação harmoniosa dessas duas vertentes, as organizações criminosas pouco poderiam fazer, limitando-se a antigos perfis de ilícitos locais, periféricos e de menor monta.

Assim, por exemplo, é muito difícil compreender como delinquentes obtiveram acesso aos dados pessoais da carteira de clientes de um banco sem o vazamento de tais informações por parte de alguém da própria instituição.

Da mesma maneira, é praticamente impossível que uma carga de cocaína atravesse as dimensões do território brasileiro sem elementos que a conduzam a rotas alternativas, desviando-se de fiscalizações.

Muito pouco provável que alguém consiga subtrair de balanços comerciais dados substanciais à vida norma de uma empresa sem a conivência dos responsáveis pelas auditorias e controle.

O resultado prático dos ilícitos, por sua vez, necessita contar com rede ainda maior de contatos para possibilitar o reingresso dissimulado do produto criminoso na vida comum dos infratores, camuflando-se a origem ilícita de ativos financeiros ou bens patrimoniais.

Percebe-se que, além de suas atividades no submundo, a rede criminosa ampliada e dedicada à efetiva lavagem do dinheiro de

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

origem ilícita, também se utiliza dos mais modernos mecanismos de atuação e opera, sob fachada, nos mercados disponíveis licitamente,

No mesmo rumo, em termos de tessitura negocial encoberta, as organizações criminosas já há muito assumem feições, atividades e movimentações complexas, ensejando que os órgãos públicos responsáveis pelo efetivo combate às atividades delinquentes também se adaptem na mesma velocidade e dinamismo.

Faz parte de tal cenário, a continuidade de outros crimes com o fito de encobrir as provas e indícios, o que ocasiona ainda maior dificuldade aos órgãos e agentes estatais responsáveis pela repressão à criminalidade.

O presente artigo pretende indicar a legislação aplicável e descrever as principais instituições brasileiras dedicadas ao combate ao crime organizado, mormente ao que se refere à repressão da corrupção, lavagem de dinheiro e terrorismo.

Creemos que, assim, será possível colaborar para uma harmonização de uma repressão conjunta global a cartéis, bandos, quadrilhas e organizações criminosas que causam prejuízos sociais a nível mundial.

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

1. Principais normas brasileiras de combate ao crime organizado.

Há muito entende-se que a criminalidade organizada é um problema real e grave, que só pode ser combatido por intermédio da cooperação internacional. Assim, o Brasil é signatário da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) elaborada pela Organização das Nações Unidas em dezembro de 1999, em Palermo, Itália,

Define referida Convenção como sendo “a) ‘Grupo criminoso organizado’ - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; b) ‘Infração grave’ - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior; c) ‘Grupo estruturado’ - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada; d) ‘Bens’ - os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos; e) 'Produto do crime' - os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime (...)".

Mesmo antes da edição da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 entrar em vigor, a Justiça brasileira já lidava com atividades criminosas que superavam as classificações penais, apresentando-se como verdadeiras empreitadas ilícitas previamente engendradas com real ordenação entre seus membros, cálculo de riscos, investimentos em pessoal, treinamento e seleção de equipe especializada para a atividade a ser implementada, bem como desenvolvendo-se com alto grau de volatilidade, crescente mobilidade e constante adaptação às circunstâncias fáticas encontradas.

Assim, os juízes brasileiros sempre tiveram oportunidade de processarem e julgarem componentes das organizações criminosas e há muito são cientes que estas geram subsistemas, teias ou redes.

Tais estruturas centrais e paralelas possibilitam o surgimento de novas frentes de atividades e relações a partir de um objetivo ilícito primário e final em uma, por assim dizer, contaminação social a atrair autoridades estatais para os seus domínios e ambiente, bem como atingir pessoas honestas que se veem seduzidas pelas promessas de ganho fácil.

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

A diversidade da textura do crime organizado indica, ademais, a possibilidade de seu caráter transnacional na medida em que não respeita fronteiras e apresenta características assemelhadas em várias nações, como, por exemplo, os grupos de tipo mafioso que dominam falsificações de produtos, contrabando, tráfico de drogas, prostituição e tráfico de pessoas, sem se falar de obras financiadas com dinheiro público⁴.

Invariavelmente tais entidades delinquentes possuem imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal, provocando danos sociais de alto vulto, englobando variada gama de condutas infracionais ao disporem de intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentes e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade⁵.

Pode-se, em suma, dizer que o crime organizado é uma empreitada/conspiração criminal permanente em continuidade administrativa, sendo motivada pela ambição de seus membros, com estrutura formalizada e objetivo primário de obter lucros

⁴ Ver GASPAR, Malu. *A Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

⁵ Ver SELIGMAN, Milton; MELLO, Fernando (Org.). *Lobby desvendado – democracia, políticas públicas e corrupção no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Record, 2018.

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

através de atividades ilegais, sendo alimentado pelo medo e pela corrupção⁶, aliada à lavagem de dinheiro, constituindo-se estes, pois, os pilares de sua atuação.

1.1 Lei de combate ao crime organizado

Em termos normativos, a legislação brasileira evoluiu para a atual lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, seguindo os princípios da Convenção de Palermo.

Afirma o § 1º do art. 1º de dita lei que: “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

Estipula, no seu art. 2º, a pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas, quem promover, constituir, financiar

⁶ Ver BERNSTEIN, Jake. *Na rota da corrupção – uma investigação aos meandros das redes criminosas, do dinheiro ilícito e da elite global*. Título original: *Secrecy World*. Tradução de Ana Saldanha. Lisboa: Editora Presença, 2018.

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.

Registre-se que seu artigo 24 dita lei modificou a redação do artigo 288 do Código Penal, definindo-se o então crime de quadrilha ou bando agora como “Associação Criminosa, qual seja, “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”, com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, aumentada até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Em seus compromissos, os países signatários da Convenção de Palermo estimulam o dever de cooperação mútua dos Estados para assegurar o funcionamento da Justiça, a efetividade de suas decisões e a prevalência dos direitos humanos reconhecidos em Tratados Internacionais e nas Constituições contemporâneas.

Tal sistema de cooperação internacional se dá, mais comumente, por meio do cumprimento de cartas rogatórias, do sistema de reconhecimento de sentenças estrangeiras (com o reconhecimento dos princípios do respeito aos direitos adquiridos e da coisa julgada), do pedido de assistência jurídica (que permite executar, em dada jurisdição e atos solicitados por autoridades estrangeiras, tais como diligências relativas a investigações ou

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

instrução de ações jurídicas em território estrangeiro), da extradição e da transferência de apenados.

Dentre os instrumentos de investigação disponibilizados por referida lei encontram-se a colaboração premiada, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada, acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais, interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, infiltração, por policiais, em atividade de investigação e cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

1.2 Leis de combate à corrupção e correlatos cíveis e administrativos

Segundo o levantamento realizado pela Transparência Internacional e divulgado em 2022, dos 180 países analisados, o Brasil ocupou a 96ª colocação no Índice de Percepção da Corrupção (IPC).

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Além dos crimes de corrupção ativa⁷ e passiva⁸ previstos nos artigos 333 e 317 do Código Penal, temos a previsão do crime de corrupção ativa em transação comercial internacional⁹ e tráfico de influência em transação comercial internacional¹⁰ previstos nos artigos 337-B e 337-C do mesmo código.

⁷ Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

⁸ Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

⁹ Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

¹⁰ Tráfico de influência em transação comercial internacional. Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Observe-se, contudo, que com a nova redação do art. 28-A do Código de Processo Penal, instituída pela lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, se o corrupto ou corruptor confessarem a prática do crime e forem primários e bons antecedentes, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal¹¹, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, evitando-se a pena de encarceramento.

O Brasil é também adepto do sistema de cooperação internacional instituído pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), assinada em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México e aprovada no Brasil por

¹¹ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Em seu texto, a Convenção trata de diferentes tipos de corrupção, alcançando o setor público e o privado. Assim, além de crimes como suborno e desvio de recursos públicos, incentiva os Estados Partes a criminalizar também os atos que contribuem para a corrupção, como obstrução da justiça e lavagem ou ocultação de bens.

Nesse rumo, a lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, alterada pela lei nº 14.230/2021, dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude de atos de improbidade administrativa, sendo estes considerados aqueles que importarem em enriquecimento ilícito, e qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade em entidades públicas (art. 9º), bem como causar lesão ao erário e ensejar perda patrimonial, desvio, apropriação ou dilapidação dos bens ou haveres das mesmas entidades (art.10º) e atos intencionais que atentem contra os princípios da administração pública e que violem os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade (art. 11º).

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Referido diploma normativo indica que, independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às cominações de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 12 (doze) a 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato (art.12).

Por sua vez, a lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como lei anticorrupção, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Afirma que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (art.2º), sendo que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art.3º).

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Consideram-se atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (art.5º), sendo que os responsáveis estarão sujeitos à multa no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo (art.6º).

Segundo o art.16 da mesma lei, é possível a autoridade máxima do órgão ou entidade pública atingida, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, podendo obter isenção ou redução das multas aplicáveis (art. 16, § 2º).

Destacam-se, ainda, como normas de integração no combate ao crime organizado e à corrupção, a lei que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021) e a que garante acesso à informação a qualquer pessoa interessada, estabelecendo obrigações para o administrador público promover a publicidade de seus atos e implantação de

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Portais de Transparência (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011).

1.3 Lei de lavagem

Como se sabe, um dos principais problemas das organizações criminosas é encontrar os meios necessários e suficientes de introdução de recursos ilícitos no sistema financeiro, fazendo com que ele aparente ter origem legal ou oculte a fonte de um ativo obtido de forma ilegal.

A lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores e sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para fins ilícitos e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.

O art. 1º indica que quem ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, receberá pena de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes os converte em ativos lícitos, os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere,

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros, bem como quem utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal ou participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei (§§ 1º, 2º) sendo que a pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

Existem, no Brasil, diversas varas da justiça estadual e federal especializadas em lavagem de dinheiro e crimes envolvendo organizações criminosas.

1.4 Combate ao terrorismo

O Brasil repudia o terrorismo, como princípio constitucional (art.5º, XLIII) e é signatário da Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, promulgada pelo Decreto 5.640, de 26 de dezembro de 2005.

A lei nº 13.810, de 8 de março de 2019, dispõe sobre o cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, incluindo a indisponibilidade de ativos de pessoas naturais e jurídicas e de entidades investigadas

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

ou acusadas de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados.

A Circular nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020, do Banco Central, dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.

Considera-se, para a legislação brasileira, como terrorismo apenas a prática de atos por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública (art. 2º da Lei 13.260/16).

2. Instituições brasileiras que atuam no combate ao crime organizado

As tipologias das organizações criminosas são variadas, sendo que, mesmo que em diversos casos seja percebida uma estrutura em rede, o fato é que nos deparamos sempre com uma estrutura organizacional que se dedica a infiltrar-se no Estado, seja

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

corrompendo seus agentes ou os aliciando para omissões dolosas ou obtenção de informações privilegiadas a respeito de estruturas físicas e capacidade de reação das instituições.

Não se descarta, ainda, o patrocínio de ingresso regular de criminosos nas forças estatais, como, por exemplo, financiamento de campanhas de candidatos, promoção de cursos superiores a seus membros, mormente Direito, ou mesmo pagamento de cursos preparatórios para ingresso de seus agentes na polícia, Ministério Público ou Judiciário através de concurso.

Ademais, o quadro das organizações criminosas é composto, geralmente, por pessoas com dedicação exclusiva e qualificação nas diversas áreas onde se faça necessária à sua atuação, contando com excelente remuneração e equipamentos de última geração, muitas vezes superiores aos dos policiais

Outrossim, impressiona a capacidade de adaptação dos agentes às novas tecnologias, com modificação quase que instantânea de seu modus operandi para fazer frente a novos padrões de segurança de empresas ou instituições, bem como dinâmica plasticidade de suas empresas de fachada, com alteração de local e área de atuação, troca de colaboradores e formação de alianças entre organizações diversas, remoção de pessoal para agirem em locais ainda não atingidos, utilização de novas contas

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

bancárias com nomes falsos e a infundável troca de telefones de contato.

Frise-se ainda, que o crime organizado no século XXI não tem uma estrutura rígida e centralizada, operando em vários grupos e subgrupos que, por vezes, se associam de forma permanente para realização de negócios específicos de maior monta.

Assim, por exemplo, uma facção criminosa pode se associar ao crime paraguaio para conseguir armas, bem como à máfia boliviana para obter cocaína, além de manter alianças com uma rede de comerciantes para revenda de carga roubada, ou negócios em comum com outro grupo para aluguel de armas, carros e locais de cativeiro e execução, em uma verdadeira rede compartimentada de ações.

Percebe-se facilmente que podem existir empresas formalmente constituídas e que sempre se caracterizaram pela aplicação de táticas, estratégias e métodos tipicamente mafiosos ou de milícia, tais como associação, organização, conspiração, intimidação, corrupção, conivência social e omissão dos poderes públicos para cometer ilícitos, como as que administram, direta ou indiretamente, os serviços de jogo de bicho e seus correlatos proveitos e vantagens, inclusive sonegação fiscal e lavagem de

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

dinheiro, vez que aplicaram seus lucros injustos em benefício próprio ou de seus familiares e aliados.

Juntam-se a isso uma imensa gama de suboperações, como, por exemplo, agenciamento de colaboradores, distribuição, recolhimento e conferência de vendas, guarda de numerário, contabilização dos lucros, controle de caixa e segurança armada, além de dados informatizados a respeito de pagamentos, recibos, financiamentos e equipamentos de informática, refinanciamento, cadastros de funcionários e lojas, folha de pagamento, telefones, contratos, controle de estoque, movimentações econômico-financeiras, planilhas contábeis, banco de dados dentre outros.

Além disso, geralmente contam os integrantes das organizações criminosas com informações a respeito de eventuais concorrentes e estão sempre prontos a desencadear atitudes de repressão, intimidação e tomada de pontos de pessoas que ousem desafiar as atividades consolidadas.

Pode-se afirmar que, em geral, os participantes das atividades criminosas contam com uma espécie de polícia privada encarregada de zelar pela segurança dos bens, interesses e atividades, com sua segurança realizada por equipes de milicianos em geral.

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Obviamente não se descarta a possibilidade de agentes públicos serem corrompidos e contratados para agirem institucionalmente nos interesses da organização criminosa, coibindo a instalação, por exemplo, de concorrentes.

Frise-se que não são incomuns que membros de tais organizações monitorem e influenciem movimentações funcionais dos delegados da polícia, comandantes da polícia militar e diretores de presídios, de maneira a se tranquilizarem sobre a possibilidade de qualquer repressão estatal.

Resta claro que, para isso, aproveitam das benesses das proximidades com políticos e autoridades públicas, inclusive do setor de segurança pública, obtendo destas, no mínimo, omissões drásticas.

Visando fazer frente ao fato de que para cada atividade ilícita perpetrada são gerados vários crimes decorrentes, correlatos e correspondentes, contando estes com naturezas próprias e diversas de sua origem, principalmente corrupção, sonegação fiscal, evasão de divisas e lavagem de dinheiro, o Brasil conta com várias instituições que atuam de maneira integrada.

Desta maneira, o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) foi instituído pela Lei 9.883, de 7 de dezembro 1999, com o objetivo de integrar as ações de planejamento e execução das atividades de

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Inteligência do Brasil, sob a coordenação da Agência Brasileira de Informações- ABIN (criada pela lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999).

Destacam-se, na primeira linha de atuação direta contra o crime organizado, as polícias civis de cada estado e a polícia rodoviária federal, destinada ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais, bem como a polícia federal.

Atua a última nos crimes que atinjam bens, serviços e interesses da União, suas autarquias e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, além de prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência, cabendo-lhe exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras e exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União (Constituição Federal art. 144).

Cabe ao Ministério Público da União (Ministério Público Federal); o Ministério Público do Trabalho; o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993) e dos Estados (lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) a defesa da ordem jurídica, do

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Constituição Federal, artigos 127 e 128).

São funções institucionais do Ministério Público, dentre outras, promover, privativamente, a ação penal pública; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (Constituição Federal, art. 129).

A Controladoria-Geral da União (CGU), criada pela lei 10.683, de 28 de maio de 2003, é o órgão de controle interno do Executivo Federal responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.

Dentre suas atividades, cabe-lhe dar o devido andamento às representações ou denúncias fundamentadas que receber, relativas a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde, destacando-se o seu papel de defesa do patrimônio público; controle interno e auditoria governamental; fiscalização e avaliação de políticas públicas e programas de

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

governo; integridade pública e privada; correição e responsabilização de agentes públicos e de entes privados; prevenção e combate a fraudes e à corrupção; ouvidoria; incremento da transparência, dados abertos e acesso à informação; promoção da ética pública e prevenção do nepotismo e dos conflitos de interesses (art. 49 da Medida Provisória nº 1.154, de 1º de Janeiro de 2023).

A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil é um órgão subordinado ao Ministério da Fazenda, responsável pela administração dos tributos de competência da União, inclusive os previdenciários, e aqueles incidentes sobre o comércio exterior, abrangendo parte significativa das contribuições sociais do País. Atua também na prevenção e combate à sonegação fiscal, ao contrabando, ao descaminho, à contrafação, pirataria, tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins, bem como ao tráfico internacional de armas de fogo e munições, a lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e outros ilícitos aduaneiros.

São comuns as ações integradas e em colaboração do Ministério Público Federal, Polícia Federal, Receita Federal e Controladoria-Geral da União.

Na condição de membro do Grupo de Ação Financeira (Gafi) e signatário de convenções das Nações Unidas que envolvem o tema

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Prevenção à Lavagem de Dinheiro, o Brasil assumiu o compromisso de seguir e implementar suas Quarenta Recomendações, dentre elas a Recomendação 29, que dispõe sobre a obrigatoriedade da existência de uma UIF com jurisdição nacional e com autonomia operacional.

Assim, criado pela lei de lavagem nº 9.613, de 3 de março de 1998, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, tem a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades (art. 14).

Age, pois, o COAF como unidade de inteligência financeira do governo federal que atua principalmente na prevenção e no combate à lavagem de dinheiro, corrupção, terrorismo dentre demais crimes, elaborando Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs) que listam comunicações de operações suspeitas e são encaminhadas às autoridades competentes para aprofundamento das investigações.

Ademais, compete ao COAF promover interlocução institucional com órgãos e entidades nacionais, estrangeiros e internacionais que tenham conexão com o tema de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento de terrorismo, atuando como coordenador nacional junto ao Gafi, além de integrar o Grupo de

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Ação Financeira da América Latina contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafilat) e o Grupo de Egmont, conjunto de mais de 160 UIF unidas em uma plataforma segura para troca de informações com o objetivo de combater esses crimes.

O Coaf integra o Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin) e faz parte da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla) - articulação de órgãos, entidades públicas e sociedade civil, que atuam na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

O Banco Central é uma autarquia de natureza especial, criado pela Lei nº 4.595/1964 e com autonomia estabelecida pela Lei Complementar nº 179/2021.

Dentre outras funções específicas, dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 (Circular nº 3.978 BACEN, de 23, de janeiro de 2020).

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Embora seja chamado de Tribunal, o Tribunal de Contas da União- TCU, não pertence ao Judiciário e sim é vinculado ao legislativo federal.

Assim, o TCU é o órgão de controle externo do governo federal e auxilia o Congresso Nacional na missão de acompanhar a execução orçamentária e financeira do país, sendo responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas do país quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

Além das competências constitucionais e privativas do TCU que estão estabelecidas nos artigos 33, §2º, 70, 71, 72, §1º, 74, §2º e 161, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, outras leis específicas trazem em seu texto atribuições conferidas ao Tribunal. Entre essas estão a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2001), a Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/21) e, anualmente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

O TCU tem o poder de recomendar a aprovação ou reprovação da prestação de contas do governo, atribuindo-lhe multa ao administrador, e pode ser acionado para investigar suspeitas de mau uso do dinheiro público a partir de uma denúncia feita por qualquer cidadão ou fiscalização que o Tribunal decida fazer. Uma vez constatada alguma irregularidade, pode ordenar a devolução

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

dos recursos, sendo que, não sendo cumprida a determinação, a Advocacia-Geral da União pode acionar a justiça para receber os valores de volta.

Em cada Estado e Município brasileiro, estruturas correlatas às descritas podem ser implementadas, nos limites constitucionais indicados.

Como já mencionado, a justiça brasileira possui varas especializadas em crime de lavagem de dinheiro e crimes contra o sistema financeiro, bem como especializadas em crimes envolvendo organizações criminosas.

Conclusões

A humanidade se encaminha para o primeiro quarto do século XXI e o progresso tecnológico continua avançando, mesmo sofrendo com pandemia e guerras. Infelizmente o crime organizado mantém a mesma vitalidade e também se adianta a passos largos, trazendo claros impactos na política e economia.

É indiscutível, pois, a importância de revisitarmos os mecanismos, legislação e instituições que o Estado possui para enfrentar e reprimir crimes de alcance transnacional, mormente os praticados por organizações criminosas, corrupção, lavagem de dinheiro e terrorismo.

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

As decisões políticas estratégicas a respeito passam necessariamente pelo conhecimento das características específicas de cada modalidade e protesta pela análise da legislação aplicável, visando verificar, objetiva e sinceramente, se os resultados práticos alcançados correspondem à necessidade social de proteção à segurança dos cidadãos e garantia de um país mais justo e solidário.

Foram, pois, aqui apresentados, mesmo que sinteticamente, a realidade normativa e institucional brasileira a respeito, evidenciando-se que, se é verdade que nenhuma organização criminosa sobrevive sem uma ampla rede de coparticipantes, é também verdade que apenas com a conjugação de esforços e atuação conjunta da sociedade, com integração e cooperação entre as instituições responsáveis e participação ativa da iniciativa privada, poderemos construir mecanismos e estratégias de maior rapidez de reação e banimento dos infratores, evoluindo para uma verdadeira solidariedade integrativa.

Referências

BAITA, Piergiorgio; UCCELLO, Serena. *Corruzione- un testimone racconta il sistema del malaffare*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2016.

BERNSTEIN, Jake. Na rota da corrupção – uma investigação aos meandros das redes criminosas, do dinheiro ilícito e da elite global. Título original: *Secrecy World*. Tradução de Ana Saldanha. Lisboa:

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Editora Presença, 2018

CÓDIGO PENAL.

COLEMAN, JAMES William. *A Elite do Crime – para entender o crime do colarinho branco*. Título original: *The Criminal Elite*. Tradução de Denise R. Sales. 5 ed. São Paulo: Editora Manole, 2002.

CUNHA, Eduardo; CUNHA, Daniele. *Tchau, querida: o diário do impeachment*. São Paulo: Matrix, 2021.

ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*. Título original: *Corruption and global economy*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

GASPAR, Malu. *A Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

LANDIM, Raquel, *Why Not: como os irmãos Joesley e Wesley, da JBS, transformaram um açougue em Goiás na maior empresa de carnes do mundo, corromperam centenas de políticos e quase saíram impunes*. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019.

ROBINSON, Jeffrey. *A globalização do crime*. Título original: *The merger*. Tradução de Ricardo Inojosa. São Paulo: Ediouro, 2001.

ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, Bonnie, J. *Corruption and Government – causes, consequences, and reform*. Cambridge: University Printing House, 2016.

SELIGMAN, Milton; MELLO, Fernando (Org.). *Lobby desvendado – democracia, políticas públicas e corrupção no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Record, 2018.

ZIEGLER, Jean. *Senhores do Crime – As novas Máfias contra a Democracia*. Título Original: *Lês seigneurs du crime*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.

https://www.unodc.org/pdf/crime/publications/Pilot_survey.pdf, acessado em 05 de maio de 2022.

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

<https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional>,
acessado em 19 de fevereiro de 2023.

How to cite:

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Legislation and Brazilian Institutions to Fight Organized Crime. **Lawinter Review**, New York, v. 14, n. 01, p. 61-92, 2023, available at: <http://www.lawinter.com/review.htm> .

Legislação e Instituições Brasileiras de Combate ao Crime Organizado

Marcos Martins de Oliveira

**THE SEVEN WAVES OF “ACCESS TO JUSTICE” AND THE
ROLE OF THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN BRAZIL¹**
***AS SETE ONDAS DE “ACESSO À JUSTIÇA” POR
CAPPELLETTI E GARTH E O PAPEL DA DEFENSORIA
PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DESSAS ONDAS***

Marcos Martins de Oliveira ^{2*}

Resumo

O presente artigo apresenta o acesso à justiça para além do simples acesso formal ao Judiciário, compreendendo, a partir das três ondas de Cappelletti e Garth, trazidas pelo Florence Access-to-Justice Project,

¹ **How to cite:**

OLIVEIRA, Marcos Martins de. The Seven Waves of “Access to Justice” and the Role of The Public Defender's Office in Brazil. **Lawinter Review**, New York, v. 14, n. 01, p. 93-122, 2023, available at: <http://www.lawinter.com/review.htm> .

² * **Marcos Martins de Oliveira:**

- Defensor Público do Estado do Piauí.
- Professor assistente da Universidade Estadual do Piauí.
- Coordenador do Núcleo da Defesa da Mulher da Defensoria Pública de Florianópolis.
- Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Estadual do Piauí. -
- Professor convidado da Escola Superior da Defensoria Pública do Piauí.
- Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos.
- Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0750992820244406>>.
- ORCID iD: <<https://orcid.org/0000-0002-7291-4798>> .

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

assistência judiciária para os pobres, representação dos interesses difusos e coletivos, visão instrumental do processo, adoção de meios alternativos de solução dos conflitos, e com base no “Global Access to Justice Project”, encabeçado por Garth, ainda em desenvolvimento, ética nas profissões jurídicas e acesso dos advogados à justiça, o contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos, iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça, desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça. Mencionando desde a criação da Defensoria Pública brasileira até atuações e projetos específicos qual onda do acesso à justiça vem sendo cumprida, ressaltando o relevante papel desta instituição na concretização do acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Sete ondas. Defensoria Pública.

Introdução³

Dentre o extenso rol de direitos humanos previstos nos instrumentos internacionais, o direito ao acesso à justiça é, indubitavelmente, dos mais relevantes e debatidos nos dias atuais. Entretanto, o acesso à justiça não é automático, principalmente tendo em conta a inércia da Jurisdição e as taxas e custas que existem para contratar um advogado, iniciar uma ação judicial e movimentá-la até o deslinde final. Aí surge outro mandamento constitucional, direito humano universal, o direito à assistência jurídica para aqueles que comprovarem insuficiência de recursos

³ Este estudo, em primeira versão, foi submetido para publicação, na Língua Inglesa, no Macau Journal of Brazilian Studies, com previsão para divulgação durante o ano de 2023.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

e/ou estiverem em situação de vulnerabilidade. Esse direito é assegurado através da instituição Defensoria Pública como instituição permanente, essencial ao exercício da *jurisdictio*, função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, entre outras tarefas, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos (Constituição Federal brasileira de 1988, art. 134).

Inobstante esta clássica busca pela concretização de direitos dos vulneráveis/hipossuficientes financeiros, novas nuances históricas e a modernização do pensamento jurídico como uma ciência humana contextualizada trazem ao debate a necessidade de se ampliar a tutela para alcançar grupos historicamente relegados ao descaso - minorias e vulneráveis jurídico-sociais.

É neste contexto que exurge - inclusive a nível internacional - a necessidade de implementação de medidas e a criação de instituições que tenham como função precípua a integração e acesso de minorias e grupos vulneráveis à jurisdição estatal. Mas não só: além do acesso ao judiciário, é necessária uma abordagem que leve em consideração as particularidades de tais grupos e que reconheça a vulnerabilidade que lhes é inerente.

Isto considerado, o presente estudo visa analisar o papel da Defensoria como garantidora dos direitos dos indivíduos e grupos

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

vulnerabilizados, sob o enfoque do acesso à justiça e sua evolução no decorrer histórico.

Em seguida, serão tecidos comentários acerca das ondas renovatórias de acesso à justiça, temas essenciais para se entender a evolução na garantia de direitos, inclusive no âmbito internacional. Concomitantemente a isto, se discutirá o papel da Defensoria Pública brasileira no referido contexto, anotando-se brevemente o que diz a lei a jurisprudência pátria acerca da legitimidade, atribuições e abrangência da sua atuação, bem como se exemplificará ações concretas realizadas por esta instituição, correlacionando-as com as ondas renovatórias de acesso à justiça.

As Sete Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça por Cappelletti e Garth

O acesso à justiça como direito fundamental está previsto expressamente não só na Carta Política brasileira, mas em diversos diplomas normativos internacionais, o que denota a preocupação da comunidade jurídica com o tema. Como exemplo, cite-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), devidamente

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

internalizado no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº. 592/92⁴, que em seu art. 14.1 assim aduz:

“Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.”

É neste contexto que surge o Projeto de Florença de Acesso à Justiça, amplo e emblemático estudo capitaneado pelos professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth ainda na década de

⁴ BRASIL. DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 29 dez. 2022.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

70, cujas conclusões resultaram na divulgação das três primeiras ondas de acesso à justiça.⁵

Neste estudo, o cerne da questão foi analisar os obstáculos que dificultam ou obstam o efetivo acesso à justiça - segundo os autores, obstáculos econômicos, sociais e organizacionais - para, assim, alicerçar que existem marcos na efetivação do acesso à justiça - ondas renovatórias -. Cappelletti e Garth aduziram primeiramente a existência de três ondas renovatórias que explicam a superação de barreiras específicas em busca da efetividade de direitos consagrados.

Na esteira da obra dos citados autores (passim), a primeira onda diz respeito à assistência judiciária aos pobres, visando à superação dos obstáculos financeiros àqueles que necessitam de acesso à justiça. Trata-se, realmente, do ponto de partida na busca da efetivação deste direito fundamental, tendo em vista que, como já supramencionado, os obstáculos existentes afetam mais os litigantes individuais e pobres, sujeitos vulneráveis por natureza (podendo ou não serem considerados minorias):

Medidas muito importantes foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de assistência judiciária. Como consequência, as

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

barreiras ao acesso à Justiça começaram a ceder. Os pobres estão obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas por causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus. É de esperar que as atuais experiências sirvam para eliminar essas barreiras.⁶

Quanto à segunda onda do acesso à justiça preconizada por Cappelletti e Garth, esta tem maior correlação com o obstáculo organizacional, razão pela qual se traduz pela busca da proteção de direitos metaindividuais (difusos e coletivos). Segundo já tratado em obra própria por este autor, esta onda reforçou a reflexão tradicional sobre o papel do processo civil e sobre o papel dos tribunais, passando de uma visão individualista para uma visão macro, coletiva, de resolução de demandas no atacado, quando elas sejam caras a um grupo determinado ou mesmo indeterminado de pessoas, evitando-se com isso a proliferação de ações judiciais e o congestionamento do Judiciário.⁷

A terceira onda propõe um novo paradigma ao acesso à justiça: técnicas processuais efetivas e meios alternativos de solução de

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p.17.

⁷ OLIVEIRA, Marcos Martins. Elementos internacionais para um modelo global de assistência jurídica. New York: Lawinter Editions, 2022, p. 19-20.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

conflitos. Busca não só facilitar o exercício da jurisdição estatal, mas a prática da educação em direitos e o fomento à autocomposição, o que é desejável. Nessa onda, poderíamos enquadrar as atuais conciliação, mediação e arbitragem, mas na visão original dos autores⁸:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. (p.67);

[...] o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. [...] inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. (p.71);

[...] Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio (p.71).

Em uma evolução aos estudos quanto à matéria, em 2019 Bryant Garth idealizou o “Global Access to Justice Project”, projeto ainda em desenvolvimento, tratando de mais quatro novas ondas renovatórias à luz dos paradigmas do novo século.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

[...] 4. A ‘quarta onda’ (dimensão): ética nas profissões jurídicas e acesso dos advogados à justiça

5. A ‘quinta onda’ (dimensão): o contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos

6. A ‘sexta onda’ (dimensão): iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça

7. A ‘sétima onda’ (dimensão): desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça.⁹

O projeto se autodefine como:

Acesso à Justiça

Uma Nova Pesquisa Global

Por intermédio da colaboração dos maiores especialistas do planeta, representando diversas culturas, disciplinas e nações, o Global Access to Justice Project está reunindo as mais recentes informações sobre os principais sistemas de justiça do mundo, analisando as barreiras econômicas, sociais, culturais e psicológicas que impedem ou inibem muitos, e não apenas os mais pobres, de acessarem e fazerem uso do sistema de justiça. E devido à sua abordagem epistemológica multidimensional única e ao amplo alcance geográfico, o projeto possui a ambição de se tornar a pesquisa mais abrangente já realizada sobre o acesso à justiça.¹⁰

⁹ GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. *Panorama Estrutural do Livro*. 2021. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>. Acesso em: 22 ago. 2021.

¹⁰ GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. *Acesso à Justiça - Uma Nova Pesquisa Global*. Disponível em: <https://globalaccesstojustice.com/global-access-to-justice/?lang=pt-br>. Acesso em: 29 dez. 2022.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

Da análise das quatro novas ondas renovatórias, nota-se que as novas ondas (ou dimensões) do acesso à justiça se revelam como uma verdadeira continuação do projeto original, agora com a análise de temas recentíssimos que urgem estudo apurado à luz dos temas da modernidade. Denota-se, assim, a necessidade de que o acesso à justiça não se fossilize em mero ‘dever-ser’, mas que se adapte e busque efetivação frente aos problemas contemporâneos.

Ademais, o novel projeto se propõe a analisar o acesso à justiça a partir de: a) abordagem sociológica: necessidades jurídicas (não atendidas) e a sociologia da (in)justiça; b) abordagens antropológica e pós-colonial: dimensões culturais do problema de acesso e o aprendizado dos povos das ‘primeiras nações’. Pretende ainda verificar como vem sendo desenvolvida a educação jurídica e quais são esforços globais na promoção do acesso à justiça¹¹.

O relatório de acesso à justiça nos Estados Unidos da América confirma a abordagem que este autor fez na obra “Elementos internacionais para um modelo global de assistência jurídica”. Nas demandas civis, o pobre não tem direito a defensor público:

*5. SISTEMA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
[...] Essa estrutura básica continuou em 2011,
quando a Suprema Corte decidiu Turner v, Rogers,*

¹¹ GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. *Panorama Estrutural do Livro*. 2021. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>. Acesso em: 29 dez. 2022.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

131 S.Ct.2507 (2011), que considerou que um pai preso por desacato civil devido ao não pagamento de pensão alimentícia não tem categoricamente direito a advogado quando (1) o estado fornece outras garantias processuais; (2) o oponente do contendor não é o estado nem representado por um advogado; e (3) o assunto não é “excepcionalmente complexo”.

[...] Nenhuma constituição estadual estabelece explicitamente um direito financiado pelo estado a um advogado em casos civis.

[...] Assim, na grande maioria dos casos civis, não há direito constitucional ou estatutário a um advogado financiado pelo Estado.¹²

Apenas em demandas cíveis pontuais, os tribunais estaduais e estatutos estaduais ou regras judiciais, bem como alguns estatutos federais, asseguram ao jurisdicionado o direito de advogado, entre eles rescisão de direitos parentais e adoção¹³.

Ademais, ainda de acordo com o “Global Access to Justice Project” o sistema estadunidense é de baixa qualidade e de baixíssima cobertura:

13. CONCLUSÕES

[...] Pessoas acusadas que são incapazes de pagar um advogado não recebem o mesmo tipo de advogado competente, bem apoiado e consciencioso que toda pessoa com recursos

¹² GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Estados Unidos da América. Disponível em: https://globalaccesstojustice.com/global-overview-united-states-of-america/?lang=pt-br#_ftnref1. Acesso em: 29 dez. 2022.

¹³ *ibidem*

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

financeiros procura contratar quando acusada de conduta criminosa e confrontada com a perda da liberdade.

[...] Não há financiamento suficiente ou assistência pro bono disponível para fornecer às pessoas de baixa renda que precisam aconselhamento jurídico, serviço breve, e, mais particularmente, representação estendida. Não há advogados efetivos suficientes, paralegais, advogados leigos, estudantes de direito e advogados particulares disponíveis para atender às enormes necessidades de aconselhamento, serviço breve e representação completa das pessoas de baixa renda.¹⁴

No Brasil, sem prejuízo de outras instituições e medidas afeitas à consecução do acesso à justiça, a Defensoria Pública possui papel de protagonismo na efetivação deste direito fundamental.

Defensoria Pública e Efetivação do Acesso à Justiça com Base nas Ondas Renovatórias de Cappelletti e Garth:

A assistência jurídica aos necessitados fora inicialmente prevista na Constituição brasileira de 1934, o que se repetiu em todas as seguintes, com exceção da de 1937. Entretanto, só com a promulgação da Carta Cidadã, em 1988, previu-se uma instituição

¹⁴ GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. *Estados Unidos da América*. Disponível em: <https://globalaccesstojustice.com/global-overview-united-states-of-america/?lang=pt-br>. Acesso em: 29 dez. 2022.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

de Estado, organizada e mantida pelo poder público, com a incumbência específica de assegurar o acesso à justiça daqueles “necessitados”. Eis a redação atual do art. 134 da CF/88, após diversas emendas constitucionais:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Note-se, de pronto, que a redação amplia o espectro de atuação da Defensoria, de forma que incumbe a ela não só a assistência jurídica gratuita dos necessitados, mas, por ser também expressão e instrumento do regime democrático, lhe cabe a promoção dos direitos humanos e a busca dos direitos dos necessitados, inclusive extrajudicialmente, na forma individual e coletiva. Conforme se analisará adiante, a Defensoria Pública brasileira vem cumprindo relevante papel na concretização do acesso à justiça, inclusive tendo como parâmetro as ondas renovatórias propostas por Cappelletti e Garth.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

Como já detalhado alhures, a primeira onda renovatória do Projeto de Florença diz respeito à assistência jurídica aos hipossuficientes financeiros. Pode-se dizer que a própria instituição da Defensoria Pública é uma decorrência e concretização desta onda. Deve-se pontuar que assistência jurídica é um conceito mais amplo que simplesmente assistência judiciária: este denota a ideia de assistência somente perante o poder judiciário; aquele, diz respeito a uma assistência de cunho mais integral, inclusive extrajudicial, abrangendo também a consultoria orientação em direitos.

No âmbito interamericano, esta correlação foi explicitada pela Resolução nº. 2656, de 07.07.2011, da Organização dos Estados Americanos (OEA), que reconheceu, de forma expressa, o direito ao acesso à justiça como direito fundamental, uma vez que “somente por meio de sua garantia é possível restabelecer o exercício de direitos uma vez ignorados e violados”. Junto a isso, a resolução também tratou da importância das instituições de assistência jurídica gratuita nos países membros da Organização, apoiando a cooperação internacional para o intercâmbio de experiências e boas práticas na matéria, além do fortalecimento e da maior estruturação, pelos estados, de defensores públicos:

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

1. *Afirmar que o acesso à justiça, como direito humano fundamental, é, ao mesmo tempo, o meio que possibilita que se restabeleça o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados.*

2. Apoiar o trabalho que vêm desenvolvendo os defensores públicos oficiais dos Estados do Hemisfério, que constitui um aspecto essencial para o fortalecimento do acesso à justiça e à consolidação da democracia.

3. Afirmar a importância fundamental do serviço de assistência jurídica gratuita para a promoção e a proteção do direito ao acesso à justiça de todas as pessoas, em especial daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade.

4. Recomendar aos Estados membros que já disponham do serviço de assistência jurídica gratuita que adotem medidas que garantam que os defensores públicos oficiais gozem de independência e autonomia funcional.

5. Incentivar os Estados membros que ainda não disponham da instituição da defensoria pública que considerem a possibilidade de criá-la em seus ordenamentos jurídicos.

6. Instar os Estados a que promovam oportunidades de cooperação internacional para o intercâmbio de experiências e boas práticas na matéria.

7. *Incentivar os Estados e os órgãos do Sistema Interamericano a que promovam a celebração de convênios para a oferta de capacitação e formação dos defensores públicos oficiais.*

8 *Apoiar o trabalho da Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEP), no*

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

fortalecimento da defesa pública nos Estados membros.¹⁵

(sem grifos e negritos no original)

Já a segunda onda de acesso à justiça, que se refere à proteção dos direitos metaindividuais - difusos ou coletivos - também possui aporte na atuação da Defensoria brasileira - embasada tanto na lei quanto na jurisprudência nacionais. Exemplo disso é a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública (art. 5º, inciso II, da Lei da ACP); a possibilidade de impetração de habeas corpus coletivo (HC 143.641/SP, STF) e de mandado de injunção coletivo (art. 12, IV, da Lei do Mandado de Injunção); entre outros.

A consolidação deste tipo de atuação pela Defensoria tem sido reforçada de maneira pelas cortes superiores nacionais. Prova disso é o entendimento do STJ acerca da amplitude termo “necessitados”, constante no art. 134 da CF/88, que representa o grupo a ser protegido pela Defensoria Pública. Segundo a corte:

2. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de

¹⁵ OEA. *Resolución 2656/OEA, de 07.07.2011*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2656_XLI-O-11_esp.pdf. Acesso em: 11 jan. 2016.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do curador especial, previsto no art. 9.º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do defensor dativo no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal.

*3. No caso, o direito fundamental tutelado está entre os mais importantes, qual seja, o direito à saúde. Ademais, o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por idosos, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal, que dispõe no seu art. 230, sob o Capítulo VII do Título VIII (“Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”): “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” 4. “A expressão **'necessitados'** (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, **'necessitem'** da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de*

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de minus habentes impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana” (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012).

Este entendimento também é encampado pelo STF, que nos autos do RE 733433 aduziu que “a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas”. Trata-se de entendimento que prestigia as funções institucionais da Defensoria, pois oportuniza que a instituição atue em situações que possam beneficiar também pessoas não hipossuficientes economicamente, desde que haja, em tese, beneficiários necessitados juridicamente. Aludida decisão originou o tema 607 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

No que tange à terceira onda renovatória de acesso à justiça - a busca de meios alternativos de solução de conflitos -, esta também é cumprida pela Defensoria Pública, inclusive com

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

supedâneo legal. O inciso II do art. 4º da LC 80/94¹⁶ dispõe que é função institucional da instituição promover, inclusive de forma prioritária, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos. Exemplo prático desta premissa é a execução de projetos que visam incentivar o público-alvo da Defensoria a conciliar seus conflitos. A DPE/PI, por exemplo, executou em 2016 o projeto “Defensores pela Conciliação”¹⁷.

A quarta onda não possui relação direta com a Defensoria Pública, razão pela qual não se promove comentários ou subsunção nas atuações defensoriais.

A quinta onda, por sua vez, se refere ao processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos. Inegável a importância da Defensoria neste ponto. A um, pois a garantia de um defensor custeado pelo poder público como direito do cidadão está prevista no art. 8.2, alínea “e”, do Pacto de São José da Costa

¹⁶ BRASIL. *LEI COMPLEMENTAR Nº 80, DE 12 DE JANEIRO DE 1994*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 29 dez. 2022.

¹⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DO PIAUÍ. *Projeto Defensores pela Conciliação inicia com significativo atendimento*. 2016. Disponível em: <http://www.defensoria.pi.def.br/projeto-defensores-pela-conciliacao-inicia-com-significativo-atendimento/>. Acesso em: 29 dez. 2022.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

Rica¹⁸, que assevera ser direito irrenunciável do acusado ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, se o acusado não se defender por si só nem nomear defensor no prazo legal. A dois, pois a instituição pode peticionar perante entes internacionais, tais como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, à luz do art. 44 do Pacto de São José da Costa Rica:

“Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-Parte.”¹⁹.

No mesmo sentido, mencione-se a figura do defensor interamericano - DPI. Segundo Bruno Del Preti, o DPI é responsável pela assistência jurídica e representação legal das vítimas vulneráveis ou sem representação legal perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos²⁰. Segundo o artigo 2.11 do Regulamento da Corte IDH, o defensor interamericano é “a pessoa

¹⁸ OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

¹⁹ OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.

²⁰ PRETI, Bruno del. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Salvador-Ba: Juspodivm, 2021.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

que a Corte designe para assumir a representação legal de uma suposta vítima que não tenha designado um defensor por si mesma”²¹.

No que concerne à sexta onda (iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça), advinda da necessidade de compatibilização entre os trabalhos da justiça com a evolução tecnológica e maior acessibilidade, há de se perceber a constante evolução dos trabalhos da Defensoria Pública. O atendimento on-line foi muito popularizado durante a época de pandemia da COVID-19, além de outras iniciativas demonstram a adesão da instituição à tecnologia. Reforçando este tipo de atuação, conforme aduzido em obra própria deste autor, mesmo no contexto da crise pandêmica, a Defensoria realizou mais de 13 milhões de atendimentos ²², o que fora impulsionado pela virtualização do atendimento:

Acompanhando a tendência global de tecnologiação da assistência jurídica, 90,3% dos membros da Defensoria Pública atualmente

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *REGULAMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.

²² OLIVEIRA, Marcos Martins de. *Elementos internacionais para um modelo global de assistência jurídica*. New York: Lawinter Editions, 2022, p.77.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

prestam atendimento ao público por via remota. Aplicativos de mensagem (78%), e-mail (68%) e aparelhos de telefonia celular (65,5%) foram os meios de comunicação apontados como os mais utilizados, superando a tradicional comunicação por telefone (49%), assim como os aplicativos que permitem a realização de videoconferência (40,9%).²³

Outro exemplo prático de cumprimento da sexta onda renovatória de acesso à justiça é o projeto “Assistência Legal e Visita Virtual no Sistema Prisional”, da Defensoria do Estado do Maranhão, que possibilita aos reeducandos do sistema penitenciário o contato com familiares na forma de videoconferência, prestigiando a segurança, a dignidade humana e a comodidade aos serviços penitenciários.²⁴

Por derradeiro, a sétima onda renovatória do acesso à justiça, que trata da desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça. Note-se que o enfoque da referida onda é a proteção de grupos

²³ CONDEGE. *Pesquisa Nacional da Defensoria Pública (2021): 7. RECURSOS TECNOLÓGICOS: 7.1. ATENDIMENTO POR VIA REMOTA*. 2021. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-nacional/>. Acesso em: 13 out. 2021.

²⁴ DEFENSORIA PÚBLICA DO MARANHÃO. *Projeto pioneiro de assistência e visita virtual implantado pela DPE/MA e Depen será ampliado para todo Brasil*. Disponível em: <https://defensoria.ma.def.br/dpema/portal/noticias/7604/projeto-pioneiro-de-assistencia-e-visita-virtual-implantado-pela-dpema-e-depen-sera-ampliado-para-todo-brasil>. Acesso em: 29 dez. 2022.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

culturalmente vulnerabilizados por questão de raça e gênero. De pronto, já se verifica que tais grupos são o público-alvo de proteção do trabalho da Defensoria Pública: seja por serem considerados necessitados juridicamente, na forma do art. 134 da CF/88 e à luz da jurisprudência dominante, seja pela expressa previsão do art. 4º, inciso IX, da LC 80/94, que diz ser função institucional da Defensoria Pública:

“exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”.

Como exemplo prático desta forma de atuação, mencione-se a existência de núcleos especializados de proteção à mulher vítima de violência doméstica no âmbito da Defensoria Públicas Estaduais, entre elas da do Estado do Piauí. O atendimento especializado ajuda no acolhimento e na celeridade na busca das medidas judiciais em favor da mulher vítima de violência doméstica. Ressalte-se que a Resolução nº 26/2012 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Piauí, em seu art. 1º, § 7º, permite o atendimento da Defensoria do Piauí sem a necessária comprovação de hipossuficiência financeira em casos de indivíduos considerados juridicamente vulneráveis (mulheres vítimas de

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

violência doméstica inclusas), mais notadamente aqueles constantes do inciso XI do art. 4º da LC 80/94, supramencionado. Trata-se de louvável normativa institucional que prestigia o verdadeiro espírito da instituição, visando à defesa e promoção de direitos dos grupos sociais vulneráveis, conceituados no início do texto.

Exemplificando uma forma de proteção aos grupos étnicos e raciais, cumprindo a segunda parte da sétima onda renovatória, aponte-se o projeto “Vozes dos Quilombos”, também da Defensoria Pública do Piauí, recentemente premiado no CONADEP 2022. Segundo o site

O Projeto, desenvolvido pela Defensoria Pública do Estado do Piauí, que foi idealizado e é coordenado pela Defensora Pública Karla Andrade Leite, tem por objetivo é estreitar laços entre a Defensoria Pública e as Comunidades Quilombolas, garantindo uma atuação satisfatória e efetiva, atendendo as demandas e necessidades sociais das comunidades tradicionais, além de atuar como intermediador, junto aos gestores públicos, na integração de políticas públicas para essas Comunidades.²⁵

²⁵ Defensoria Pública do Estado do Piauí. *Projeto Vozes dos Quilombos é ovacionado pela plateia durante o Concurso de Práticas Exitosas do XV CONADEP. 2022.* Disponível em: <http://www.defensoria.pi.def.br/projeto-vozes-dos-quilombos-e-ovacionado-pela-plateia-durante-o-concurso-de-praticas-exitosas-do-xv-conadep/>. Acesso em: 29 dez. 2022.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

Diante de todo o exposto e considerando que existem ainda inúmeras ações e projetos perpetuados pelas Defensorias que aqui não foram mencionadas, têm-se que a instituição está em plena evolução e conectada com as demandas do mundo hodierno - inclusive no cumprimento das chamadas 7 (sete) ondas renovatórias do acesso à justiça.

Conclusão

O presente trabalho visou tratar da correlação entre as ondas renovatórias de Cappelletti e Garth e a atuação das Defensorias Públicas no que concerne à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que viabiliza o conhecimento, a efetivação judicial e extrajudicial de direitos de indivíduos e grupos vulneráveis.

Os estudos do Projeto de Florença visavam superar as barreiras econômicas, sociais, organizacionais, mas também entraves políticos, culturais, psicológicos e éticos. Não por outro motivo todas as ondas renovatórias de acesso à justiça possuem - direta ou indiretamente - influência incisiva na tentativa de promover a justiça em favor dos vulnerabilizados.

Ademais, constatou-se no presente estudo a relevantíssima atuação da Defensoria Pública como garantidora de direitos dos

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

necessitados e de maior viabilizadora do acesso à justiça no ordenamento jurídico nacional. Supera-se a visão de que cabe à Defensoria tão somente levar os hipossuficientes econômicos à presença de um magistrado e nasce a concepção de que lhe compete, na verdade, a promoção dos direitos humanos numa perspectiva geral - assim como dita o art. 134 da Constituição Federal.

Dessa forma, conclui-se que a Defensoria, como instituição de Estado, muito bem evoluiu durante as últimas décadas, a ponto de cumprir todas as ondas renovatórias de acesso à justiça até então aduzidas. Nítido também é o alinhamento da atuação da instituição com os anseios nacionais e internacionais no que concerne ao tema. Trata-se, na verdade, de um dever de evolução frente às rápidas mudanças do mundo atual, característica peculiar da pós-modernidade em que se vive. Não se olvida reconhecer que sempre é possível avançar, mas certamente o que já fora construído é digno de nota e não se pode aceitar quaisquer retrocessos.

Referências

1. BRASIL. *DECRETO Nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 29 dez. 2022.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

2. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
3. OLIVEIRA, Marcos Martins. Elementos internacionais para um modelo global de assistência jurídica. New York: Lawinter Editions, 2022.
4. GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. *Panorama Estrutural do Livro*. 2021. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>. Acesso em: 22 ago. 2021.
5. GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. *Acesso à Justiça - Uma Nova Pesquisa Global*. Disponível em: <https://globalaccesstojustice.com/global-access-to-justice/?lang=pt-br>. Acesso em: 29 dez. 2022.
6. GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Estados Unidos da América. Disponível em: https://globalaccesstojustice.com/global-overview-united-states-of-america/?lang=pt-br#_ftnref1. Acesso em: 29 dez. 2022.
7. OEA. *Resolución 2656/OEA, de 07.07.2011*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2656_XLI-O-11_esp.pdf. Acesso em: 11 jan. 2016.
8. BRASIL. *Tema 607 de repercussão geral*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4362356&numeroProcesso=733433&classeProcesso=RE&numeroTema=607>. Acesso em: 29 dez. 2022.
9. BRASIL. *LEI COMPLEMENTAR Nº 80, DE 12 DE JANEIRO DE 1994*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 29 dez. 2022.

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

10. DEFENSORIA PÚBLICA DO PIAUÍ. *Projeto Defensores pela Conciliação inicia com significativo atendimento*. 2016. Disponível em: <http://www.defensoria.pi.def.br/projeto-defensores-pela-conciliacao-inicia-com-significativo-atendimento/>. Acesso em: 29 dez. 2022.
11. OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 abr. 2021.
12. PRETI, Bruno del. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Salvador-Ba: Juspodivm, 2021.
13. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *REGULAMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.
14. CONDEGE. *Pesquisa Nacional da Defensoria Pública (2021): 7. RECURSOS TECNOLÓGICOS: 7.1. ATENDIMENTO POR VIA REMOTA*. 2021. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-nacional/>. Acesso em: 13 out. 2021.
15. DEFENSORIA PÚBLICA DO MARANHÃO. *Projeto pioneiro de assistência e visita virtual implantado pela DPE/MA e Depen será ampliado para todo Brasil*. Disponível em: <https://defensoria.ma.def.br/dpema/portal/noticias/7604/projeto-pioneiro-de-assistencia-e-visita-virtual-implantado-pela-dpema-e-depen-sera-ampliado-para-todo-brasil>. Acesso em: 29 dez. 2022.
16. Defensoria Pública do Estado do Piauí. *Projeto Vozes dos Quilombos é ovacionado pela plateia durante o Concurso de*

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

Práticas Exitosas do XV CONADEP. 2022. Disponível em: <http://www.defensoria.pi.def.br/projeto-vozes-dos-quilombos-e-ovacionado-pela-plateia-durante-o-concurso-de-praticas-exitosas-do-xv-conadep/>. Acesso em: 29 dez. 2022.

How to cite:

OLIVEIRA, Marcos Martins de. The Seven Waves of “Access to Justice” and the Role of The Public Defender's Office in Brazil. **Lawinter Review**, New York, v. 14, n. 01, p. 93-122, 2023, available at: <http://www.lawinter.com/review.htm> .

As Sete Ondas de “Acesso à Justiça” por Cappelletti e Garth e o papel da Defensoria Pública na efetivação dessas ondas

Guaracy do Nascimento Moraes – Daniel Freire e Almeida

THE PROFESSIONAL FRAMEWORK FOR SEA CRUISE WORKERS¹

Guaracy do Nascimento Moraes^{2*}

Daniel Freire e Almeida^{3**}

¹ How to cite:

MORAES, Guaracy do Nascimento; FREIRE E ALMEIDA, Daniel. The Professional Framework for Sea Cruise Workers. **Lawinter Review**, New York, v. 14, n. 01, p. 123-150, 2023, available at: <http://www.lawinter.com/review.htm> .

² * **Guaracy do Nascimento Moraes:**

- Master in International Law at Catholic University of Santos.
- Specialist in International Law at Pontifical Catholic University of São Paulo. - Graduated in International Relations from Lusíada Foundation (UNILUS) and Law from Catholic University of Santos.
- Member of the research group on Global Governance and International Regimes.
- E-mail: advguaracymoraes@gmail.com .

³ * **Daniel Freire e Almeida:**

- Postdoctoral researcher at Georgetown University (Washington-DC-USA) (2015-2017).
- Ph.D. in International Law, Faculty of Law, Coimbra University (Portugal- EU) (2008-2012).
- Professor at Catholic University of Santos (Brazil) - Ph.D. and Master's Program.
- Professor and International Lawyer.
- E-mails: lawyer@adv.oabsp.org.br ; da616@georgetown.edu .

The Professional Framework for Sea Cruise Workers**Abstract**

This research presents a study regarding the professional framework of cruise ship workers, in order to verify whether it is possible to classify them as maritime workers or “seafarers”. In addition, a deductive theoretical analysis about maritime work and maritime worker is presented, in order to demonstrate its concept, its historical evolution and its context in the current panorama, besides, the International Labor Organization (ILO) conventions on maritime work is demonstrated, in order to demonstrate that there are similarities between these two types of professionals. However, the problem consists in the possibility or not of the professional qualification of the cruise liners crew as maritime workers, considering that theoretically they do not carry out activities directly related to the sea, the vessel and / or the transported cargo. In this sense, a conceivable way to try to characterize such a professional environment is to demonstrate, through the ILO conventions, the similarities between these work activities.

Keywords: Cruise Ship Workers. Maritime Worker. ILO Conventions.

Introduction

Sea cruises represent an important part of the world’s tourism sector, since it conducts its activities annually, only changing its location, according to the seasons of the year. Usually from November to March, the cruise season is in the southern hemisphere of the globe, and from May to October it changes its location to the northern hemisphere, trying to make the most of the summer in these regions.

Due to the constant activity of this economic sector, it is always necessary to hire personnel to perform diverse types of

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

professional activities on cruises. Activities focused on hotels, food, entertainment, security, commerce, games, among others.

As an example, in order to illustrate the variety of professionals within each activity conducted on cruise ships, in the entertainment sector, there are casinos, cinemas, theaters, shops, health clubs, beauty salons, water park, game rooms, sports courts and nightclubs, requiring different workers in each of these departments.

Since these workers are involved in a huge contingent of different professionals, the question is whether all these workers are seafarers or belong to other professional categories, for purposes of framing and incidence of labor rights.

For the International Labor Organization (ILO), four categories for maritime work are consolidated: 1) maritime work on vessels (shipping); 2) port work; 3) fishing; and 4) inland waterways. In this sense, it is possible to have the sense that not every “maritime” worker performs maritime work.

In view of this scenario, the objective of this work is the attempt to identify the professional environment in which these cruise ship workers are inserted, in an international perspective. To this end, this article will use bibliographic texts, scientific data, and academic works as a source.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

Firstly, the definitions of work and maritime worker will be demonstrated, later, the various international conventions and declarations about the activities that involve maritime work and the protection of the rights of the maritime worker and, finally, the general and specific aspects of the activities performed by the crew members of cruise ships, in order to identify the similarities and differences between other seafarers, whether or not they may be involved in the exercise of maritime work.

1. Maritime Labor and Maritime Worker: Historical Developments, Conceptual Aspects and Their Current International Context

Since the antiquity, the sea is the most used space for transport, commercial and military activities. According to Martins⁴, the sea is the place where world economic development has gained the most prominence, in addition to being decisive for the survival and power of nations. Therefore, there is a need for legal regulation of the maritime domain, which is Maritime Law.

According to Gibertoni⁵, Maritime Law has a direct relation with civilization, as the sea was the main area used by ancient

⁴ MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Maritime Law Course Vol. I: General Theory**. 4th Edition. Barueri: Editora Manole, 2013, p. 01.

⁵ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Theory and Practice of Maritime Law**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 05.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

peoples in their missions of conquest and trade. Great nations used the sea for commercial and military purposes, among them the Phoenicians, Greeks, and Romans. Due to the growth of navigation and trade by sea, it was necessary to establish rules that would regulate this activity, the set of these rules is Maritime Law.

Maritime law is the combination of legal rules that regulate any practices that arise from navigation, use and exploration of the sea and inland waters, whether they are carried out above the surface or below the sea. According to Strenger apud Martins⁶, Maritime Law “is a complex of written or customary autonomous institutions, categories and rules, with an interdisciplinary character, which arise from navigation in maritime spaces, in all its dimensions”.

Maritime law can be considered as a legal science studied by both public and private law, therefore, it is a science of mixed nature and shows how the rules of Maritime Law are distributed:

a) rules of public maritime law, or rather, administrative and criminal Maritime Law, comprising the rules relating to the Merchant Navy, the Port Police, the organization and functioning of the Maritime Courts; b) rules of public or private international maritime law: the former regulate the freedom of the seas, the law and obligations between belligerents and neutrals, and the latter are concerned with resolving conflicts of laws derived from maritime

⁶ MARTINS, op. cit. p. 5.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

navigation; c) rules of commercial maritime law or private Maritime Law, or even maritime civil law, which are the ones that govern the framing and expedition of ships and the relations resulting from the facts inherent to navigation.⁷

As it will be verified in the course of this article, the study of labor relations within maritime vessels is related to Maritime Law, so much so that Campos *et al*⁸ states that

the study of Maritime Law involves knowledge of other branches of law, since the relations of use and exploration of the sea give rise not only to commercial relations, but also to consumption relations, labor, international, procedural, which is based on the scope of this discipline.

However, Maritime Law did not emerge overnight. According to Martins⁹, “the first written rules regarding maritime navigation of irrefutable existence are the Codes of Hammurabi, from Babylon, dating from the 21st century BC, and from Manu, from the Hindus, dating from the 13th century BC, in addition to the Rhodes and Corpus Iuris Civilis, Rome.”

During the Middle Age, many cities had developed due to maritime trade, which boosted the increase of wealth of its nations.

⁷ Idem. p. 8.

⁸ CAMPOS, Ingrid Andrade Zanella; CAMPOS, Igor Zanella Andrade. **Legislation applicable to cruise ship crew: an analysis of the principle of the force of gravity.** p. 557.

⁹ MARTINS, op. cit. p. 23.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

Many sets of rules concerning Maritime Law have emerged in different regions, such as the Capitulare Navium, in Venice (1205); the Consitutum Usus, in Pisa (1160), and the Amalfi Table (Távola Amalfitana, 1274), in the 10th century, in the same region; the rules of Oléron, France, in the 12th century; the Consulado do Mar (Consolato Del Mar or Consulatus Maris), in the region of Barcelona, in the 14th century; the Laws of Wisby, also in the 14th century, in force in the Baltic Sea, in addition to the Customs of Amsterdam, the Laws of Antwerp, Guidon de la mer (15th or 16th century), the Ius Hanseaticum, among many other regulations.¹⁰

Still in the Middle Ages, Gibertoni¹¹ states that the main legal institutes of Maritime Law of that period were the Sea Consulate and the Rolls of Oléron. The first had customary rules that were applied across the Mediterranean Sea and regulated relations between shipowners, dockers, captains and sailors. It had indoctrinated several statutes such as, construction; ship's commerce; relations with the shipowner; commendation and charter contracts; breakdowns; among others.

The Rolls of Oléron were rules based on maritime customs, compiled between the 11th and 12th centuries, regulating matters that are still in force today:

¹⁰ Idem. p. 23 e 24.

¹¹ GIBERTONI, op. cit. p. 09.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

Obligation of not abandoning the ship without the captain's orders; salvage of a wrecked ship; dumping; piloting; the ship's navigability; death of a crew member while traveling; crew support; mast and anchor sacrifice for common salvation; and the captain's and crew's responsibilities for cargo during the voyage.¹²

During the 16th and 17th centuries, there was a great advance in maritime navigation due to the great discoveries, initiated by Portugal and Spain. The first country wanted to find another sea route to reach the Indies, which was the center of trade for various goods. However, according to Gibertoni¹³, "long-distance transport has been monopolized by Muslims since the fall of Constantinople in 1453". The route found was to bypass the African continent so that it was possible to reach the Indies. This strategy led to the exploration of regions in Africa and the discovery of new lands, such as Brazil. Spain was also looking for new routes to reach the Indies, and through the funding of King Fernando, the Italian navigator Christopher Columbus used a different route: he wanted to reach the Indies bypassing the globe. However, instead of reaching the Asian continent, he reached the American continent.

¹² GIBERTONI, op. cit. p. 09 e 10.

¹³ Idem. Idem. p. 07.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

With the high advance of maritime navigation, France, under the reign of Louis XIV, was responsible for preparing the Ordination of 1681, also called *Ordennance touchant la marine*. According to Gibertoni¹⁴, it aimed to "unify and nationalize Maritime Law". In addition, in 1807, France enacted the French Commercial Code, whose articles 190 to 246 are intended for maritime law.

With all the historical evolution of Maritime Law, a sector took too long to cause any kind of concern and concern on the international stage, which was the protection of maritime workers.

According to Cheng¹⁵, since ancient times, work in maritime navigation has always been considered a very arduous and difficult occupation. A sailor who works on a vessel is always subject to the dangers of the sea and is removed from all the comforts offered by the land. In addition, seafarers have always been known for the exploitation they suffered from their employers.

According to Martins¹⁶, maritime workers are considered to be all individuals who are employed by shipowners to exercise paid activity, in any capacity, on board of a vessel intended for maritime

¹⁴ GIBERTONI, op. cit. p. 10.

¹⁵ CHENG, Eugene et al. The Effectiveness of the Maritime Labour Convention's Financial Security Certificates in Resolving Claims for Unpaid Seafarers' Wages. **NUS Centre for Maritime Law Working Paper**, v. 20, n. 01, 2020. p. 2.

¹⁶ MARTINS, op. cit. p. 415.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

navigation, whose ownership may be a public or private company, but they cannot be a military ship.

According to the understandings of ILO, as Martins¹⁷ points out, maritime work can be presented in four distinct categories:

- *Maritime work on vessels;*
- *Port work;*
- *Fishing;*
- *River work.*

According to ILO Convention n. 185¹⁸, the term “seafarers” is designated to “any and all person employed, contracted or working in any capacity on board of a vessel, which is not a war vessel and is habitually dedicated to maritime navigation.”

Comporto apud Pedroso and Kümmel¹⁹ clearly demonstrates that:

The maritime worker performs on board services necessary for navigation and the maintenance of various types of vessels, maintaining employment with the shipowner or their charterer, having legal rules for the proper performance of their activity and integrating the term “waterway” [...]

¹⁷ Idem. p. 414 e 415.

¹⁸ International Labor Convention (ILO), Convention n. 185 on Seafarers’ Identity Documents. Available at: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C185.

¹⁹ PEDROSO, Marcelo Fanfa; KÜMMEL, Marcelo Barroso. **The Protection of Maritime Workers Against the Use of Convenience Flag Registrations**. Meritum, Law Magazine of FUMEC University, v. 12, n. 1, 2017. p. 18.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

On the other hand, Bramante²⁰ affirms that a person who is habitually and permanently on board the high seas and subject to such confinement for long or brief and even intermittent periods is considered a maritime worker. Many define that anyone who provides services for any purpose on maritime vessels, is considered as a maritime worker.

Due to the dynamics of the maritime market, as well as, due to its international and global nature, the labor relations of maritime workers are regulated by international maritime labor contracts signed between shipping companies, shipowners and / or charterers and the individuals who will carry out the activities involving maritime works.

Martins²¹ explains that the labor relations of “sea people” has a special connotation due to two characteristics, which are:

- I. The environment and the place of work are at sea and on board of ships or vessels;*
- II. The peculiar organization in which the labor relations develops in the context of the highly hierarchical maritime community that combines public discipline with private collective bargaining instruments.*

²⁰ BRAMANTE, Ivani Contini. **Maritime labor contract in ILO conventions**, 2019. p. 241.

²¹ MARTINS, op. cit. p. 417.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

According to Pedroso and Kümmel²², maritime work has always been considered a task of high danger, since workers will have to spend an extended period on board of the vessels, since they will be their workplace and their homes as well, during the term of the employment contract. This confinement also causes psychological and social damage to those on board, according to a study presented by the Jorge Duprat Figueiredo Foundation for Occupational Medicine, from the Ministry of Labor and Social Security of Brazil:

[...] a research carried out four years ago by Fundacentro pointed out loneliness, confinement and social anonymity as the main aggressors of the psychological balance of the maritime worker, making him susceptible to illnesses of psychosomatic origin.

However, cruise ship crew members are excluded from the definition of maritime worker, as they do not carry out the activities listed by the ILO. In addition, many internal laws, the Brazilian, for instance, make a difference between crew members and non-crew professionals, as Martins²³ points out, defining that crew members do not perform activities directly related to the vessel itself.

²² PEDROSO *et al*, op. cit. p. 19.

²³ MARTINS, Gustavo Barone. **The Maritime Employee Contract and the Conflict of Labor Competence in Space**. In: Adalyson Wagner Sousa de

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

In this sense, considering that cruise ship's crew members cannot be considered as maritime workers, it may be understood that they are not subject to the legal and administrative protection that ILO conventions give to "seafarers".

2. International Labor Organization Conventions on Sea Workers

The International Labor Organization (ILO) is a specialized agency of the United Nations (UN), whose creation occurred in 1919, due to the decisions of the Treaty of Versailles, celebrated at the end of the First World War.

Martins²⁴ points out that the ILO's mission is "to promote opportunities for men and women to have access to decent and productive work, under conditions of freedom, equity, security and dignity". In addition, the organization's objective is to build a lasting peace, providing the improvement of working and living conditions through international action and the promotion of economic and social stability.

Vasconcelos. (Org.). *The Nature and the Concept of Law*. 2. ed. Ponta Grossa: Atena Editora, 2019, v. 2, p. 119.

²⁴ MARTINS, op. cit. p. 418.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

According to Calixto²⁵, currently, the ILO's general objective is the formation of decent work for all people, “a concept that synthesizes rights and conditions of work, employment and social protection in a general approach, to be achieved through social dialogue”.

The ILO Declaration on Fundamental Rights and Principles at Work²⁶ (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up), adopted in 1998, determined that all members of the organization should be committed to making the following principles relating to the fundamental rights of all workers:

- (a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;*
- (b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour;*
- (c) the effective abolition of child labour; and*
- (d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.*

Since its creation, ILO members have adopted a total of 189 International Labor Conventions, thirty-six of which deal with

²⁵ CALIXTO, Filipa. **The human rights of seafarers: the contribution of the 2006 Maritime Labor Convention**. 2017. Doctoral thesis. p. 23.

²⁶ International Labor Organization (ILO), ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up. Available at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716594.pdf.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

maritime labor. In addition, the ILO General Conference met in 2006 resulting in the Consolidation of all Maritime Labor Conventions (MLC) of 2006, grouping these thirty-six conventions into a single international document.

The work of MLC started five years in advance, with the “elaboration of an instrument that brings together and consolidates all the existing ILO instruments related to maritime work”, as pointed out by Calixto²⁷.

Martins²⁸ points out that due to the global nature of the maritime labor sector, the need was perceived for maritime workers to have special protection, which would establish the detention of dignified living and working conditions for the “seafarers”.

Bramante²⁹ presents the list of these conventions related to maritime work, as follows:

Convention no. 7 on the minimum age for admission to employment (maritime work) in 1920;

Convention no. 8 on unemployment compensation in the event of a 1920 shipwreck loss;

Convention no. 9 on the placement of 1920s seafarers;

²⁷ CALIXTO, op. cit. p. 43.

²⁸ MARTINS, op. cit. p. 426.

²⁹ BRAMANTE, op. cit. p. 234.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

Convention no. 16 on the 1921 medical examination of young people (maritime work);

Convention no. 22 on the 1926 seafarers' employment contract;

Convention no. 23 on the repatriation of seafarers in 1926;

Convention no. 53 on the 1936 officers' certificates of proficiency;

Convention no. 54 on 1936 seafarers' paid holidays;

Convention no. 55 on the shipowner's obligations in the event of illness or accident of seafarers of 1936;

Convention no. 56 on 1936 seafarers' sickness insurance;

Convention no. 57 on the duration of work on board and the 1936 capacity;

Convention no. 58 on the minimum age for admission to employment (maritime work);

Convention no. 68 on food and table service on board (ship crew) of 1946;

Convention no. 69 on the 1946 cook's professional aptitude diploma;

Convention no. 70 on the social security of seafarers of 1946;

Convention no. 72 on 1946 seafarers' paid holidays;

Convention no. 73 on the medical examination of seafarers in 1946;

Convention no. 74 on the 1946 qualified sailor's certificate of competence;

Convention no. 75 on the crew's accommodation on board 1946;

Convention no. 76 on wages, duration of work on board and 1946 capacity;

Convention no. 91 on 1949 seafarers' paid holidays (magazine);

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

Convention no. 92 on 1949 crew on board (magazine) accommodation;
Convention no. 93 on wages, duration of work on board and stockings (revised) from 1949;
Convention no. 109 on wages, duration of work on board and stockings (magazine) 1958;
Convention no. 133 on crew accommodation on board (supplementary provisions) from 1970;
Convention no. 134 on the prevention of (maritime) accidents in 1970;
Convention no. 145 on the continuity of employment (seafarers) of 1976;
Convention no. 146 on 1976 annual paid holidays (seafaring);
Convention no. 147 on the minimum standards to be observed in 1976 merchant ships;
1996 Protocol on Convention No. 147 on the minimum standards to be observed in 1976 merchant ships;
Convention no. 163 on the welfare of seafarers in 1987;
Convention no. 164 on the health protection and medical care of seafarers in 1987;
Convention no. 165 on seafarers' social security (revised) 1987;
Convention no. 166 on the repatriation of seafarers (revised) of 1987;
Convention no. 178 on 1996 labor inspection (seafarers);
Convention no. 179 on 1996 recruitment and placement of seafarers;
Convention no. 180 on seafarers' working hours and capacity on board 1996 ships;
ILO Convention No. 185 (revised): Convention dealing with the new Maritime Worker Identity Document;

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

According to Calixto³⁰, the MLC “has a triple purpose: to establish and define a set of rights and principles, to provide a considerable degree of flexibility in the way the Convention is implemented by the States that ratify it; and guarantee respect for rights and principles”.

Other conventions that have great legal and strategic importance in protecting the rights of maritime workers are Conventions no. 108/58 and 185/2003 that deal with the identity documents of seafarers.

According to Martins³¹, the objectives of ILO conventions 108 and 185 are “the standardization and facilitation of entry procedures in foreign ports, transit and repatriation of seafarers”. In other words, the creation of a single document that allows the reduction of bureaucracy for the entry and transit of crew members in other ports.

Such conventions are of great strategic importance, as they facilitate the work of seafarers, port workers and customs employees, since there is no need to issue and inspect entry visas for the countries the vessel passes through. In addition, these conventions allow an improvement in the working conditions of

³⁰ CALIXTO, op. cit. p. 43.

³¹ MARTINS, op. cit. p. 424.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

maritime workers, given that it conditions leisure and entertainment times for the crew when the vessel is docked in different ports.

However, it is important to note that, as illustrated by Martins³², it is necessary to note that due to the global character of the shipping industry and due to the requirements for international travel documents due to the 9/11 terrorist attack in the United States, ILO Convention 185 determined procedures for the entry of seafarers in foreign ports of Member States of the Convention, provided that such entry is for the purpose of disembarkation, transit, re-embarkation on another vessel or repatriation in accordance with universal standards of secure identification.

But Lima *apud* Martins³³ emphasizes that:

The Maritime Identity Document does not replace the crew member's passport, but can be used as the primary international identification document of the crew member, as long as it remains on board the ship for as long as the ship is in national waters of the host country. Before certain crew members enter national waters of a specific country of destination, entry, work and transit visas may be required by the country of destination for: crew members who are nationals of countries that require a visa in accordance with the country's national immigration laws

³² Idem. p. 425.

³³ Idem. Ibidem.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

destination and / or transit; crew members who do not have Maritime Identity Documents issued by the country of the sailor's nationality or legal permanent residence; crew members with a Maritime Identity Document issued by a country not recognized by the country of destination and not ratified by the ILO 185.

Despite the ILO conventions presented, it appears that nothing is directly intended for cruise ship workers, since these professionals are not considered to be sea workers. However, it is asked whether it is possible to qualify this professional sector as a seafarer.

3. The Work Relations of Sea Cruise Workers

According to Pallis *et al*³⁴, sea cruises are the mix of sea transport, tourism, and leisure, and can be defined as the service of leisure activities that are paid by passengers in search of an itinerary, which includes at least one night on board of a ship with a capacity of at least one hundred people.

Also, according to the same authors, the conception of the idea of cruise ships occurred for the first time by the founders of Peninsula & Oriental (P&O) in 1844, whose destination would be

³⁴ PALLIS, Athanasios A.; LEKAKOU, Maria B. **Cruising the Mediterranean Sea: Market structures and EU policy initiatives**. Available at SSRN 882797, 2004. p. 2.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

the Mediterranean Sea. Currently, the Mediterranean is an area of significant importance for this market, however, it is no longer the only one, considering that there are cruise travel itineraries on all continents (Africa, America, Antarctica, Asia, Europe, and Oceania).

Belmonte³⁵ says that tourism is one of the most profitable economic activities on the planet, as it encompasses several sectors that are linked together, such as transportation, food, hotels, museums, theaters, cinemas, land tours and trade. The author also points out that “cruise ships or floating resorts provide passengers with a peculiar type of tourism, by transforming travel into an enjoyment that brings together all these sectors in one place”.

In other words, sea cruises represent the combination of several sectors of tourism in one place, allowing its consumers to have a pleasant experience of visiting novel places, staying in luxurious hotels, eating in excellent restaurants, attending concerts by different artists, among other experiences.

Just to illustrate the importance and the growth of this tourist market, according to Pallis *et al*³⁶, from 1995 to 2002 the European cruise market had an increase of 24% in passengers from all over the world. And, according to data from the Brazilian Association of

³⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. **Sea cruises: national and international standards applicable to labor relations**. Centro Universitário IESB, 2018. p. 7.

³⁶ PALLIS, op. cit. p. 2.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

Representatives of Maritime Companies *apud* Campos³⁷, since 1999, the demand for the Brazilian tourist ship market has increased 25% of passengers annually, which represents an increase greater than the annual growth that is 10%.

The tourist ship market not only drives the economy of the shipowners for this purpose, but also the regional economy of the stopping places that ships pass during the itinerary. These places invest annually in local tourism, with land tours, food, entertainment, and hotels, emphasizing the importance of this economic sector.

Furthermore, according to Belmonte³⁸,

the cruise ship can be coastal shipping (between national ports), international (start and end in a foreign port), long-haul (between Brazilian and foreign ports) and mixed (start and end in national port, and transit in national and foreign ports).

In this sense, for all departments to function correctly, in order to provide a pleasant and unforgettable experience for all passengers, it is necessary to have a large number of qualified and trained personnel.

³⁷ CAMPOS, op. cit. p. 561.

³⁸ BELMONTE, op. cit. p. 9.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

Returning to the concept of maritime workers, it is commonly thought that these are workers of merchant navy ships and stevedores, however, these professionals work with the objective of taking care of the well-being and the proper functioning and safety of the vessel and cargo, as well as with the loading and unloading of goods. In contrast, the work of cruise ship crews is carried out entirely on board the ship and is not directly related to the vessel.

As Campos³⁹ points out, within sea cruises it is possible to identify different classes of crew. The crew members are the ones who work in the tasks related to the vessel and the non-crew members (staff), who work in the support tasks on board the ship. However, all sea cruise workers must have STCW (Training and Certification requirements of the International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers 1978) certification.

Still according to Campos⁴⁰, based on ILO conventions 92 and 133, all cabins and sanitary facilities used by workers must be dimensioned and separated by gender, however, the employer may

³⁹ CAMPOS, op. cit. p. 562.

⁴⁰ Idem. p. 564.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

offer, if available, a double cabin, if the marriage or stable union between these workers are proved to the employer.

In addition, as already punctuated previously, according to ILO conventions 108 and 185, all ship workers must have the identification of a maritime worker, allowing their free disembarkation and transit in the ports where the vessel will pass in the course of their itinerary.

Also, all professionals who conduct any type of activity on sea cruises must have minimum knowledge of safety on ships, as well as survival training at sea.

Therefore, it appears that the workers of tourist ships, in addition to exercising an important economic activity for the development of the world tourism sector, they have some similarities with the “seafarers”, who exercise remunerated activities on merchant ships.

However, the main difference that stands out between these two types of professionals is their habituality. It is known that maritime workers on merchant ships conduct their professional activity usually, while many tourist ship professionals conduct their activities temporarily, however, this is not the rule, as it is seen that several professionals remain in the exercise of this profession constantly.

Conclusions

Finally, it has been shown that there are similarities between cruise ship workers and merchant ship professionals. However, there is still an instrumental differentiation between their professional framework because some understands that only those who work directly with the vessel or the cargo on board are related to maritime work.

It was seen in the course of the article that there are several ILO conventions that protect maritime workers and that can also be related to professionals in tourist ships, such as ILO conventions 92, 108, 133 and 185.

The purpose of this chapter itself is not to put the two professional categories on the same level of equality, but rather to demonstrate that they have important similarities, which allows them to have the same professional framework.

Therefore, it is understood that it is possible to professionally class the cruise ship workers as maritime workers or “seafarers”, given that structural similarities were verified during the chapter that make it possible to conceptualize cruise ship crew members as seafarers’ workers.

References

BRAMANTE, Ivani Contini. **Maritime labor contract in ILO conventions**, 2019. Available at: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/162916>.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Sea cruises: national and international standards applicable to labor relations**. Centro Universitário IESB, 2018. Available at: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/58744475/Rev-Direito-Trabalho-Sociedade-v-5-n5-2018-220190329-37114-1ui4me3.pdf?1553898637=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DCENTRO_UNIVERSITARIO_IESB_PROGRAMA_DE_PO.pdf&Expires=1603083218&Signature=bPvf6uJ3ildwbBBrVsa-P2UtAzNt0iofuG1E1Tqtq38fUFRa0z6Q~2MurCDOR9DppTzdGpTMY1G5YvvzBl235JahVM9z2j8Hse1VVvPlqsnOnGE3n6Oq7MFWln7DIBNLqdkrmKeHSj68hHhohHG~jPJ50kbcgvksZD2GbpsWyoPzFPti6h0hi6yiQNMccsmsSsxzjBNhy9ql-e0s6yYVSSZvdbPQQFr-ZcvRSs8rBG26p82ptVo3epyQkx~oODu8~ZtW3uq6YyjhQhyNiQFbaQUTqyRT5Qz76MCx00YRaWmuypAmngECNQWWpTdKmCpIFfb6E01ThIT9~7vThLx9iLA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=26.

CALIXTO, Filipa. **The human rights of seafarers: the contribution of the 2006 Maritime Labor Convention**. Doctoral thesis. 2017. Available at: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31962/1/ulfd133560_tese.pdf.

CAMPOS, Ingrid Andrade Zanella; CAMPOS, Igor Zanella Andrade. **Legislation applicable to cruise ship crew: an analysis of the principle of the force of gravity**. Revista Jurídica, v. 4, n. 53, p. 554-574, 2018. Available at: <file:///C:/Users/user/Downloads/3249-371373454-1-PB.pdf>.

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

CHENG, Eugene et al. The Effectiveness of the Maritime Labour Convention's Financial Security Certificates in Resolving Claims for Unpaid Seafarers' Wages. **NUS Centre for Maritime Law Working Paper**, v. 20, n. 01, 2020. Available at: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=108065093065091095006124073075031067032037017041086025023085009065083081064102000030057099100122006004105113088005001071126066116038000015045103081099075090080111089004055022113114066098075008119081068124096071017105118109087105090070097122099088104085&EXT=pdf>

GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Theory and Practice of Maritime Law**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

International Labor Convention (ILO), Convention n. 185 on Seafarers' Identity Documents. Available at: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:C185 .

International Labor Organization (ILO), ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up. Available at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/normativeinstrument/wcms_716594.pdf .

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Maritime Law Course Vol. I: General Theory**. 4th Edition Barueri: Editora Manole, 2013.

MARTINS, Gustavo Barone. **The Maritime Employee Contract and the Conflict of Labor Competence in Space**. In: Adalyson Wagner Sousa de Vasconcelos. (Org.). *The Nature and the Concept of Law*. 2. 1ed. Ponta Grossa: Atena Editora, 2019, v. 2, p. 117-128. Available at: https://www.univille.edu.br/community/novoportal/VirtualDisk.html/downloadDirect/1673220/anais_direito2018.pdf#page=115 .

The Professional Framework for Sea Cruise Workers

PALLIS, Athanasios A.; LEKAKOU, Maria B. **Cruising the Mediterranean Sea: Market structures and EU policy initiatives.** Available at SSRN 882797, 2004. Available in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=882797 .

PEDROSO, Marcelo Fanfa; KÜMMEL, Marcelo Barroso. **The Protection of Maritime Workers Against the Use of Convenience Flag Registrations.** Meritum, Law Magazine of FUMEC University, v. 12, n. 1, 2017.

How to cite:

MORAES, Guaracy do Nascimento; FREIRE E ALMEIDA, Daniel. The Professional Framework for Sea Cruise Workers. **Lawinter Review**, New York, v. 14, n. 01, p. 123-150, 2023, available at: <http://www.lawinter.com/review.htm> .

LAWINTER REVIEW - Volume 14– nº 01 – 2023

LAWINTER REVIEW – New York - ISSN 2153-4020

LAWINTER REVIEW

Law - International Law
International Relations

ISSN 2153-4020

LAWINTER REVIEW

Law - International Law
International Relations

ISSN 2153-4020

LAWINTER WORLD GROUP

The Lawinter World Group is a pioneering open-access review for the publication of knowledge and commentary on Law, International Law, and International Relations.

It has been online and freely available since 2001 (lawinter.com).

Founded to present an opportunity to students access the pedagogical materials of international law, linking cutting edge international law with “today’s classroom”, Lawinter has become a connection center for scholars around the world in various branches of Law and International Relations.

The global reach of Lawinter is achieved through its online presence, the high caliber of its contributors, authors, and editors.

More recently, Lawinter World Group included the publication of Books from Swiss and United States to the world.

Lawinter Review and Lawinter Editions warmly welcome submissions of high-quality, including articles, Books, essays, case-notes, comments, and reviews, which focus on Law, International Law, and International Relations. Lawinter Review and Lawinter Editions publish in English, French, German, Spanish, Italian or Portuguese.

Send all inquiries to:

review@lawinter.com

LAWINTER REVIEW – LAWINTER EDITIONS

New York - Zürich