

Organizadores:

Inês Moreira da Costa
Jorge Luiz dos Santos Leal



CONSTITUCIONALIDADE TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE

2019

Autores

Alexandre Miguel
Álvaro Kalix Ferro
Áureo Virgílio Queiroz
Breno Azevedo Lima
Cleverton Reikdal
Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz
Deyvid Junior Cremasco
Emy Karla Yamamoto Roque
Fábio Roberto de Oliveira Santos
Flávio Henrique de Melo
Francisco Júnior Ferreira da Silva
Gisele Dias de Oliveira Bleggi Cunha
Guilherme Ribeiro Baldan
Henry Sandres de Oliveira
Jaime Leônidas Miranda Alves

Jéssica Cavalcante Santos Silva
José Alberto Oliveira de Paula Machado
José Arimatéia Araújo de Queiroz
Jovanir Lopes Dettoni
Marcilene da Silva
Marcos Alaor Diniz Grangeia
Mário Jonas Freitas Guterres
Marta Luiza Leszczynski Salib
Newton Ramon Cordeiro de Lucena
Stênio Castiel Gualberto
Tomás Daniel Menéndez Rodríguez
Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza
Victor Hugo de Souza Lima
Vinicius de Assis



Poder Judiciário do Estado de Rondônia
Tribunal de Justiça



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE RONDÔNIA - DESDE 1986
Conhecimento a Serviço da Cidadania

Organizadores:

Inês Moreira da Costa
Jorge Luiz dos Santos Leal



CONSTITUCIONALIDADE TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE

2019

Autores

Alexandre Miguel
Álvaro Kalix Ferro
Áureo Virgílio Queiroz
Breno Azevedo Lima
Cleverton Reikdal
Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz
Deyvid Junior Cremasco
Emy Karla Yamamoto Roque
Fábio Roberto de Oliveira Santos
Flávio Henrique de Melo
Francisco Júnior Ferreira da Silva
Gisele Dias de Oliveira Bleggi Cunha
Guilherme Ribeiro Baldan
Henry Sandres de Oliveira
Jaime Leônidas Miranda Alves

Jéssica Cavalcante Santos Silva
José Alberto Oliveira de Paula Machado
José Arimatéia Araújo de Queiroz
Jovanir Lopes Dettoni
Marcilene da Silva
Marcos Alaor Diniz Grangeia
Mário Jonas Freitas Guterres
Marta Luiza Leszczynski Salib
Newton Ramon Cordeiro de Lucena
Stênio Castiel Gualberto
Tomás Daniel Menéndez Rodríguez
Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza
Victor Hugo de Souza Lima
Vinicius de Assis

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-93418-07-5



Poder Judiciário do Estado de Rondônia
Tribunal de Justiça



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE RONDÔNIA - DESDE 1986
Conhecimento a Serviço da Cidadania

Diretor da Emeron
Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia

Vice-Diretor
Juiz Guilherme Ribeiro Baldan

Secretário Geral
Alberto Ney Vieira Silva

Expediente

**Coordenador do Comitê
de Redação Científica/Cepeg**
Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa

Organizadores
Inês Moreira da Costa
Jorge Luiz dos Santos Leal

Comitê Científico
Arlen José Silva de Souza
Audarzean Santana da Silva
Dúlia Sgrott Reis
Inês Moreira da Costa
Johnny Gustavo Cledes
Jorge Luiz dos Santos Leal

Revisão
Ana Rosa Frazão Paiva

Capa/ Projeto Gráfico
Ronaldo Marcelo Avelino Knypfel
Marcelo de Oliveira Cidade
Assessoria de Comunicação da
Escola da Magistratura-ASCOM

Coordenação de Conteúdo
Eduardo Ribeiro dos Santos
Neuma Oliveira Souto Dória

Créditos

Este e-book foi elaborado a partir da articulação acadêmica para propagação do conhecimento científico em razão da realização, pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON, do I Seminário Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade - Junho de 2019.

A obra atende ao sub-programa de publicação integrante do Programa de Pesquisa, Publicação e Intercâmbio – PPPI da EMERON, instituído pela RESOLUÇÃO Nº 007/2015-PR e suas alterações.

Bibliotecária responsável: Julia Cristina A. Meinhardt Queiroz CRB11a 1027

C758 Constitucionalidade transnacionalidade e sustentabilidade.--
Porto Velho - RO : EMERON, 2019.
228 p.

Vários Autores

ISBN 978-85-93418-07-5

1. Direito Ambiental. 2. sustentabilidade da Amazônia. 3.
Amazonia. I.Costa, Inês Moreira da. II.Leal, Jorge Luiz dos Santos. III. Título.

CDD: Ed. 23 -- 344.046

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NO CONTEXTO DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.....	9
Álvaro Kalix Ferro Áureo Virgílio Queiroz	
CONTRIBUIÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA PRESERVAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DO REGIME DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA SUSTENTABILIDADE EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO	24
Cleverton Reikdal	
IMPACTOS DA ATUAÇÃO DOS CEJUSC'S NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	36
Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz	
GOVERNANÇA JUDICIAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA.....	50
Deyvid Junior Cremasco Tomás Daniel Menéndez Rodríguez	
DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS NA JUSTIÇA COMUM E O (IN)ACESSO À JUSTIÇA	66
Emy Karla Yamamoto Roque	
AUSÊNCIA DE AMPARO JURÍDICO AOS DESLOCADOS AMBIENTAIS: DESAFIOS PARA O DIREITO À SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL	78
Fábio Roberto de Oliveira Santos Jéssica Cavalcante Santos Silva	
DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INCLUSIVA: O PAPEL DO PROFESSOR MEDIADOR...	91
Flávio Henrique de Melo Marcilene da Silva	

O PODER JUDICIÁRIO NA ERA NEOCONSTITUCIONALISTA: A IMPORTANTE MISSÃO DE PROTEÇÃO ÀS MINORIAS E A RELEVÂNCIA DA SUA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA	99
---	----

Gisele Dias de Oliveira Bleggi Cunha

<i>THE PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE</i> E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	111
---	-----

Henry Sandres de Oliveira
Guilherme Ribeiro Baldan

O PERFIL CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA SOB A PERSPECTIVA DAS ONDAS RENOVATÓRIAS DO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	123
--	-----

Jaime Leônidas Miranda Alves

SUSTENTABILIDADE: A NOVA PERSPECTIVA DA ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA PARA COMPRAS PÚBLICAS.....	135
---	-----

José Arimatéia Araújo de Queiroz
Francisco Júnior Ferreira da Silva

A DISFUNCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL EM FACE DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	148
--	-----

Marcos Alaor Diniz Grangeia
Alexandre Miguel

ENGENHARIA SOCIAL TRANSNACIONAL E SUSTENTABILIDADE: UMA REVISÃO DA LITERATURA	160
---	-----

Mário Jonas Freitas Guterres

<i>UNDERCRIMINALIZATION</i> E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	174
---	-----

Newton Ramon Cordeiro de Lucena
José Alberto Oliveira de Paula Machado

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DISCURSOS DE ÓDIO A PARTIR DA CONCEPÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONSTITUCIONAL.....	184
---	-----

Breno Azevedo Lima
Stênio Castiel Gualberto

GLOBALIZAÇÃO DO RIO MADEIRA, DESLEGITIMAÇÃO E DESTERRITORIALIZAÇÃO DAS COMUNIDADES RIBEIRINHAS.....	193
---	-----

Jovanir Lopes Dettoni
Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza

A DIMENSÃO SOCIAL DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE E AS OCUPAÇÕES DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.....	206
---	-----

Victor Hugo de Souza Lima

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E AS NORMAS ALUSIVAS À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA: UMA ANÁLISE À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO	217
--	-----

Vinicius de Assis
Marta Luiza Leszczynski Salib

APRESENTAÇÃO

A Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - Emeron apresenta à comunidade acadêmica os Anais do I Seminário de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade, realizado em junho de 2019.

Esta obra, fomentada e organizada pelo Centro de Pesquisa e Publicação Acadêmica – Cepep da Emeron, reúne as pesquisas apresentadas no evento que congregou discentes do Programa de Doutorado em Ciência Jurídica (PDCJ – DINTER), do Programa de Mestrado Profissional Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça (PPG/DGHJUS) e da comunidade em geral e busca aprofundar os estudos acerca de temas vitais para compreender a complexidade do mundo contemporâneo, especialmente em questões de natureza ambiental, social, de grupos minoritários, dentre outros.

O Seminário foi dividido em quatro grupos de trabalho, que foram coordenados pelos Professores Doutores Inês Moreira da Costa, Jorge Luiz dos Santos Leal, Audarzean Santana da Silva e Mestra Duília Sgrott Reis, e do qual apresentam os 18 artigos que compõem estes Anais. Cada Grupo de Trabalho (GT) debateu e apresentou à comunidade resultados de pesquisas científicas sobre problemas contemporâneos nos seguintes eixos: Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade, com as seguintes temáticas:

GT 1 – Direito e Sustentabilidade

Sustentabilidade: a nova perspectiva da Administração Judiciária para compras públicas (José Arimatéia Araújo de Queiroz e Francisco Júnior Ferreira da Silva).

O poder judiciário na era neoconstitucionalista: a importante missão de proteção às minorias e a relevância da sua função contramajoritária (Gisele Dias de Oliveira Bleggi Cunha).

A dimensão social do princípio da sustentabilidade e as ocupações de áreas de preservação permanente (Victor Hugo de Souza Lima).

Ausência de amparo jurídico aos deslocados ambientais: desafios para o direito à sustentabilidade socioambiental (Fábio Roberto de Oliveira Santos e Jéssica Cavalcante Santos Silva).

GT 2 – Governança e Transnacionalidade

Contribuição da função social da empresa na preservação das características do regime democrático de direito e da sustentabilidade em tempos de globalização (Cleverton Reikdal).

Globalização do Rio Madeira, deslegitimação e desterritorialização das comunidades ribeirinhas (Jovanir Lopes Dettoni e Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza).

Engenharia social transnacional e sustentabilidade: uma revisão da literatura (Mário Jonas Freitas Guterres).

Governança Judicial no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (Deyvid Junior Cremasco e Tomás Daniel Menéndez Rodríguez).

The principles of transnational civil procedure e sua (in)compatibilidade com o Código de Processo Civil de 2015 (Henry Sandres de Oliveira e Guilherme Ribeiro Baldan).

GT 3 – Principiologia Constitucional e Política do Direito

Grupo reflexivo para homens: aplicação do princípio da fraternidade no contexto de enfrentamento da violência doméstica e familiar (Álvaro Kalix Ferro e Áureo Virgílio Queiroz).

Direito fundamental à educação inclusiva: o papel do professor mediador (Flávio Henrique de Melo e Marcilene da Silva).

O princípio da dignidade da pessoa humana e os discursos de ódio a partir da concepção do estado democrático de direito constitucional (Breno Azevedo Lima e Stênio Castiel Gualberto).

O princípio da eficiência e as normas alusivas à responsabilidade civil do Estado na terceirização trabalhista: uma análise à luz do neoconstitucionalismo (Vinicius de Assis e Marta Luiza Leszczynski Salib).

GT 4 – Acesso à Justiça e Jurisdição

A disfuncionalidade do Supremo Tribunal Federal em face da segurança jurídica (Marcos Alaor Diniz Grangeia e Alexandre Miguel).

O perfil Constitucional da Defensoria Pública sob a perspectiva das Ondas Renovatórias do acesso à Justiça no Estado Constitucional (Jaime Leônidas Miranda Alves).

Undercriminalization e a improbidade administrativa (Newton Ramon Cordeiro de Lucena e José Alberto Oliveira de Paula Machado).

Demandas previdenciárias na Justiça Comum e o (in)acesso à Justiça (Emy Karla Yamamoto Roque).

Impactos da atuação dos Cejusc's na prestação jurisdicional (Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz).

Ante a relevância dos temas abordados, temos a convicção de que a Emeron está contribuindo sobremaneira para o desenvolvimento de importantes reflexões, em seu objetivo de favorecer o ensino, a pesquisa e a extensão, e é com grande satisfação que convidamos o leitor a participar do debate proposto neste e-book.

Porto Velho (RO), julho de 2019

Juíza Inês Moreira da Costa
Coordenadora do Cepep/Emeron

GRUPO REFLEXIVO PARA HOMENS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NO CONTEXTO DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Álvaro Kalix Ferro¹
Áureo Virgílio Queiroz²

RESUMO: A fraternidade é um tema que aos poucos vem ganhando o espaço devido nas rodas de discussão mundo afora sobre o futuro das relações humanas. No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou-a como princípio no seu “Preâmbulo” e implicitamente em dispositivos constitucionais. Por sua vez, a violência doméstica e familiar contra a mulher é uma forma de violação dos Direitos Humanos e o seu enfrentamento requer a disponibilização de políticas públicas, inclusive voltadas ao agressor, como forma de responsabilização e reeducação, tais quais previstas na Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha. Com efeito, entende-se que buscar uma mudança frente ao atual quadro de violência contra a mulher é responsabilidade de todos. A partir disso, por meio do Juizado de Violência Doméstica da Comarca de Porto Velho, é desenvolvido um projeto que não apenas tem como objetivo a proteção à mulher vitimizada, mas também a importância de trabalhar com o autor da violência. Nessa perspectiva, este artigo tem como objetivo tecer algumas reflexões sobre a inserção dos agressores nos Grupos Reflexivos de enfrentamento da violência doméstica e familiar, tendo o princípio da fraternidade como conteúdo imanente ao seu reconhecimento jurídico.

Palavras-chave: Fraternidade. Grupo Reflexivo. Constituição Federal. Violência doméstica.

ABSTRACT: Fraternity is a topic that has gradually gained the space it has owed on the wheels of discussion around the future of human relations. In the case of Brazil, the 1988 Federal Constitution enshrined it as a principle in its “Preamble” and implicitly in constitutional provisions. On the other hand, domestic and family violence against women is a form of human rights violation and their confrontation requires the availability of public policies, including those directed towards the aggressor, as a form of accountability and re-education, as provided for in Law 11.340 / 2006, the Maria da Penha Law. In fact, it is understood that seeking change in the current context of violence against women is everyone’s responsibility. Hence, through the Domestic Violence Court of the District of Porto Velho, a project is developed that not only aims to protect victimized women, but also the importance of working with the perpetrator of violence. In this perspective, this article aims to make some reflections on the insertion of

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal do Estado de Rondônia (DHJUS-UNIR-EMERON). Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado de Rondônia.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado de Rondônia.

aggressors in the Reflective Groups to confront domestic and family violence, with the principle of fraternity as content immanent to its legal recognition.

Keywords: Fraternity. Reflective Group. Federal Constitution. Domestic violence.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto principal os Grupos Reflexivos de homens autores de violência contra as mulheres e o Princípio da Fraternidade. Seu objetivo é demonstrar que há correlação entre a fraternidade como categoria jurídica e o grupo reflexivo de homens no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nesse sentido o problema que norteará as informações aqui elencadas, buscará indagar se, no enfrentamento à violência de gênero contra a mulher, os grupos reflexivos de homens possibilitam a construção de uma sociedade fraterna.

A partir do problema de pesquisa assim colocado, a hipótese que se apresenta refere que é possível estabelecer a construção de relacionamentos mais equitativos com as mulheres por parte de homens que, apesarem de praticarem violência de gênero contra a mulher, participam de grupos reflexivos.

Este texto está dividido em dois capítulos. No primeiro, parte-se de uma análise histórica das desigualdades entre homens e mulheres no Brasil e do movimento feminista no Brasil no fim do século XIX e início do XX. Em seguida, tece-se considerações sobre a Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. Encerra-se com a abordagem da violência de gênero contra a mulher e os grupos reflexivos.

No capítulo posterior, falar-se-á sobre a fraternidade como categoria jurídica e a importância desse debate na contemporaneidade. Parte-se de uma análise da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e do ordenamento jurídico brasileiro, mormente do preâmbulo e de dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Para enfrentamento do tema, a metodologia empregada, na fase de investigação³, foi o método indutivo⁴; na fase de tratamento dos dados, o método cartesiano⁵; e o relatório dos resultados expresso no presente Artigo é composto na base lógica indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente⁶, da categoria⁷, do conceito operacional⁸ e da pesquisa bibliográfica⁹.

3 “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

4 “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica. p. 104.

5 Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. A monografia jurídica. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

6 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica. p. 62.

7 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica. p. 31.

8 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica. p. 45.

9 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica. p. 239.

1. GRUPOS REFLEXIVOS DE HOMENS

1.1 Desigualdades entre homens e mulheres no Brasil: contexto histórico

Tratando da masculinidade, Nolasco¹⁰ afirma que a violência tem sido reconhecida, durante séculos, como referência dessa masculinidade e usada como ferramenta pela qual o sujeito se sentia reconhecido como homem. No decorrer da História, segundo Nolasco, a conquista pelo uso da força física vem se esvaindo, mas continua a ser identificada com potencial de dano. O culto à masculinidade é reproduzido em legislações de diversos povos, inclusive no Brasil, desde à época em que colonizado.

O Brasil foi colônia de Portugal, entre os anos de 1532 e 1822, ou seja, desde a primeira expedição oficial até à proclamação da independência, tendo forte influência em nossa legislação, pois era quem implementava as regras e ditava os costumes a serem seguidos pelos moradores da Colônia. Nesses 290 anos, o Brasil foi submetido especialmente às Ordenações Filipinas¹¹ que, em seu Título XXXVIII, garantia ao marido, dentre outros despautérios, o direito de matar a mulher caso a apanhasse em adultério, ou por mera suspeita ou boato. Não havia regra com a mesma consequência se o adúltero fosse o marido.

A violência contra a mulher, no Brasil, tem forte relação com essa tradição de cultura patriarcal, desenvolvida a partir da colonização, donde havia a naturalização da condição de submissão total da mulher. “O marido, pai e demais figuras masculinas de autoridade exerciam o poder sobre as mulheres, controlando suas vidas e limitando a sua esfera de vida ao ambiente doméstico (DEL PRIORE, 2011, p. 160, apud MELLO, 2018)”¹².

Com a Proclamação da Independência, o Brasil deixou de ser colônia portuguesa e necessitou de legislação própria. Em 1830, então, foi editado o Código Criminal do Império¹³, em vigor após a sua impressão, em 1831. Houve mudanças relevantes, tal qual no tocante à possibilidade de o marido poder matar a esposa apanhada em adultério. Apesar disso, algumas desigualdades persistiram, a exemplo: se o marido mantivesse uma relação duradoura com uma amante, isto não seria considerado um adultério, mas um concubinato (art. 250 e segs. do Código Criminal de 1830), sem previsão, é claro, de reciprocidade com relação à mulher.

Com a vigência do Código Civil de 1916¹⁴, esta circunstância passou a ser considerada adultério, fosse do marido ou da mulher, trazendo-o, inclusive, como causa passível de desquite. Porém, este Código ainda continha severas desigualdades de tratamento entre homens e mulheres em sua redação originária, que considerava a mulher casada como relativamente capaz¹⁵.

Afora isso, a mulher só conquistou o direito ao voto com a aprovação do Código

10 NOLASCO, Sócrates. De Tarzan a Homer Simpson, banalização e violência masculina em sociedades contemporâneas ocidentais. Rio de Janeiro: Rocco, 2001, p. 33.

11 Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/tabelas/ordenacoes/1-274-103-1451-04-05-38.pdf>. Acesso em 11 set. 2018 e em 6.6.2019.

12 MELLO, Adriana Ramos. Feminicídio. Uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 86.

13 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acessado em 6.6.2019

14 Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publica_caooriginal-1-pl.html. Acessado em 6.6.2019.

15 CAMPOS, Amini Haddad. CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Direitos Humanos das Mulheres. Curitiba: Juruá, 2007, p. 72.

Eleitoral em 1932 (Decreto 21.076 de 24 de fevereiro de 1932)¹⁶. Em 1962 adveio, em resposta ao tratamento discriminatório do Código Civil de 1916, o Estatuto da Mulher Casada¹⁷, baseado na orientação da Organização dos Estados Americanos (OEA), na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Cíveis da Mulher, o qual trouxe alguns avanços.

Em que pesem os avanços legais, o costume de matar a esposa em nome da honra - e de assim se defender nos Tribunais - ainda perduraria por algum tempo.

1.2 O MOVIMENTO FEMINISTA NO BRASIL NO FIM DO SÉCULO XIX E INÍCIO DO XX

No idos de 1970, intensificaram-se os movimentos feministas no mundo e também no Brasil. Surgiram muitas denúncias de casos de violência contra as mulheres e a temática, antes adstrita ao meio privado, se tornou pública. Foi o que ocorreu no caso do assassinato da atriz Ângela Diniz, em 30 de dezembro de 1976, por seu namorado Doca Street, no Balneário Armação dos Búzios-RJ, após o rompimento da relação por parte da vítima¹⁸. No primeiro julgamento, houve absolvição sob a tese defensiva de legítima defesa da honra de ter matado por amor, ocasionando intensa mobilização pública que reivindicava o fim da violência contra a mulher com o slogan “quem ama não mata”. A acusação recorreu da absolvição e, em novo julgamento, houve a condenação de Doca Street a 15 anos de prisão.

Todo esse movimento social, trouxe a debate público a violência contra a mulher e a exigência de políticas apropriadas ao seu enfrentamento e, como resultado mais visível, proporcionou a criação e instalação das Delegacias de Atendimento Especializado à Mulher (DEAM), visando um tratamento mais condizente à mulher vítima¹⁹.

O movimento também esteve fortemente organizado na Constituinte²⁰, a ponto de serem credenciados alguns grupos que participaram ativamente de comissões, consoante afirma SARTI²¹, recebendo o cognome de *lobby do batom* e gerando significativa sugestão que foi contemplada na CF, isto é, o §8 do artigo 226²².

Esse dispositivo constitucional possibilitou, mais tarde, a edição da Lei 11.340/2006²³, apelidada de Lei Maria da Penha, uma das melhores e mais completas do mundo, segundo a ONU. Baseado nesse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de

16 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em 6.6.2019.

17 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acessado em 6.6.2019.

18 ELUF, Luiza Nagib. A paixão no banco dos réus. Casos passionais e feminicídio: de Pontes Visguario a Mizaél Bispo de Souza. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91.

19 RIFIOTIS, Theophilos. Violência, Justiça e Direitos Humanos: reflexões sobre a judicialização das relações sociais no campo da “violência de gênero. Cadernos Pagu. Print version ISSN 0104-8333. On-line version ISSN 1809-4449. Cad. Pagu n. 45. Campinas Dec. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201500450261>.

20 BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Em Busca do Tempo Perdido Mulher e políticas públicas no Brasil 1983-1993. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, p. 38, jan. 1994. ISSN 1806-9584. Em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16092/14636>. Acesso em: 24.3.2019 e em 6.6.2019.

21 SARTI, Cynthia Andersen. Feminismo no Brasil: uma trajetória particular. Cadernos de Pesquisa, São Paulo (64) pp. 38-47, fev. 1988. ISSN: 0100-1574. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/1182/1188>. Acesso em 24 mar. 2019 e em 6.6.2019.

22 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 6.6.2019.

23 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acessado em 6.6.2019.

Inconstitucionalidade (ADI) 4424 e na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19²⁴, reconheceu a total constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

1.3 A CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ E A LEI MARIA DA PENHA

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994)²⁵, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1º de agosto de 1996, pelo Decreto Presidencial n. 1.973.

Das várias obrigações dela decorrentes, destaca-se a exigência de imediata edição de normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará, art. 7). Com base nessa Convenção, houve peticionamento conjunto das entidades CEJIL-Brasil (Centro para a Justiça e o Direito Internacional) e o CLADEM-Brasil (Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, denunciando a violência contra as mulheres no Brasil e, especialmente, o caso Maria da Penha, recebendo a denominação de Caso 12.051

Em 2001, em decisão inédita²⁶ por se tratar de um caso de violência doméstica e familiar contra uma mulher, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil por negligência e omissão, considerando-se responsável por ter falhado com o dever de observância das obrigações por ele assumidas quando da ratificação da Convenção de Belém do Pará. Essa condenação, diga-se, deu ensejo à Lei 11.340/2006, cujo cognome é o da Maria da Penha, que trata da proteção integral à mulher vítima de violência doméstica e familiar, com alguns dispositivos penais, mas também com normas programáticas, consubstanciadas em diretrizes a serem seguidas por órgãos estatais e pela sociedade.

A Lei Maria da Penha trouxe a possibilidade de inserção dos homens autores de violência em cursos de responsabilização e reeducação.

1.4 A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER E OS GRUPOS REFLEXIVOS

Como visto antes, a violência de gênero decorre especialmente de uma construção histórica e cultural. Em recente pesquisa do Instituto Avon-Locomotiva denominada “O Papel do Homem na Desconstrução do Machismo (2016)”²⁷, se extrai:

88% (p. 7) acham que existe desigualdade entre homens e mulheres;
87% (p. 11) consideram que ao menos parte da população é machista; 48% (p. 19) não admitem que o homem cuide da casa e a mulher trabalhe fora;
61% (p. 9) consideram que a mulher que se deixou fotografar também tem culpa quando um homem compartilha suas imagens íntimas sem autorização;
27% (p. 9) acreditam que, em alguns casos, a mulher também pode ter culpa por ter sido estuprada.

24 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827>. Acessado em 6.6.2019

25 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acessado em 6.6.2019

26 Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. Em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acessado em 15.9.2018 e em 6.6.2019.

27 Disponível em: https://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2016/12/Pesquisa-FSM_2016.pdf. Acesso em: 28 fev. de 2019.W

Os dados revelam a percepção quanto à desigualdade de gênero e a de que parte da população é machista, mas reproduzem estereótipos nitidamente discriminatórios.

Noutra pesquisa, denominada “Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Públicos e Privados”²⁸, em 2010, os homens, ao responderem ao que os levou à prática da última violência, deixam transparecer, nitidamente, essa ideia de desigualdade gênero: “a) 40% dos homens afirmam que como controle de fidelidade; b) 17% dos homens dizem que por afirmação de autonomia.”.

A questão cultural é também objeto de fala da biofarmacêutica Maria da Penha, que empresta seu nome à Lei 11.340/2006 a título de cognome, quando afirma:

O homem e a mulher são produtos da sua educação, do amor e dos valores éticos e morais que lhes são ministrados na infância. As conquistas da mulher ao longo dos anos só serão solidificadas se forem transmitidos de geração em geração os princípios de uma educação igualitária, com liberdade de expressão das emoções humanas (FERNANDES, 2012)²⁹.

O aspecto cultural é relevante, segundo Caroline Espínola³⁰, quando, ao tratar da legislação espanhola, semelhante à brasileira, afirma: “Tanto quanto viver, educar é preciso!”. Por outro lado, Guimarães e Diniz³¹ afirmam que a violência conjugal é um dos crimes com mais elevadas taxas de reincidências.

Visando à desconstrução da masculinidade tóxica e recidiva, foram criados os grupos reflexivos, cujas experiências iniciais com homens apontados como autores de violência contra as mulheres ocorreram no fim da década de 1970 e início de 1980 nos Estados Unidos e Canadá³². Essas iniciativas serviram de base a outros programas desenvolvidos na Europa, África, Ásia, Oceania, e são apontadas como práticas promissoras para contenção e enfrentamento à violência contra as mulheres. A partir dos anos 1990, o desenvolvimento de políticas públicas, projetos, programas e ações envolvendo os homens e as relações de gênero tiveram ampliação na América Latina.

A seu turno, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2003, lançou um relatório³³ em que mapeou grupos educativos e terapêuticos para homens autores de violência contra as mulheres e concluiu que as avaliações dos programas existentes nos Estados Unidos e Reino Unido apontaram que, dos homens que completam todo o cronograma de atividades, 50% a 90% permanecem não violentos por seis meses a três anos.

No Brasil, antes da Lei Maria da Penha (2006), as iniciativas com Grupos Reflexivos

28 Disponível em: <http://www.sesc.com.br/mulheresbrasil/pesquisa.html>, p. 482. Acessado em 5.6.2019.

29 FERNANDES, Maria da Penha Maia. Sobrevivi... Posso contar. 2 ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

30 ESPÍNOLA, Caroline. Dos Direitos Humanos das Mulheres à Efetividade da Lei Maria da Penha. Curitiba: Appris Editora, 2018, p. 160.

31 GUIMARÃES, Fabrício Lemos; DINIZ, Gláucia Ribeiro Starling. Masculinidades, duplo-vínculo e violência conjugal contra a mulher, p. 583. In: MULHERES E VIOLÊNCIA – interseccionalidades. Brasília: Technopolitik, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201500450261>. Acesso em: 24.3.2019 e em 6.6.2019.

32 CORSI, Jorge. Programas de intervención com hombres que ejercen la violencia. Fundación Mujeres, s/a. Disponível em: <http://tiva.es/articulos/Intervenciones%20con%20hombres.pdf>. Acesso em: 15.9.2018 e em 6.6.2019.

33 No relatório, relata-se: “A pesquisa de avaliação indica que os programas de intervenção do agressor são pelo menos modestamente bem-sucedidos na prevenção de novos abusos cometidos por agressores (Gondolf, 2002; Saunders, 1996). As revisões das avaliações dos programas de intervenção de agressores dos EUA e do Reino Unido descobriram que cerca de 50% a 90% das pessoas que completam os programas permanecem não violentas por períodos de acompanhamento de seis meses a três anos (Eisikovits & Edleson, 1989; Rosenfeld, 1992; Tolman & Bennet, 1990).” In WHO, 2003. Intervening with Perpetrators of Intimate Partner Violence: a Global Perspective.

de homens eram pontuais e os trabalhos tinham conteúdo mais amplo, não apenas ligado à violência doméstica e familiar (Instituto Papai, em Recife; Instituto Pró-Mundo, no Rio de Janeiro). Grupos Reflexivos mais específicos à violência foram identificados em São Paulo (Pró-Mulher, Família e Sociedade); Rio de Janeiro (Instituto Noos, Instituto Iser e Zuzu Angel) e Minas Gerais (Instituto Albam).

A partir da Lei Maria da Penha, que possui artigos que fazem referências a centros de educação e de reabilitação para os agressores, o atendimento ao homem autor de violência passou a ter maior destaque. O artigo 35, inciso V, da Lei Maria da Penha diz que a União, os Estados e Municípios poderão criar centros de reabilitação para os agressores, ao passo que o seu artigo 45 introduz um parágrafo único no art. 152 da Lei de Execuções Penais, para o fim de possibilitar, estando o apenado a cumprir pena restritiva de limitação de fim de semana, possa ser inserido em programa de recuperação e reeducação.

Relevante destacar que o trabalho com homens autores de violência tem sido realizado pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Porto Velho desde 2009, ou seja, o Projeto Abraço³⁴. A inserção ocorre em três momentos: a) quando da prisão em flagrante e se concede a liberdade condicionada ao seu comparecimento ao Projeto Abraço (art. 319 do Código de Processo Penal); b) a título de medida protetiva de urgência (art. 22 e segs. da Lei Maria da Penha) obrigando-se o agressor a seu comparecimento ou; c) por sentença condenatória, na substituição (arts. 44 e segs. do Código Penal) ou como condição de suspensão da pena (arts. 77 e 78 do Código Penal).

Nas sentenças condenatórias, salvo em casos graves, dá-se preferência à substituição ou à suspensão condicional da pena, notadamente em razão dos resultados positivos pela participação no Projeto Abraço e da ausência de Casa de Albergado, o que redundaria, normalmente, em mera presença temporal para assinatura.

Decisões nesse sentido são consonantes com o Manual de Gestão para Alternativas Penais: Medidas Protetivas de Urgência e demais Serviços de Responsabilização para Homens Autores de Violências contra as Mulheres³⁵ que trata das medidas protetivas de urgência para homens e dos serviços de responsabilização, sob o enfoque de não encarceramento, fruto de uma Consultoria entre o Programa das Nações Unidas – PNUD e o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN/MJ.

O não encarceramento denotado pela atitude dos magistrados que atuam no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Porto Velho-RO e o envio dos homens a grupos reflexivos refletem conformidade com o princípio da fraternidade.

34 Fonte: Trabalho de conclusão de curso apresentado por Álvaro Kalix Ferro à Banca Examinadora como exigência parcial na obtenção do título de mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça na área de concentração Direitos Humanos e Acesso à Justiça na Linha de Pesquisa Direitos Humanos e Fundamentos de Justiça pela Universidade Federal de Rondônia, sob a orientação do Professor Doutor Rodolfo de Freitas Jacarandá, em 3.4.2019, sob o título: O PROJETO ABRAÇO E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: RELEVÂNCIA DE UM OLHAR SOBRE O AGRESSOR PARA A DESCONSTRUÇÃO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO, com respectiva aprovação. Projeto Abraço (pg. 16): “Realizado pelo Núcleo Psicossocial (equipe multidisciplinar) do Juizado, o Projeto Abraço, desde a sua criação, visando ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, inseriu na sua metodologia de trabalho os grupos reflexivos, tanto masculinos, quanto femininos. Desses grupos reflexivos participam, em dias diferentes conforme o gênero, tanto as mulheres vítimas, quanto os homens apontados como autores de violência doméstica e familiar contra a mulher”

35 LEITE, Fabiana de Lima. Manual de gestão para alternativas penais: medidas protetivas de urgência e demais serviços de responsabilização para homens autores de violência contra mulheres. Departamento Penitenciário Nacional. Diretoria de Políticas Penitenciárias. Coordenação-Geral de Alternativas Penais. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/modelo-de-gestao/copy2_of_ModelodeGestoparaasAlternativasPenais1.pdf Acesso em 23 nov. 2018, às 18h25.

2 A FRATERNIDADE COMO CONTEÚDO IMANENTE AO RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS GRUPOS REFLEXIVOS DOS AGRESSORES

2.1 A FRATERNIDADE E OS DIREITOS HUMANOS

O termo fraternidade apresenta-se com muitos significados. Todavia, se faz necessário conceituar o que é fraternidade para entender porque ela pode servir como conteúdo imanente ao reconhecimento jurídico dos grupos reflexivos de agressores no contexto da violência doméstica.

No sentido mais primário da palavra, fraternidade é entendida como um ato de amor ao próximo, respeito mútuo, ou ainda vínculo a uma comunidade ético-religiosa, em especial a cristã, ou também a noção de consanguinidade, laço de parentesco entre irmãos defendida por sociedades secretas, dentre outras definições. Todavia, nesta exposição será apresentada como categorias política e jurídica, abordando neste item o seu caráter político, contextualizando com os direitos humanos.

De pronto, vale assinalar que a noção da fraternidade como categoria política quer traduzir a ideia de que ela constitui um elemento da sociedade política, capaz de integrar os textos das constituições e de influenciar a forma de governo de uma comunidade. É como um referencial para fundamentar uma nova forma de convivência política, de organização social, de construção de noções de cidadania, da realização da finalidade do Estado, do enfrentamento dos diversos tipos de conflitos sociais, entre outros aspectos. Não se trata de uma noção estanque, parada, mas sim dinâmica, algo que pode alcançar significados inéditos e ainda não explorados³⁶.

Nessa esteira, a fraternidade, como categoria política, tem suas raízes na Revolução Francesa de 1789, a partir do momento em que é associada a outros princípios, o da liberdade e o da igualdade. Até então, a ideia de fraternidade tinha marca fortemente cristã, dissociada da liberdade e da igualdade e, até mesmo, em lugar delas. Contudo, no curso dessa revolução, a fraternidade não só foi interpretada, mas praticada politicamente com o propósito de construção de um novo Estado, interagindo-se com a liberdade e a igualdade sem se colocar no lugar de um ou outro conceito³⁷.

Assim, a fraternidade em meio à revolução francesa teve um cunho jurídico e político. Porém, enquanto a liberdade e a igualdade prosperaram na condição de categorias políticas e jurídicas, a fraternidade permaneceu por certo tempo esquecida. Posteriormente, reaparece com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em razão dos acontecimentos que envolveram os dois conflitos mundiais do século XX e as ideologias nazista e fascista.

Com efeito, seu resgate foi importante porque, no âmbito internacional dos direitos humanos, a fraternidade tem uma aplicabilidade evidente no sentido de exigir que os Estados agem de forma a respeitá-los, protegê-los e realizá-los sem discriminação³⁸. Para tanto, o

36 SILVA, Ildete Regina Vale da, BRANDÃO, Paulo de Tarso. Constituição e fraternidade: o valor normativo do preâmbulo da constituição. Curitiba: Juruá, 2015, p. 172

37 BAGGIO, Antonio Maria. O Princípio Esquecido/1. Editora Cidade Nova: São Paulo, 2008, p. 7-8.

38 BUONUOMO, Vincenzo. Em busca da fraternidade no Direito da comunidade internacional. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CURY, Munir; CURY, Afife et al (org.). Direito & Fraternidade. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 36.

respeito se materializa quando o Estado abstém de atitudes e posturas que limitem os direitos humanos ou os neguem. A *proteção* se fará presente com a adoção de medidas concretas do Estado para evitar que terceiros interfiram no gozo ou na defesa de direitos por cada indivíduo. E, por último, a *realização* se concretiza quando o Estado atua ativamente e coerentemente com as normas estabelecidas, dando efetividade aos direitos humanos sem qualquer forma de discriminação³⁹.

O artigo 1º da referida da Declaração afirma que:

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

O artigo 1º revela, então, a existência de uma responsabilidade fraternal e coloca, numa dimensão universal, os três valores: liberdade, igualdade e fraternidade. Com tal concepção, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 diferencia-se da Revolução Francesa de 1789, posto que, de um lado, reconhece a fraternidade como valor universal na proteção dos direitos humanos em qualquer tempo e lugar; de outro, consagra uma responsabilidade de todos os indivíduos na efetividade dos direitos humanos.

Segundo, ainda, tal perspectiva, o art. 29, em seu parágrafo 1º, dispõe:

Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

O artigo 29, ao enunciar a ideia de que os deveres de todo o ser humano são exercidos em prol da comunidade, indica um dos efeitos práticos da fraternidade, qual seja, a noção de que todo o indivíduo tem consciência de que pode viver dignamente e exercer seus próprios direitos de forma plena. Todavia, isso não pode ser feito de uma maneira exclusivamente individualista e isolada. Ao contrário, a plena realização dos direitos reclama que os respectivos deveres sejam também bem exercidos numa dimensão comunitária, em uma relação de obrigações necessárias, recíprocas e empáticas com outras pessoas⁴⁰.

Sem sombra de dúvida, para se compreender esse comprometimento de todo o indivíduo pela aplicação dos direitos humanos, de modo a conferir uma dimensão universal à fraternidade, há que se entender que o termo comunidade engloba uma responsabilidade mais ampla do que sugere. Ou seja, os deveres de todo o ser humano não são praticados apenas para com o Estado, mas também para com a comunidade a que pertença, bem assim para outras comunidades⁴¹.

Com isso, a partir do exame conjunto dos artigos 1º e 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, note-se que a fraternidade é um princípio que constitui o fundamento e a razão de um ser humano se comportar com a necessidade de ter responsabilidade diante do

39 BUONOMO, Vincenzo. Vínculos relacionais e modelo de fraternidade no direito da Comunidade Internacional. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 167.

40 BUONOMO, Vincenzo. Vínculos relacionais e modelo de fraternidade no direito da Comunidade Internacional. Ob. Cit., p. 170-171.

41 AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 135.

outro, considerando-o, em uma dimensão de interação recíproca⁴². Além disso, a fraternidade traz uma perspectiva de ampliação do rol de sujeitos que potencialmente são responsáveis pela aplicação prática dos direitos humanos. Isto porque não é apenas o Estado que tem essa responsabilidade de defesa e promoção dos direitos contidos na declaração universal. Ela alcança também cada ser humano perante o outro⁴³.

Dessa maneira, sob a perspectiva dos direitos humanos, a fraternidade comporta a compreensão de uma sensibilidade social que cria uma consciência de comprometimento e de responsabilização de todos na efetivação dos direitos fundamentais.

Nessa esteira, os grupos reflexivos representam uma aplicabilidade prática da fraternidade na seara penal. Isto porque a ideia do humanismo está diretamente ligada a essa questão fraterna. Afinal, fraternidade é reconhecer-se no outro. É a alteridade. Portanto, pelo viés da fraternidade, aplica-se o direito de uma forma menos violenta possível.

2.2 A FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A sociedade brasileira se vê diante de questões problemáticas decorrentes de crises econômica, política, social e de princípios. Por um certo tempo, o ordenamento jurídico nacional logrou um certo êxito no combate à opressão e ao arbítrio, mediante a previsão de garantias relacionadas à liberdade e à igualdade.

No campo da violência doméstica e familiar contra a mulher, por exemplo, a Lei 11.340/2006 - Lei Maria da Penha, reafirmando os compromissos firmados na Constituição Federal de reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, conscientiza a sociedade de que a referida violência é um problema de saúde pública e que deve ser combatida pelo Estado. Todavia, tal previsão legislativa somente reforça os direitos individuais e, por si só, não é suficiente para assegurar uma vida em comunidade, pois falta-lhe o valor da fraternidade.

Justifica-se, assim, como corolário da característica universal da Declaração dos Direitos Humanos, o resgate da fraternidade no ordenamento jurídico brasileiro para a construção de um novo paradigma de Justiça. Nesse contexto, é importante salientar que o termo “fraternidade” não figura expressamente na Constituição Federal de 1988. Tal constatação, porém, não pode significar que lhe falte normatividade ou o status de princípio, exatamente porque a sua essência é dada pela qualificação *fraterna* atribuída à Sociedade no texto do seu preâmbulo. Além disso, no âmbito da própria Constituição Federal, existem princípios implícitos, que se deduz pela via da hermenêutica.

Deveras, ao lermos a Constituição do Brasil percebe-se que há um preâmbulo e é nele que emana o princípio da fraternidade como categoria jurídica. Nesse diapasão:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a

42 AQUINI, Marco. Ob. cit., p. 136.

43 AQUINI, Marco. Ob. cit., p. 138-139.

igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A despeito do entendimento jurisprudencial de que o preâmbulo carece de força cogente e não tem força normativa⁴⁴, há que se dizer que ele é a única parte da Carta Magna em que o Poder Constituinte Originário pode falar sobre si mesmo⁴⁵, apresentando os seus valores supremos e revelando os objetivos principais do ordenamento constitucional.

Sob tal perspectiva, o preâmbulo da Constituição Brasileira expressa a ideia para a qual o Estado Constitucional é instituído, a saber, através de representantes reunidos em assembleia. Revela, na sequência, a implantação do Estado Democrático como o tipo de Estado Constitucional do Estado Brasileiro. Anuncia, também, o objetivo do Estado Democrático de Direito que é *"assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça"*. Reconhece, ainda, que esses direitos são *"valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos"*⁴⁶.

Impende ressaltar que a previsão da construção de uma sociedade fraterna no preâmbulo não se trata de mera utopia porque a fraternidade representa um novo critério interpretativo das normas constitucionais para se chegar a melhor solução ao caso concreto.

Além da referência ao preâmbulo, ao se levar em conta a existência de princípios implícitos, a fraternidade encontra-se também evidenciada em dispositivos constitucionais. O primeiro deles é o inciso III, do art. 1º, da Lei Maior, ao estabelecer como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana. Por sua vez, a fraternidade está ligada à expressão *"sociedade livre, justa e solidária"* constante no art. 3º, inciso I. Por fim, o § 2º do art. 5º realça que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federal do Brasil seja parte.

Dessa forma, o princípio da fraternidade é uma realidade incontestável e imprescindível. Na seara penal, a redescoberta da fraternidade é ainda mais emergente. As situações vivenciadas no âmbito da violência doméstica, presente com grande frequência nos noticiários, assustam e tornam a convivência fraterna inatingível. Contudo, mesmo na área penal é possível a construção de um paradigma de justiça que planta e desenvolve a semente de uma sociedade fraterna.

Com efeito, os grupos reflexivos não ignoram as exigências de reparação da ordem violada. Até acentuam essas exigências na perspectiva dos direitos humanos da vítima, restaurando, por fim, os laços fraternos mesmo com o agressor. A pena humanizada não é, em rigor, violência destinada a dominar quem é punido.

44 STF – MS 24.645-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 08.09.2003, decisão monocrático, DJ de 15.09.2003 e STF – ADI 2.076-5/ACRE, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15.08.2002, Plenário, DJ de 08.08.2003.

45 BRITTO, Carlos Aires. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 41.

46 SILVA, Ildete Regina Vale da, BRANDÃO, Paulo de Tarso. Constituição e fraternidade: o valor normativo do preâmbulo. Curitiba: Juruá, 2015, p. 182

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo, dentro do limite a que se propôs, procurou-se analisar a relação entre os grupos reflexivos de homens autores de violência doméstica e o princípio da fraternidade como conteúdo imanente ao seu reconhecimento jurídico.

Assim, no primeiro tópico, revela-se que a violência de gênero contra a mulher tem um aspecto histórico e cultural bastante arraigado, tanto é verdade que desde as primeiras experiências com grupos reflexivos de homens autores de violência contra a mulher a perspectiva de gênero é observada na maioria das vezes. Além disso, a violência contra a mulher, no Brasil, tem forte relação com a tradição de cultura patriarcal. Por conseguinte, a orientação teórica desses grupos reflexivos sob perspectiva feminista e de gênero, tem razão de ser, quando se denota, pelas pesquisas, o machismo ainda muito visível em nossa cultura, consoante se dispôs ao longo deste trabalho.

Em seguida, a análise recaiu sobre a fraternidade e os direitos humanos. Prosseguiu-se com a apresentação da fraternidade como princípio jurídico em virtude de estar previsto na Constituição Federal de 1988 e que, no tocante ao enfrentamento da violência de gênero contra a mulher, propõe a responsabilização do homem, conectada à alteridade.

REFERÊNCIAS

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria. O Princípio Esquecido/1. Editora Cidade Nova: São Paulo, 2008, p. 7-8.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Em Busca do Tempo Perdido Mulher e políticas públicas no Brasil 1983-1993. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, p. 38, jan. 1994. ISSN 1806-9584. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16092/14636>. Acessos em: 24.3.2019 e 6.6.2019.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424 (ADI 4424). Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em 6.6.2019.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 26, de 1963. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-26-25-outubro-1963-346796-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 6.6.2019

BRASIL. Decreto Presidencial n 1.973, de 1 de agosto de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm Acesso em: 6.6.2019.

BRASIL. Lei Federal 11.340/2006 de 7 de agosto de 2006. Brasília-DF, agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm Acesso em: 24 nov. 2018, às 19h11.

BRITTO, Carlos Aires. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUONOMO, Vincenzo. Em busca da fraternidade no Direito da comunidade internacional. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CURY, Munir; CURY, Afife et al (org.). Direito & Fraternidade. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BUONOMO, Vincenzo. Vínculos relacionais e modelo de fraternidade no direito da Comunidade Internacional. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

CAMPOS, Amini Haddad. CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Direitos Humanos das Mulheres. Curitiba: Juruá, 2007.

CORSI, Jorge. Programas de intervención com hombres que ejercem la violencia. Fundación Mujeres, s/a. Disponível em: <http://tiva.es/articulos/Intervenciones%20con%20hombres.pdf>. Acesso em: 15.9.2019 e 6.6.2019.

DEL PRIORE, Mary. Histórias Íntimas. Sexualidade e erotismo na história do Brasil. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2011.

DIÁRIO DAS LEIS. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/tabelas/ordenacoes/1-274-103-1451-04-05-38.pdf>. Acesso em 6.6.2019.

ELUF, Luiza Nagib. A paixão no banco dos réus. Casos passionais e feminicídio: de Pontes Visgheiro a Mizaél Bispo de Souza. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESPÍNOLA, Caroline. Dos Direitos Humanos das Mulheres à Efetividade da Lei Maria da Penha. Curitiba: Appris Editora, 2018.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. Sobrevivi... Posso contar. 2 ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni Mangini. PSICOLOGIA JURÍDICA. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GUIMARÃES, Fabrício Lemos; DINIZ, Gláucia Ribeiro Starling. Masculinidades, duplo-vínculo e violência conjugal contra a mulher, p. 583. In: MULHERES E VIOLÊNCIA – interseccionalidades. Brasília: Technopolitik, 2017. Disponível em:

<http://dx.doi.org/10.1590/18094449201500450261>. Acesso em: 24.3.2019 e 6.6.2019.

LEITE, Eduardo de oliveira. A monografia jurídica. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Fabiana de Lima. Manual de gestão para alternativas penais: medidas protetivas de urgência e demais serviços de responsabilização para homens autores de violência contra mulheres. Departamento Penitenciário Nacional. Diretoria de Políticas Penitenciárias. Coordenação-Geral de Alternativas Penais. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/modelo-de-gestao/copy2_of_ModelodeGestoparaasAlternativasPenais1.pdf Acesso em 23 nov. 2018, às 18h25.

LEITE, Fabiana; LOPES, Paulo Victor Leite (orgs.). Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública. 1 ed. ISER: Rio de Janeiro, 2013.

LIMA, Daniel; BÜCHELE, Fátima; CLIMACO, Danilo de Assis. Homens, Gênero e Violência contra a Mulher. Saúde Soc. São Paulo, v.17, n.2, p.69-81, 2008. Disponível em: https://www.scielo.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/sausoc/v17n2/08.pdf Acessado em: 15 set. 2018, às 20h59min.

MELLO, Adriana Ramos. Feminicídio. Uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2 ed., Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018.

NOLASCO, Sócrates. De Tarzan a Homer Simpson, banalização e violência masculina em sociedades contemporâneas ocidentais. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

RIFIOTIS, Theophilos. Violência, Justiça e Direitos Humanos: reflexões sobre a judicialização das relações sociais no campo da “violência de gênero. Cadernos Pagu. Print version ISSN 0104-8333. On-line version ISSN 1809-4449. Cad. Pagu n. 45. Campinas Dec. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201500450261>.

SARTI, Cynthia Andersen. Feminismo no Brasil: uma trajetória particular. Cadernos de Pesquisa, São Paulo (64) pp. 38-47, fev. 1988. ISSN: 0100-1574. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org>.

br/ojs/index.php/cp/article/view/1182/1188. Acesso em 24.3.2019 e 6.6.2019.

SILVA, Ildete Regina Vale da, BRANDÃO, Paulo de Tarso. Constituição e fraternidade: o valor normativo do preâmbulo. Curitiba: Juruá, 2015.

STF – MS 24.645-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 08.09.2003, decisão monocrático, DJ de 15.09.2003 e STF – ADI 2.076-5/ACRE, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15.08.2002, Plenário, DJ de 08.08.2003.

CONTRIBUIÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NA PRESERVAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DO REGIME DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA SUSTENTABILIDADE EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO

Cleverton Reikdal¹

RESUMO: O poder exercido pelas sociedades empresariais é gerador de propostas políticas, econômicas e jurídicas, com capacidade de fato em criar, modificar e extinguir os direitos, necessitando que seja regulado, não a atividade econômica em si, mas o exercício deste poder. Para tanto, trata-se no artigo um ensaio teórico sobre o equilíbrio destes poderes pautados na função social da empresa no mundo globalizado. Diante das rápidas mudanças que acontecem no mundo globalizado e conectado por redes tecnológicas, apresenta-se a internacionalização da política como forma de aproveitar os aspectos mais positivos da globalização, associada a reestruturação do poder jurídico, para, na exigência da função social das empresas, encontrar um eixo sustentável ao destino dos seres humanos. O artigo identifica e analisa os conflitos das relações de Poder exercidas pelos entes políticos e pelas sociedades empresariais transnacionais, e, ao final, verifica na internacionalização uma forma de permitir a permanência das características do regime democrático de direito neste novo espaço criado pela globalização. O exercício empresarial transnacional na globalização estimula condutas pautadas no lucro e é criador de direito. A nova estruturação política e jurídica é identificada a partir da Terceira via do Estado, proposta de Giddens, por ser uma teoria a refletir este embate dialético, reconhecendo a globalização e o exercício de direito como responsabilidade, o primeiro dito como um fato histórico e inevitável da nova organização política, social econômica e, o segundo, como um bem necessário para o desenvolvimento de uma sociedade solidária. O transnacionalismo pode ser um possível meio para garantir a sustentabilidade requerida pela sociedade, em constante anseio decorrente da crise do Estado Constitucional Moderno.

Palavras-chave: Globalização. Função social da empresa Terceira Via. Transnacionalismo.

ABSTRACT: The power exercised by business societies generates political, economic and legal proposals, with the capacity to create, modify and extinguish rights, requiring regulation, not the economic activity itself, but the exercise of this power. To this end, the article deals with a theoretical essay on the balance of these powers based on the social function of the company in the globalized world. In the face of the rapid changes taking place in the globalized world and connected by technological networks, the internationalization of politics is presented as a way of taking advantage of the more positive aspects of globalization, associated with

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Ensino Superior do Paraná (FESP), Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Rondônia e doutorando em Ciências Jurídicas pela UNIVALI.

the restructuring of legal power, in order to demand the social function of companies, find a sustainable axis to the destiny of human beings. The article identifies and analyzes the conflicts of power relations exercised by political entities and transnational corporations, and, in the end, it verifies in internationalization a way of permitting the permanence of the characteristics of the democratic regime of law in this new space created by globalization. The transnational entrepreneurial exercise in globalization stimulates conduct based on profit and is the creator of law. The new political and juridical structuring is identified from the Third Way of the State, proposed by Giddens, because it is a theory to reflect this dialectical conflict, recognizing globalization and the exercise of law as responsibility, the first said as a historical and unavoidable fact of the new political, social and economic organization, and the second as a necessary asset for the development of a society of solidarity. Transnationalism may be a possible means to guarantee the sustainability required by society, which is constantly awaiting the crisis of the Modern Constitutional State.

Keywords: Globalization. Social function of Third Way. Transnationalism.

INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional Moderno se encontra estruturalmente afetado pela globalização e é insuficiente para fazer frente aos grandes problemas, com a consequente perda de eficácia e legitimidade. A globalização permite um espaço planetário no qual as empresas transnacionais compartilham com os Estados as capacidades e legitimidades políticas, impõem valores de mercado, valores empresariais movidos pelo lucro, tornando, em razão do poder exercido, obsoleto qualquer movimento dos Estados nacionais na manutenção do exercício exclusivo do poder político.

Essas aberturas, ranhuras, que a globalização causa geram impactos às instituições políticas pautadas na lógica institucional moderna, elas não conseguem manter um equilíbrio entre as conquistas dos espaços internacionais e proteger o interno, o que se verifica, portanto, que os caminhos da globalização irão exigir um certo nível de governança transnacionalizada.

Para esta questão, propõe-se um ensaio teórico sobre a possível internacionalização da política como forma de aproveitar os aspectos mais positivos da globalização, bem como associados à reestruturação do poder jurídico, para, na exigência da função social das empresas, o eixo do destino dos seres humanos seja sustentável.

Em regimes democráticos, ainda pautados na dualidade liberal/socialismo, há um objetivo proposto pela terceira via de Giddens (2000) que aposta nos valores democráticos e de responsabilidade pelo exercício dos direitos.

O confronto liberal e social ainda acontece, em especial na disputa pelo poder econômico, de um lado as sociedades empresariais transnacionais reconhecem no Estado uma barreira a ser superada e de outro o Estado impondo limites internos.

A suposta barreira que gera protecionismo interno, impostos, regras trabalhistas exacerbadas, legitima sindicatos, cria leis ambientais restringindo a exploração dos recursos

naturais, protege direitos de consumidores e mitiga a proteção da propriedade privada, e de outro, as pessoas sem controle da produção, os grandes centros urbanos com bolsões de pobreza, pessoas miseráveis, a má distribuição de rendas, os índices de diferença entre os mais ricos e mais pobres aumentando, os riscos ambientais sem controle, direitos trabalhistas sendo reduzidos em face do crescimento econômico.

O poder exercido pelas sociedades empresariais é gerador de propostas políticas, econômicas e jurídicas, com capacidade de fato em criar, modificar e extinguir os direitos, necessitando que seja regulado, não a atividade econômica em si, mas o exercício deste poder. A terceira via do Estado, portanto, pode ser uma teoria a refletir este embate dialético, pois reconhece a globalização e o exercício de direito como responsabilidade, o primeiro dito como um fato histórico e inevitável da nova organização política, social econômica e, o segundo, como um bem necessário para o desenvolvimento de uma sociedade sustentável e solidária.

Giddens, com destaque para uma visão política orientada a democracia, liberdade, justiça, compromisso mútuo e internacionalismo, transcendendo a preocupação com o controle do Estado, com possível superação da obsessão pelo controle interno e rígido da economia pautada numa soberania superada pela visão otimista da globalização com poder social aplicado de forma ativo e participa tório por parte da sociedade, ao frear os poderes destrutivos de um mercado independente e pautado nos princípios neoliberais da sua auto capacidade de regulamentar. Esta perspectiva, ou esta terceira via, pode ser alcançada com o reconhecimento e aplicação de que não há direitos sem responsabilidades, os direitos individuais, de propriedade, de liberdade, devem estar adequados aos pressupostos de responsabilidades sociais, com preocupação ao desenvolvimento regional, preservação cultural e ambiental. Soma-se a este valor, a existência de autoridade pautada na democracia, no Estado democrático de direito, legitimador do procedimento de eleição das formas de exercício do poder.

ABORGADEM METODOLÓGICA

Nesse contexto de recentes desafios legais que ainda esperam por respostas efetivas é que se apresenta, aqui, um breve estudo sobre esse espaço público, político e jurídico transnacional e a importância de sua regulamentação.

A pesquisa se justifica, tendo em vista a necessidade de discussão de um tema atualíssimo com o propósito de contribuir tanto para o mundo acadêmico quanto para a rotina forense. Para se alcançar os objetivos propostos, foi utilizada a pesquisa teórica referente ao tema consistindo na análise de conteúdo dos textos doutrinários e normas, bem como de material já publicado (artigos científicos), contado os aportes teóricos da pesquisa bibliográfica na existência de uma sociedade conectada pelos meios de comunicação, pautadas na sociedade de rede de Manuel Castells (1999), a terceira via de Antony Giddens (1999), os ensaios teóricos de Paulo Marcio Cruz (2003; 2014), o regime democrático proposto pelos estudos de Friedrich Müller, a Função social da empresa e da propriedade privada, em Nesio Nones (mediante os estudos de Fabio Conder Comparato), por fim a Globalização de Milton Santos, Antony Giddens e Celso Albuquerque de Melo.

A seleção das obras, leva em consideração as hipóteses de manifestação de poder político e jurídico das empresas transnacionais e os possíveis efeitos negativos que desta atividade podem surgir, ao reduzir a busca dos interesses gerais em detrimento dos interesses individuais destes grupos, o que afetaria o regime democrático futuro.

GLOBALIZAÇÃO E A SOCIEDADE DE REDE

A globalização, em razão da sua escala planetária, é uma realidade social que leva a uma nova forma de organização política e jurídica, rompendo com conceitos e estruturas liberais e basilares do Estado Constitucional Moderno, como é o caso da soberania absoluta dos Estados. As novas tecnologias contribuem para a formação deste evento globalizado ao proporcionar uma capacidade ilimitada de comunicação sem reconhecer limites e barreiras territoriais, os investimentos financeiros, técnicos, de pesquisa, contribuem para novas soluções de aproximação sejam criados de forma muito rápido, promovendo verdadeiras revoluções no seio social, político, econômico e jurídico.

Os valores que foram impostos pela globalização econômica “apolitizada” e “desteoriada” são os valores do mercado, enquanto que o modelo de conduta é o das estratégias empresariais que se movem pelo lucro, deixando de lado outros padrões éticos e de valores totalmente indispensáveis para a convivência, como são os da gratuidade e da generosidade” (CRUZ, p. 21, 2014).

Podem, estas tecnologias, serem utilizadas na disseminação das informações, na aproximação de diferentes culturas e, também, na velocidade com que os recursos financeiros são migrados de um país para o outro, e, portanto, acabam por modificar as relações que a sociedade possui entre si, entre si e o mercado e entre si e o poder público. Essas relações acabam por ser moldadas no modelo de conduta do próprio desenvolvimento da comunicação, em grande parte, patrocinado pelas empresas multinacionais que se transformam em verdadeiros modelos de conduta.

A práxis deste mercado transnacional, neste sentido, tem capacidade e poder de criar políticas e transformar fatos em direito, o pluralismo da diversidade é manifestado ao integrar diferentes culturas locais neste espaço globalizado, mas, e ao mesmo tempo, existe em conjunto a esta diversidade um poder decorrente do pensamento elitista liberal para que estas culturas se massifiquem e reforcem o modelo de uma prática econômica livre de qualquer interferência e pautada na busca do lucro, deixando padrões de conduta baseadas na solidariedade e generosidade de lado.

Nestes termos Milton Santos (2000, p. 14) aporta a proposta de buscar uma nova globalização “[...] a materialidade que o mundo da globalização está recriando permite um uso radicalmente diferente daquele que era o da base material da industrialização e do imperialismo”. Para modificar a maneira com qual a sociedade se relaciona com as técnicas criadas de transferência do capital, incluindo nestas circulações as propostas de valores humanos, permitindo que exista um acontecimento solidário (Santos, 2000), valorizado e permitindo a integração e existência das culturas na sua individualidade. A solidariedade é

característica *sine quo non* para a criação de um estado transnacional, conforme se verifica em Giddens (2003) e Cruz (2014), ao identificarem que a efetividade destes estados tem um poder político de configuração a partir dos encaminhamentos cooperativos e solidários.

Ademais, Giddens (2003) relaciona a capacidade de ganho e perda do poder econômico com o movimento da globalização, quando esta impele a organização e forma estrutural de como os Estados, nas suas autonomias locais, acumulam e exercem o poder econômico, estes conflitos de vetores de força podem ser identificados pelo (re)surgimento de culturas locais nas demais regiões do globo.

FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS.

As empresas, definidas enquanto a organização habitual e profissional das atividades econômicas para a produção e circulação de bens e serviços, com finalidade de obtenção do lucro, possuem essencial papel no desenvolvimento econômico, social e regional nos ambientes que se encontram em relacionamento. Barbosa (2014) identifica nos empresários, aqueles que exercem a empresa, a primazia desta atividade para atender as necessidades dos consumidores, e com base nesta premissa, identifica essa atividade como essencial à sociedade, criando um elo de dependência entre eles.

Dentro dessa relação de dependência, o que se propõe a questionar é a finalidade de existência destes atores, a sociedade e as empresas, no direito empresarial a função da empresa está atrelada a redução dos seus custos de transação (BARBOSA, 2014), a partir dos estudos de Coase (1937) sobre a natureza da empresa, foi possível retirar a venda que existia entre mercado e estrutura interna das empresas, reconhecendo a partir destes estudos, que as empresas eram, são, portanto, um conglomerado de relações contratuais que buscam economias os custos de transação.

Enquanto, em outro lado, os atores, consumidores, que se relacionam com estas empresas, mediante contratos, tem qual função? Não consigo propor uma resposta exaustiva neste estudo em razão da complexidade dos diversos 'consumidores' que se enquadram nos relacionamentos com as empresas, mas, me proponho, a identificar os consumidores, neste tempo, como os seres humanos presentes na sociedade civil que dependem dos bens produzidos e investem/gastam seus recursos obrigatoriamente com as empresas, haja vista a nítida relação de dependência que o mundo moderno nos impõe. Criando, assim, um pequeno recorte epistemológico para identificar a relação empresa/sociedade.

Na visão de desenvolvimento global e tecnológico, encontramos as empresas sem fronteiras, sociedades empresariais transnacionais que com seu poder econômico e interesse em crescimento, conseguem ocupar diversos territórios nacionais sem ter sede neles, sem ser nacional, perpassando a ideia de multinacional, para uma sede em um determinado país, e ocupando os demais territórios, como se não existissem fronteiras. O papel e poder econômico das empresas transnacionais é evidente "No contexto do atual processo de globalização, a ET é o principal *locus* de acumulação de poder econômico a partir do seu controle sobre ativos específicos (capital, tecnologia e capacidades gerencial, organizacional e mercadológica)."

(GONÇALVES, 2002, p. 225).

São estas grandes organizações, corporações, societárias que exercem e disputam o poder econômico e político em conjunto com o Estado. É possível afirmar, ainda, que a há a capacidade de produção jurídica, de normas de conduta que são incorporadas enquanto enunciados normativos, pelo direito nacional e internacional, e, pela função destas empresas, problemas de integração democrática e republicana surgem:

O problema está na possível incompatibilidade entre a “autodeterminação do Estado” – como reflexo teórico, por sua vez, da vontade da maioria popular soberana – e o poder financeiro e econômico das grandes corporações empresariais. Essa dialética ganha maior intensidade se considerado esse muito debatido fenômeno denominado globalização, que vem confirmar a subordinação do Estado Constitucional Moderno às decisões adotadas nos circuitos econômicos que formam as grandes multinacionais e os mercados financeiros, nos quais o protagonismo está a cargo de instituições bancárias com um considerável nível de independência com relação aos ambientes democráticos. (CRUZ, 2014, p. 37)

Esse papel de identificar, encontrar, um equilíbrio entre a função econômica da empresa, em especial na sua capacidade de criação de normas de conduta, advém da atual realidade econômica e social e as ações sociais das empresas, a qual apresenta como uma sendo mais que uma econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços (NONES, 2002). Tendo em vista que, “No sentido jurídico, a noção de função social da empresa implica um conjunto de ações resultantes de um conjunto de deveres e responsabilidades sociais a serem exercidas pela empresa, no sentido de atender a necessidades específicas.” (NONES, 2002, p. 131). E somado a ideia da globalização de Milton Santos (2002, p. 80)

Não cabe, todavia, perder a esperança, porque os progressos técnicos (...) bastariam para produzir muito mais alimentos do que a população atual necessita e, aplicados à medicina, reduziriam drasticamente as doenças e a mortalidade. Um mundo solidário produzirá muitos empregos, ampliando um intercâmbio pacífico entre os povos e eliminando a belicosidade do processo competitivo, que todos os dias reduz a mão-de-obra. É possível pensar na realização de um mundo de bem-estar, onde os homens serão mais felizes, um outro tipo de globalização.

EXERCÍCIO DO PODER E A DEMOCRACIA.

Uma das propostas ora perquirida, está na relação entre o poder exercido entre Estado e empresas transnacionais, na composição de interferência de poderes entre si e que rapidamente se modificam em tempos de globalização. Os modelos de Estado surgem para estruturar as relações políticas, econômicas e sociais, alterando-se no decurso da história quando não conseguem mais resolver os problemas a que se elegeram a enfrentar e, portanto, tornam-se insustentáveis em si e para si.

Ao analisar a ciência política, Cruz (2003), identifica que ao final do século XX e início do século XXI, os grandes modelos políticos pautados no capitalismo liberal e, de outro lado, os pautados no socialismo dos Estados, encontram o seu fim, ou, ao menos, encontram-se em

situação que não mais conseguem superar suas próprias dificuldades e necessita-se de um novo modelo.

Este novo modelo deve ter como pauta central o ser humano em sua plenitude, o ser humano como foco das preocupações “sejam elas ligadas à globalização, ao meio ambiente, ao capitalismo ou à Democracia. Os parâmetros serão muito mais inclusivos e humanos.” (CRUZ, 2014, p.36).

Nesta perspectiva centralizada, exige-se um destaque à democracia, não apenas a sua maneira de organizar o procedimento de exercício de poder, mas sim a democracia na sua perspectiva axiológica. Com valores inerentes no que tange às informações, decisões, deliberações, participação da esfera pública, a todos.

Retomo, com insistência, a situação geopolítica globalizada, não apenas em território, mas em poder político e econômico, nesta esfera de relações, o poder econômico das empresas transnacionais encontram capacidade de impor suas vontades, cada vez mais existem fusões de grandes companhias, que centralizam seu poder em poucos indivíduos. Essas vontades, portanto, são (im)postas em detrimento do interesse geral, não da simples maioria apenas, mas do interesse dos seres humanos que buscam serem reconhecidos em sua plenitude. A manifestação do exercício deste poder é realizada por uma minoria, uma minoria detentora de capacidade econômica e comunicação, que exclui aqueles sem capacidade econômica, ausentes os requisitos de produção e consumo, princípios e valores inerentes à teoria liberal.

Friedrich Müller (2000), portanto, reafirma que este empoderamento globalizado deve ser enfrentado com o fortalecimento da democracia, e a sua definição ao conceito de democracia é postulada dentro de uma forma de Estado que não é compatível com a exclusão.

Ao analisar o fenômeno da globalização, Friedrich Müller (2000) reconhece que existe um poder privado exercido a dominar os mercados, através imposição da maximização do lucro (para poucos), por meio da liberalização dos mercados financeiros, sem que estes atores privados transnacionais estejam comprometidos com os princípios democráticos, e do Estado de Direito.

É nesta perspectiva de identificar o papel do Estado no movimento de uma globalização que interfere negativamente sobre a democracia, que se busca encontrar uma outra organização. Em Giddens identifica-se uma terceira via, que não é nem a liberal nem a social, mas é terceira

[...] porque transcende a uma velha esquerda preocupada com o controle do Estado, com uma alta carga tributária e os interesses de produtores os mais diversos, e a uma nova direita que considera o investimento público e, de forma estrita, o conceito de Sociedade e de esforço coletivo, como males que devem ser superados. (CRUZ, 2003, p. 251).

Esta via merece destaque, ainda que não seja a final, mas pode ser uma transitória, até a formação e consolidação de um Estado Transnacional, por reconhecer que assuntos como economia, meio ambiente, ser humano, são assuntos que transcendem os espaços territoriais nacionais, e pode o estado ser aproveitar da globalização para internacionalizar a política (CRUZ, 2014, p. 39).

É preciso ir fundo nas propostas de reforma dos fundamentos do Capitalismo. Caso o mesmo não esteja submetido, republicanamente, ao interesse geral, qualquer tipo de tentativa de desenvolvimento de modelos estatais pós-modernos será efêmero, infrutífero. E o único modo de convencer os centros de comando capitalistas é demonstrar que o futuro da humanidade e o do próprio capitalismo depende desta mudança de concepção, fazendo convergir Democracia, desenvolvimento sustentável, lucro e interesse social transnacional.

ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO E O TRANSNACIONALISMO

Os estados modernos constitucionais, por estarem pautados nestes ideais liberais ingleses do século XVII, não possuem mais capacidade nem legitimidade para alcançar os anseios sociais locais e globais, necessitando, portanto, de criação de novas instituições transnacionais capazes de regular com efetividade a atividade econômica e financeira dos mercados.

Afirma-se isso em vista das incapacidades dos estados em atenderem todas as demandas sociais, as quais aumentam exponencialmente em razão da própria abertura dos meios de comunicação, do reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais e, concomitante, com o próprio reconhecimento da incapacidade de governança e de financiamento dos Estados para com suas políticas e campanhas internas.

Há de se reconhecer que a soberania dos Estados não é mais a garantidora da efetividade democrática dos seus regimes, pois é neste espaço fechado que se encontram as próprias incapacidades de solução dos problemas atuais.

Estes problemas atuais constituem, em sua maior expressividade, a manutenção de uma sociedade solidária transnacional e sustentável nas suas vertentes econômica, social, regional e ambiental. As crises econômicas que supostamente poderia ser dita locais, causam efeitos internacionais, pois os mercados não são mais locais, há muito deixaram de ser; as barreiras territoriais são superadas pelas migrações voluntárias e involuntárias, e na abstenção de qualquer política local dos Estados que recebem estas pessoas, criam-se verdadeiros bolsões de pobreza e novas demandas sociais que o Estado não consegue cumprir. Ao negar a entradas destas pessoas, incorrem em condutas violadoras dos direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa, o direito a uma vida digna.

O Estado Constitucional Moderno como instrumento de limitação do poder não consegue mais dar respostas minimamente consistentes às sociedades atuais envolvidas pela globalização. E nos países ricos o Estado está sendo substituído por conglomerados financeiros e industriais ou dominado por seus tentáculos, provocando a privatização dos espaços públicos em nome da eficiência capitalista. (CRUZ, 2014, p. 98)

Este Estado Constitucional Moderno precisa ser reformulado, precisa ser superado, sem que deixe de existir o Estado e permaneça a democracia, até o momento o melhor regime legitimador do poder; verifica-se que não há qualquer problema com a democracia, que o reconhecimento dela é a própria satisfação do princípio republicano da busca pelo interesse comum, protegendo e reconhecendo a vontade da maioria popular como soberana

e protegendo, não o interesse, mas sim os direitos fundamentais das minorias. O princípio republicano, portanto, legitima o interesse da maioria pautado na democracia como regime de escolha, sendo o principal argumento de contraponto aos interesses da minoria sobre os interesses da maioria.

Novas democracias devem surgir e serem reconhecidas para que o Estado Transnacional ocorra e não seja apenas uma repetição de Estados nacionais para a construção de um Estado Supranacional, entre as democracias apresentadas, destaca-se a democracia ecológica e a ciberdemocracia, na primeira há o reconhecimento de que a humanidade necessita de um ambiente natural equilibrado para continuar sua existência no planeta, e que a violação deste direito fundamental das gerações atuais e futuras deve ser punido, deve ser compensado efetivamente; a segunda democracia está pautada no reconhecimento de que os meios de comunicação não estão mais sob o controle do Estado, e eles estão dominando a sociedade, quando a democracia digital, a ciberdemocracia, exige que seja a sociedade a dominadora deste ambiente, evitando estarem postos a serviços escusos nos interesses das minorias, na era da internet o Estado Constitucional Moderno, perdeu a batalha para os meios de comunicação.

Necessário, portanto, democratizar esses dois novos ambientes, ecológico e digital, que a nova organização do Estado seja capaz de utilizar estes meios para favorecer a democracia e o interesse da maioria.

É o que se identifica em Cruz (2014 p. 75):

Oportuno assinalar que nos tempos atuais da globalização a aplicação do conceito de República ao âmbito transnacional é fundamental. Temas como o Meio Ambiente, os Meios de Comunicação e o Capitalismo devem estar submetidos ao Interesse da Maioria. Algo como uma transnacionalização republicana. ... A República, a partir de meados do século XX, deveria passar a ser o principal contraponto ao individualismo asséptico do liberalismo. E atualmente deveria ser o contraponto ao capitalismo “desterritorializado” da globalização. Uma espécie de republicanização da globalização.

Ao reconhecer que o Estado Constitucional Moderno é subordinado aos interesses corporativos aumenta-se a necessidade de superá-lo, é possível afirmar que a sociedade fica cada vez mais dependente das empresas transnacionais, tendo essas a capacidade de exercer seu poder direto nos representantes de governo para criação de políticas e normas jurídicas que visem aos seus interesses, e cabendo àquele aceitar o modelo de comportamento e sujeição. Hodiernamente as pessoas vêm sendo medidas e postas a avaliação pelo próprio mercado a partir de quanto elas consomem e produzem, impedindo a aplicação dos valores éticos da solidariedade.

Em linhas gerais, o mundo é empurrado para uma situação inadequada por uma política deliberada e equivocada do Estado Constitucional Moderno, cúmplice das corporações internacionais, com setores de grande riqueza e uma grande massa de miseráveis. Uma grande população supérflua desprovida de todos os direitos, porque não contribui em nada para a geração de lucros, o único valor entendido atualmente pelo capitalismo globalizado. (CRUZ, 2003, p. 109)

As teorias da sustentabilidade ambiental mundial, como é visto em Ulrich Beck, e as pesquisas técnicas sobre os impactos globais do consumo e produção desenfreado, são sustentáculos para reconhecer que as sociedades empresariais transnacionais pautadas no lucro estão vencendo o jogo de poder, indicando que as formas exploratórias não sustentáveis dos recursos naturais servem aos interesses de garantia de riqueza econômica de pequenos grupos, de uma minoria, enquanto o Estado não consegue promover a distribuição e redistribuição desta riqueza de forma equânime.

Tem-se por entendimento que a expressão “sustentabilidade ambiental” refere-se às condições sistêmicas em virtude das quais, em escala planetária ou regional, as atividades humanas não podem chegar a estressar o ecossistema além do limite a partir do qual se ativam fenômenos irreversíveis de degradação (CRUZ, 2009, p. 13)

As reservas naturais estão acabando, o clima da terra está aumentando, assim como a diferença econômica entre os mais ricos e os mais pobres.

A democracia ecológica e a ciberdemocracia, portanto, devem ter uma única direção, compartilhar o poder através de espaços transnacionais, poder de preservar o meio ambiente com efetividade e o poder de reconhecer nas novas tecnologias de comunicação uma área deliberativa e permissiva de superação do Estado Constitucional Moderno, o qual está ligado ao exercício da soberania popular por meio da estrutura governamental e pautado na filosofia do capital e do liberalismo econômico. Este novo espaço transnacional pode ser um novo modelo de organização que respeite a coisa pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos estudos sobre globalização, economia, Estado e democracia é possível identificar que existe estreita relação entre o poder econômico e os rumos que caminham a sociedade e as formas de governo. O estudo ora proposto não tem capacidade de identificar extensivamente o papel das empresas transnacionais na sua plenitude, porém, conseguiu apresentar que há um exercício de poder econômico pautado na sua finalidade de maximização dos lucros, e que, para tanto, necessita de um sistema liberal com a menor intervenção do Estado sobre o mercado, ou com a intervenção orientada para se possa manter a ruptura liberal conquistada pela economia de mercado com o mercantilismo estatal.

O Estado é necessário para a existência do próprio mercado, o mercado necessita do Estado, e este deve ser moldado por estruturas e bases ideológicas que permitam o livre exercício do poder daquele. O liberalismo econômico é a fonte, a base conceitual burguesa que moldou o Estado, e nele pode instituir o direito apropriado pela própria ideologia liberal.

Há, portanto, conseqüente e consequência, entre Estado, liberalismo, poder e direito, e tem um caminho, uma via que permite que cada vez mais esta relação se perpetue (sem limites territoriais agora), a globalização.

De que serviria o Estado Constitucional moderno se ele não consegue mais, na sua

limitação territorial, encontrar as soluções democráticas para atender o interesse geral, se neste próprio modelo há a impossibilidade de superação de seus problemas, o paradigma nacional deve ser rompido, e encontrar uma nova saída, uma saída solidária, uma saída inclusiva, uma saída que tenha o ser humano como centro.

Sendo o ser humano o centro, as funções das coisas devem ser reorientadas, as funções (sociais) econômicas das empresas devem ter um fim, e não em si, mas no ser humano a que é o destinatário da própria teleologia da empresa. A organização econômica destas empresas é destinada a ser útil ao ser humano e não ao contrário, os valores democráticos pautados no consumidor, no meio ambiente, no ser humano, necessitam estar em ação, e esta ação exige uma conduta solidária e internacional, por isso o estudo aqui proposto quer encontrar na função social ambiental das empresas uma forma de direcionar a economia internacional, sem intervenção estatal soberana, mas com proposta democrática.

REFERÊNCIAS

CRUZ, Paulo Márcio. Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo. 3ª ed. (ano 2002), 1ª tir./ Curitiba:Juruá, 2003.

_____. (Organização Emanuela Cristina Andrade Lacerda). Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI. 2ª ed. Ed. Univali. 2014.

_____. Repensar a democracia. Revista Jurídica - CCJ/FURB ISSN 1982 -4858 v. 13, nº 25, p. 03 - 22, jan./jul. 2009

FARIA, José Eduardo. Direito e globalização econômica. São Paulo: Malheiros, 1996.

GIDDENS, Anthony. A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Trad. Maria L. Borges. São Paulo: Record, 1999.

_____. Mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós. 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GONÇALVES, Reinaldo. A empresa transnacional. In: Economia Industrial: Fundamentos teóricos e práticas no Brasil, organizado por David Kupfer e Lia Hasenclever. 2002. 2ª Ed. Elsevier, 2002.

LIMA, Abilio Lázaro Castro. Globalização econômica e crise dos estados nacionais. In: Repensando a teoria do estado, organizado por Ricardo Marcelo Fonseca. Belo Horizonte: Fórum, 2004

MELLO, Celso de Albuquerque. Anuário: direito e globalização. 1 – A Soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MULLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?. Trad. Peter Naumann. Unidade Editorial, Porto Alegre, 2000.

NONES, Nelson. A função social da empresa: sentido e alcance. Novos Estudos Jurídicos - Ano VII - Nº 14 - p. 113-136, abril / 2002

SANTOS, Milton. (Organização Wagner Costa Ribeiro). O país distorcido: o Brasil, a globalização e a cidadania. São Paulo : Publifolha, 2002.

_____. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. São Paulo : Record, 2000.

_____. A revolução tecnológica e o território: realidades e perspectivas. Terra Livre, 1991, n. 9, 7-17.

IMPACTOS DA ATUAÇÃO DOS CEJUSC'S NA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL

Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz

RESUMO: O presente artigo aborda a questão dos meios alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à Justiça e promoção da cidadania. Parte da ideia de que o acesso à justiça não deve ser resumido ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta do órgão jurisdiccional. Aborda a premissa de que o processo justo deve garantir tutela efetiva, célere e adequada, para depois evidenciar as dificuldades do acesso, notadamente pela baixa efetividade. Posteriormente, restringe a pesquisa às soluções autocompositivas de conflitos e aos resultados positivos obtidos pela cultura da composição delineada pelos Centros Judiciários de Soluções de Conflito e Cidadania - CEJUSC's.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Alternativas para resolução de conflito. CEJUSC.

ABSTRACT: This article addresses the issue of alternative means of conflict resolution as a means of access to justice and the promotion of citizenship. It is based on the idea that the fair process should guarantee effective, speedy and adequate protection, in order to highlight the difficulties of access, especially due to the low effectiveness, and subsequently restrict the research to self-composed solutions of conflicts and to the positive results obtained by the culture of the outlined composition by the Judicial Centers for Conflict and Citizenship Solutions - CEJUSCs.

Keywords: Justice Access. Alternatives to conflict resolution. CEJUSC.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto o resultado da atuação dos Centros Judiciários de Soluções de Conflito e Cidadania. Seu objetivo não é apresentar indicadores obtidos em pesquisa própria, mas a exposição com base nos desfechos evidenciados no Info NUPEMEC do TJSP e dados estatísticos dos CEJUSC's do TJRO.

Por este motivo, as ideias apresentadas têm o propósito de reforçar o entendimento de que os meios alternativos de solução de conflitos vão ao encontro do movimento universal do acesso à justiça célere e eficaz, como forma de promoção da cidadania.

Para consecução deste mister, o artigo é dividido em cinco itens. O primeiro tratando do acesso à justiça enquanto expressão máxima de reivindicação de direitos na ordem jurídica democrática, o segundo tratando que a problemática dos níveis de acesso à justiça cresceram ao ponto de se converterem em um problema, o terceiro abordando a superação do obstáculo

da efetividade pelos meios alternativos de resolução de conflitos e o quarto, evidenciando que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC's como célula central pelo funcionamento da política de tratamento adequado dos conflitos, tendo como exemplo os números apresentados pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMEC do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de Rondônia.

O presente artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a conciliação e a mediação desempenhadas nos CEJUSC's como alternativas eficazes à preservação da garantia constitucional do acesso à Justiça.

1 O ACESSO À JUSTIÇA

O princípio do acesso à justiça representa uma preocupação universal que, segundo os ensinamentos de Bulos¹, difunde a mensagem de que todos, “independentemente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade”.

O feixe de normas internacionais que compreendem o preceito é composto pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 10), Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 6º, 1), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, 1) e Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica (art. 8º, 1).

No plano interno, a democratização do acesso à justiça, enquanto direito fundamental (art. 5º, XXXV, CF), é atrelado ao princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) e também entendido como postulado básico para a materialização da cidadania (art. 1º, II, CF), conforme se extrai da Constituição Federal de 1988.

Note-se que a lei, tanto em sentido formal quanto material, não pode obstaculizar o acesso à justiça, notadamente porque todos têm direito de acesso ao Poder Judiciário para postular tutela preventiva ou reparatória de direito individual, coletivo, difuso ou individual homogêneo, a fim de que se dê a cada um o que é seu, conforme os ditames da ordem jurídica vigente. O professor Bulos² assevera que:

O princípio da inafastabilidade do controle judicial posta-se como uma liberdade pública, subjetiva, genérica, cívica, abstrata e incondicionada, conferida às pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, sem distinções ou retaliações de nenhuma espécie. [...] É expressão máxima de reivindicação de direitos, numa ordem jurídica democrática, cujo lema é a justiça social, em que todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente.

1 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 629.

2 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. p. 630.

Os ensinamentos de Moreira Neto³ corroboram este raciocínio quando preleciona:

O direito de acesso à justiça, universalmente reconhecido como fundamental, não se esgota em si mesmo, mas se integra com o direito de acesso ao direito, cuja efetividade só é alcançada quando o processo possibilita, a partir da norma abstrata legislada, a extração da norma concreta aplicada.

Por sua vez, Donizetti⁴ ensina que o princípio do acesso à justiça, todavia, não deve ser resumido ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta do órgão jurisdicional:

Deve ser interpretado compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, para a qual converge todo o conjunto de princípios e garantias constitucionais fundamentais do processo. E, para que se obtenha essa “garantia síntese”, o constituinte positivou na lei maior uma série de princípios e garantias, impondo várias exigências ao sistema processual por meio de um conjunto de disposições que convergem para esse fim.

Theodoro Junior⁵, por seu turno, reforçando suas ideias com os ensinamentos de Leonardo Greco sobre acesso à justiça como tutela efetiva e justa, explica que:

O conteúdo de tal acesso “é implementado através das chamadas garantias fundamentais do processo ou do que vem sendo denominado de processo justo”, o qual, por sua vez, compreende “todo o conjunto de princípios e direitos básicos de que deve desfrutar aquele que se dirige ao Poder Judiciário em busca da tutela dos seus direitos”. Nele se englobam tanto as garantias de natureza individual, como as estruturais [...]. Do ponto de vista estrutural, o acesso à Justiça exige que concorra, por parte dos órgãos e sistemas de atuação do Judiciário, a observância de garantias como: [...] a da inexistência de obstáculos ilegítimos; a da efetividade qualitativa, capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que faz jus de acordo com o ordenamento jurídico; a do respeito ao procedimento legal, que, entretanto, há de ser flexível e previsível; a da publicidade e da duração razoável do processo; a do duplo grau de jurisdição; e, enfim, a do “respeito à dignidade humana, como o direito de exigir do Estado o respeito aos seus direitos fundamentais”.

Carreira Alvim⁶ assevera que o princípio do acesso à justiça serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: acessibilidade a todos e a produção de resultados que sejam individual e socialmente justos. Sob esse prisma RICHÁ⁷ esclarece que o conceito de acesso à justiça:

É compreendido não apenas no tocante ao ingresso mediante a instauração de demanda no Judiciário, mas também considerada a saída, entendida esta como o tempo de solução do litígio, ou seja, razoável duração do processo para a realização da Justiça.

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Funções Essenciais à Justiça. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Tratado de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 1. E-Book. p. 3674.

4 DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. E-Book. p. 70.

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-Book. p. 102.

6 ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

7 RICHÁ, Morgana. O Conselho Nacional de Justiça e a trajetória constitucional rumo à efetividade dos direitos. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (Org.). Dez anos de reforma do judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Cap. 23. E-Book.

Nesse passo, cita-se que para Simão⁸ o princípio da efetividade processual não se confunde com o princípio da celeridade processual:

A Constituição Federal assegura a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, mas a celeridade não é sinônimo de efetividade. Por certo, deve-se assegurar a resolução do processo em tempo razoável, mas não se pode admitir o atropelo processual com a violação do devido processo legal sob a justificativa de atendimento ao princípio da celeridade processual.

Não obstante, sob esta ótica, a resolução efetiva da demanda tem sido um dos principais fatores de entrave no acesso à justiça plena.

2 PROBLEMÁTICA NO ACESSO À JUSTIÇA

Embora seja instrumento essencial de concretização da cidadania, o acesso à justiça ainda é atingido por um grande problema, qual seja, a baixa efetividade processual.

A multiplicação de lesões no seio social tem revelado a ineficácia dos mecanismos processuais tradicionalmente utilizados para dirimir os novos conflitos na escala em que se apresentam. Segundo o Conselho Nacional de Justiça⁹:

Apesar de se verificar, historicamente, um número de processos baixados igual ou superior ao número de casos novos, o estoque não reduziu [...]. O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos. Ainda que baixando casos em volume superior ao ingressado, com Índice de Atendimento à Demanda na ordem de 106,5%, o estoque manteve-se praticamente constante, e chegou ao final do ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva. Se o Poder Judiciário decidiu 6,5% de casos acima da demanda, seria esperada uma redução do estoque nessa proporção. Isso não ocorre, em parte, por conta de processos que retornam à tramitação (casos pendentes). São, por exemplo, os casos de sentenças anuladas na instância superior; ou de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de questões relativas à competência ou de mudança de classe processual. Somente em 2017 foram reativados 619.242 processos. O tempo médio da sentença e da baixa cresceu nos últimos dois anos, ficando em 2017, em 2 anos e 2 meses, e 2 anos e 9 meses, respectivamente. Já o tempo dos processos pendentes diminuiu: 5 anos e 1 mês. Esse resultado significa que o Judiciário foi capaz de solucionar casos mais antigos. Outro dado de destaque é que as maiores faixas de duração processual estão concentradas no tempo do processo pendente, em específico na fase de execução da Justiça Federal (7 anos e 11 meses) e da Justiça Estadual (6 anos e 9 meses).

Neste cenário, Mancuso¹⁰ leciona que uma cultura demandista não passa de um falacioso exercício de cidadania, pois promove o afastamento entre as partes, acirra os ânimos e estende o conflito a um ponto futuro indefinido, destruindo o tecido social e sobrecarregando a justiça estatal de controvérsias que, antes e superiormente, poderiam resolver-se em modo auto ou heterocompositivo.

8 SIMÃO, Lucas Pinto. Os meios alternativos de resolução de conflitos e o dever/poder de o juiz incentivar a conciliação e a mediação. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17104>. Acesso em: 05 maio 2019.

9 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. 212 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2019. p. 73 e 197.

10 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-Book. Cap. 2.

Essa é a questão central enquanto entrave, pois o acesso sem um vislumbre de que a justiça seja efetiva, tornam inócuos os direitos declarados para os cidadãos. Note-se, um sistema jurídico justo pretende garantir direitos, não só preceituá-los. Nesse sentido, explana Torres¹¹:

Falar em acesso à ordem jurídica justa é também falar em justiça eficaz, que é um dos maiores problemas dos sistemas jurídicos de hoje. A terminologia JUSTIÇA está diretamente ligada a não só “dar a cada um o que é seu” mas sim em “dar a cada um o que é seu conforme a vontade da lei e em seu devido tempo.”

Discorrendo sobre a efetividade processual, o professor Donizetti¹² defende que:

A efetividade decorre do devido processo legal (cláusula geral) e constitui um metadireito (direito sobre direito), que garante que todos os demais direitos se efetivem. O processo efetivo, aliás, é um dos três pilares que sustentam a nova dimensão do processo justo: a tutela efetiva, célere e adequada. De acordo com o princípio da efetividade, àquele que tem razão, o processo deve garantir e conferir, na medida do possível, justamente o bem da vida a que ele teria direito se não precisasse se valer do processo.

Sem o pleno acesso à justiça não há pacificação social, mas apenas a constatação do entrave à consolidação de uma ordem jurídica justa. E o patamar social em que estamos demanda uma tutela efetiva, célere e adequada.

Para Cavalieri Filho¹³, o litígio quebra o equilíbrio e a paz social, e a sociedade não tolera o estado litigioso porque necessita de ordem, tranquilidade, estável em suas relações. Por isso, tudo faz para prevenir e compor os conflitos.

Nesse raciocínio, Mancuso¹⁴ pontifica que o acesso à Justiça, marcado inicialmente pela ideia do monopólio estatal tem se reestruturado e arvorado de novas ideias e propostas tendentes à resolução alternativa dos conflitos:

A jurisdição, tradicionalmente conectada à prestação outorgada pelo braço judiciário do Estado (tratando-se, pois, de palavra definida pela sua fonte básica) vem hoje exigindo profunda atualização e contextualização em seu significado, dado que sua acepção tradicional, atrelada à singela aplicação da lei aos fatos da lide, hoje está defasada e é insuficiente, cedendo espaço à concepção pela qual o Direito há de se ter como realizado, não, sic et simpliciter, pelo fato de um texto ser aplicado a uma controvérsia pelo Estado-juiz (da mihi factum dabo tibi jus), mas sim quando um conflito resulte efetivamente prevenido ou composto em modo justo, tempestivo, permanente, numa boa equação entre custo e benefício, ainda que por meio auto ou heterocompositivo, neste último caso pela intercessão de um órgão ou agente qualificado, mesmo não integrante dos quadros da Justiça oficial, e, em alguns casos, até preferencialmente fora dela.

Essa é a pedra de toque a qual pode proporcionar a efetividade dos direitos, na medida em que o conceito de acesso à justiça reconhece e estimula novas alternativas para resolução

11 TORRES, Ana Flavia Melo. Acesso à Justiça. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592>. Acesso em: 05 maio 2019.

12 DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. E-Book. p. 102.

13 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

14 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. E-Book. Cap. 1.

de conflitos. Segundo Sales e Rabelo¹⁵:

É importante desapegar-se da visão de que só é possível a resolução de um conflito por um caminho exclusivo ou quando houver intervenção estatal e construir-se a ideia de que um sistema de resolução de conflitos é eficiente quando conta com instituições e procedimentos que procuram prevenir e resolver controvérsias a partir das necessidades e dos interesses das partes.

O problema do acesso à Justiça é múltiplo e abrangente, perpassando por fatores de ordem jurídica, econômica, política e sociológica, entretanto, a farmacologia em seu favor, jurídico-dogmática e institucional, até mesmo o direito comparado, é pródiga, ainda que em uso parcimonioso, conforme pontifica Falcão¹⁶.

Cappelletti e Garth¹⁷ sintetizam soluções práticas adotadas no mundo ocidental, representadas como “ondas” de combate aos problemas do acesso à justiça efetiva, voltadas para os hipossuficientes econômicos, os interesses transindividuais e para novas alternativas para resolução de conflitos:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

O parâmetro deste artigo é a terceira onda, razão pela qual no próximo capítulo será abordado a superação do obstáculo da efetividade pelos meios alternativos de resolução de conflitos.

3 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Nos dizeres de Cavalieri Filho¹⁸, o direito possui, basicamente, duas funções sociais: prevenir conflitos, evitando, tanto quanto possível, a colisão de interesses, e compor conflitos, repondo a conjuntura em um ponto de equilíbrio em que possa permanecer.

Ocorre que a eliminação de conflitos não se dá unicamente por meio da tutela jurisdicional. Em verdade, afora as hipóteses nas quais, pela natureza da relação material ou por exigência legal, se fizer necessário o provimento jurisdicional, a jurisdição é a *ultima ratio* na tentativa de pacificação social, de acordo com os ensinamentos de Donizetti¹⁹. Sendo assim, os procedimentos não jurisdicionais de solução dos conflitos são os denominados meios

15 SALES; RABELO apud CABRAL, Marcelo Malizia. Os meios alternativos da resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça e de racionalização do acesso à justiça e de racionalização do acesso aos tribunais. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 73, p.125-155, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/revista_do_mprs/1970_em_diante/n73/55938.pdf>. Acesso em: 05 maio 2019. p. 132.

16 FALCÃO apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-Book. Cap. 1.

17 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

18 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

19 DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. E-Book.

alternativos de pacificação social, se apresentando como novas veredas a serem trilhadas facultativamente pelos jurisdicionados.

Frente ao Estado falho em sua missão pacificadora, porque aquém do necessário em efetividade, os benefícios oferecidos em pontos essenciais saltam aos olhos: celeridade e baixo custo, pois menos formalistas, com claros reflexos em taxas judiciárias, honorários advocatícios, custas de perícia, dentre outros. Por isso, a valorização crescente dos meios alternativos de pacificação social.

Sobre o assunto, é importante citar a síntese comparativa de Mancuso²⁰, a qual deixa muito claro as propriedades benéficas desses meios alternativos:

Os meios suasórios de solução de conflitos superam, em vários aspectos, o que se pode esperar da decisão judicial de mérito: enquanto esta última, ordinariamente, só advém após um processo longo e oneroso em todos os sentidos, ficando ainda tal decisão sujeita a recursos diversos que protraem a coisa julgada a um ponto futuro indefinido, ademais das possíveis resistências na fase executória, já a solução negociada, seja pelos próprios interessados ou mediante a intercessão de um agente facilitador, é mais rápida, menos onerosa, não impactante, e, tendencialmente, vocacionada a ser cumprida, pela boa razão de que a solução não foi coercitivamente imposta pelo Estado-juiz, mas encontrada pelos próprios contraditores. [...] projeta ainda uma externalidade positiva, qual seja a de estimular a vera cidadania, que consiste na busca da solução da pendência entre os próprios interessados, ainda que com um auxílio externo, e, não, no vazo de entregar todo e qualquer conflito, iminente ou já instaurado, em mãos do Estado-juiz, geralmente antes e fora do ponto de maturação.

De fato, ninguém melhor do que as próprias partes para, juntas ou com auxílio de terceiros, encontrar a solução mais adequada, justa e eficaz ao conflito. Deve-se abandonar a crença de que somente o juiz está apto a solucionar todo e qualquer impasse decorrente da vida cotidiana, segundo Donizetti²¹. O abreviamento do tempo e efetividade são possíveis pela simplicidade e oralidade na discussão das questões de fato.

Penalva²² ressalva que soluções autocompositivas não são melhores *de per si*, mas apenas se forem instrumento efetivo de garantia de justiça no caso concreto:

Se há uma razão de direito para se favorecer a autocomposição dos conflitos, então esse deve ser o "acesso" à justiça naquele caso. Entretanto, se as razões forem puramente pragmáticas ou estratégicas, ainda que visem combater a morosidade, não são razões de direito e, por isso, são o caminho errado em qualquer caso. Soluções autocompositivas devem ser utilizadas se forem adequadas para se garantir direitos e não por qualquer razão utilitarista.

Nesse contexto, a partir da identificação dos obstáculos e das ondas reformatórias explicadas por Cappelletti e Garth²³, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 125/2010, estabelecendo a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses (art. 1º).

20 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-Book. Cap. 2.

21 DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. E-Book.

22 PENALVA, Janaína. Há cultura do litígio no Brasil? Ideias livres sobre Justiça e Judiciário. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (Org.). Dez anos de reforma do judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-Book. Cap. 12.

23 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Na mesma esteira, o Código de Processo Civil de 2015 também instituiu como diretriz fundamental em seu texto o ideal de soluções autocompositivas (art. 3º e 139)²⁴.

E não é só. Ainda em 2015 foi promulgada a Lei n. 13.140/2015, que regrou os mecanismos da mediação entre particulares, a prática judicial e extrajudicial, prevendo também o uso desse procedimento de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Em 2018 foi aprovado o Provimento n. 67 do CNJ, ato normativo dispondo sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil, compatibilizando suas disposições com a Resolução n. 125/2010 do CNJ, com o Novo Código de Processo Civil e com a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015).

Com base na perceptível valorização dada às técnicas de composição consensual de conflitos, os meios alternativos mais relevantes para o presente artigo são: a mediação, a conciliação e a arbitragem – também reconhecidos pelo ordenamento como equivalentes jurisdicionais.

A arbitragem consiste na convenção que defere a um terceiro imparcial a decisão a respeito de questão conflituosa, sendo que a decisão tomada por esse árbitro tem caráter obrigatório para as partes. Diferente do juiz, que retira seu poder da vontade da lei, o árbitro só a conquista pela submissão da vontade das partes, conforme pondera Bacellar²⁵. Trata-se de verdadeira hipótese de jurisdição, espécie de heterocomposição de conflitos, que segundo Donizetti²⁶, se desenvolve mediante trâmites mais simplificados e menos formais do que o processo judicial tradicional.

É natural que a arbitragem seja vantajosa para a resolução de litígios, afinal, as partes poderão entregar a solução da controvérsia diretamente nas mãos do especialista. Todavia, diferentemente da conciliação e mediação, na arbitragem as partes ainda continuam na posição de contendoras. Ensina Silva²⁷:

[...] empreenderão atividades com a finalidade de obter um laudo favorável de sua posição. Como tradicionalmente concebida, a arbitragem funciona de modo paralelo à jurisdição - recursos e execução. Fica normalmente às partes a eleição do árbitro, estando o procedimento estruturado em lei. A arbitragem pode envolver uma decisão que esteja vinculada ao disposto no direito, ou que apenas decida conforme o entendimento e sabedoria do árbitro, seria uma decisão fundamentada essencialmente na equidade.

Neste panorama é possível afirmar que a arbitragem, o CPC de 2015 (art. 3º e 515, VII) e a Lei de Mediação (art. 7º e 16) estão em harmonia com a garantia de acesso à justiça e a promoção estatal da solução consensual dos conflitos.

24 A Constituição Imperial de 1824 já previa em seu texto o seguinte: Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

25 BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. E-Book.

26 DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. E-Book.

27 SILVA apud BASSETTO, Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto. Democratização do acesso à justiça: análise dos Juizados Especiais Federais Itinerantes na Amazônia Legal Brasileira. 2015. 275 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2015. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2015/12.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2019. p. 85.

A mediação e a conciliação, conforme pontifica Wambier e Talamini²⁸, são técnicas que visam à composição de conflitos com a participação de uma terceira pessoa, o mediador ou conciliador, o qual atua com o fito de levar os litigantes a uma solução embasada na identificação e eliminação das causas que geraram o conflito. Tais mecanismos possuem essência extrajudicial, ou seja, podem ser empregados mesmo que não exista processo em curso.

Embora sejam semelhantes, possuem traços diferenciadores marcantes, eis que na conciliação o terceiro facilitador da conversa interfere de forma mais direta no litígio, podendo chegar a sugerir opções de solução para o conflito, enquanto que na mediação, o mediador facilita o diálogo entre as pessoas para que elas mesmas proponham soluções, consoante Donizetti²⁹.

A Lei n. 13.140/2015 traz em seu bojo o conceito da mediação:

Art. 1º Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Nesta quadratura, constata-se que o liame entre os envolvidos é que determinará a técnica preferencialmente aplicável à hipótese e não será de forma obrigatória. Isso porque a conciliação é focada no acordo, não sendo preponderante a parte sentimental, enquanto que a mediação é direcionada à relação, buscando debater o conflito, geralmente com vínculo afetivo ou emocional, tratando o problema e tendo o acordo como mera consequência. Gonçalves³⁰ exemplifica a aplicação distinta dos institutos:

Em um conflito decorrente de acidente de trânsito, justifica-se a atuação do conciliador, porque inexistente vínculo anterior entre os envolvidos no acidente. E possivelmente deixará de existir quando o conflito for solucionado. O mesmo em relação aos litígios decorrentes de descumprimento de um contrato. Diferente é a situação quando o litígio versar sobre questões familiares, sejam referentes a cônjuges e companheiros, sejam relativas a parentes. Nesse caso, já havia um vínculo anterior dos envolvidos, e é de se esperar que ele persista, depois que o conflito for solucionado. O mesmo ocorre nas questões envolvendo direito de vizinhança, em que há uma relação prévia entre os envolvidos, a decorrente da vizinhança, que poderá persistir após a resolução do conflito.

Por pertinência temática, destaca-se que o art. 3º § 2º da Lei n. 13.140/2015 autoriza a mediação não apenas nos conflitos sobre direitos disponíveis, mas também, naqueles que envolvam direitos indisponíveis transigíveis, tais como alimentos, guarda, dentre outros. E mesmo que realizada extrajudicialmente, deverá ser homologado em juízo, após oitiva do Ministério Público. Em adição a isso, cita-se que a Lei de Mediação admite que a Administração Pública possa se valer da conciliação e da mediação para resolver seus conflitos (art. 32).

Cita-se também que o CPC de 2015 reconhece a importância para a conciliação e a mediação com novo peso inclusive, prevendo a criação de câmaras de mediação e conciliação,

28 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book.

29 DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. E-Book.

30 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-Book.

com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo (art. 174) e considerando pressuposto processual para o desenvolvimento válido do processo (art. 319, VII).

Segundo Theodoro Junior³¹, esse *codex* processual ultrapassa o simples estímulo à solução consensual dos conflitos e prevê a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, assim como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, órgão este objeto de abordagem no próximo capítulo.

4 CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS - CEJUSC

A Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, prevista na Resolução n. 125/2010 do CNJ, contemplou a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMEC's (art. 7º) em cada tribunal, responsáveis pelo desenvolvimento da política pública nos Estados e pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC's (art. 8º).

Dada a importância do referido sistema na concretização do acesso à justiça e naturalmente, a consolidação da cidadania e pacificação social, em consonância com a resolução retrocitada, o CPC de 2015 também dispôs em seu art. 165 a criação, composição e organização dos CEJUSC's conforme as normas do CNJ.

Nessa sistemática, os CEJUSC's são a base e os grandes responsáveis pelo funcionamento da política de tratamento adequado dos conflitos, pois são neles que a figura do terceiro facilitador, seja conciliador ou mediador atuam na solução de conflitos.

Conforme o art. 10 da Resolução 125/2010 do CNJ, cada CEJUSC “deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de cidadania”. Em tais centros judiciários a conciliação e mediação ocorrem de maneira pré-processual e processual, isto é, de forma anterior ou ulterior ao ajuizamento da demanda (art. 10), e os números da atuação têm sinalizado êxito das práticas previstas até o momento.

Nesse trilhar, corroborando a ideia de avanço rumo à pacificação social e desjudicialização dos conflitos, faz-se referência aos números publicados em 2019 pelo NUPEMEC do maior tribunal do país, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual findou 2018 com 226 CEJUSC's, 43 Postos, 78 Câmaras Privadas e 03 Plataformas Digitais.³²

Em sede de primeiro grau, na área de família foram realizadas 68.511 sessões pré-processuais, das quais 84% resultaram em acordo e 95.606 sessões processuais que alcançaram o patamar de 61% de acordo; já na área cível, foram 83.608 sessões pré-processuais e 102.678 sessões processuais realizadas, resultando acordo, respectivamente, em 55% e 28% dos atos.³³

Em 2017, tempo em que a estrutura era menor, com 254 entre CEJUSC'S e postos,

31 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-Book.

32 Info NUPEMEC TJSP, disponível em <https://issuu.com/tjspoficial/docs/info2018a4>

33 Info NUPEMEC TJSP, disponível em <https://issuu.com/tjspoficial/docs/info2018a4>

70 Câmaras Privadas e 2 Plataformas Digitais, a produtividade também se revelou acentuada, na medida que na área de família foram realizadas 60.653 sessões pré-processuais, das quais 83% resultaram em acordo e 50.698 sessões processuais que alcançaram o patamar de 61%; na área cível, foram realizadas 82.376 sessões pré-processuais e 105.596 sessões processuais, resultando acordo, respectivamente, em 55% e 25%.³⁴

O Tribunal de Justiça de Rondônia, composto de 25 CEJUSC's, apresentou números bastante alvissareiros em 2017 ao realizar 36.856 sessões de conciliação/mediação nas áreas de família e cível em 1ª Instância, resultando em 16.716 acordos efetivos, ou seja, a marca de 45,35% de êxito. Em 2018 não foi diferente. Foram realizadas em 1ª instância 34.830 sessões de conciliação/mediação processuais nas áreas de família e cível, resultando em 17.443 acordos efetivos, atingindo 50,08% de êxito nas resoluções das demandas.³⁵

Note-se que, tanto no TJSP quanto no TJRO, o percentil de acordos efetivos em relação às sessões realizadas caminha em ascensão para o aperfeiçoamento da cultura da conciliação, sob a perspectiva do efetivo acesso à ordem jurídica justa, construída pela desburocratização desse acesso e o tempo reduzido para solução dos conflitos, notadamente porque a conclusão de uma demanda em seu devido tempo é necessária para que os litígios não se perpetuem e que direitos não se deterioreem.

Em arremate, cita-se que o “Poder Judiciário Brasileiro chegou ao final do ano de 2017 com um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam solução definitiva.”³⁶ Logo, não mais é possível visualizar a judicialização desmedida de demandas sem o filtro pacificador da mediação e da conciliação, sob pena de comprometer, ainda mais, a entrega da prestação jurisdiccional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual concepção de processo justo demanda uma tutela efetiva, célere e adequada, e os meios alternativos de solução de conflito se apresentam como fármaco eficiente para o patamar civilizatório alcançado. Eis que os níveis de acesso à justiça cresceram ao ponto de se converterem em um problema.

Neste cenário, as soluções autocompositivas devem ser utilizadas, porque adequadas para se garantir direitos. Naturalmente que a conciliação e a mediação desempenhadas nos CEJUSC's não são uma panaceia para as dificuldades enfrentadas pelo judiciário, todavia, evidenciam políticas públicas bem norteadas para a preservação da garantia constitucional do acesso à Justiça.

É preciso incrementar, incutir na sociedade, a ideia – acertada – de que a solução de conflitos por meios alternativos é possível e eficaz para garantir direitos, resolver a lide jurídica e a sociológica. A superação do formalismo processual pela eficiência da simplicidade e oralidade da conciliação/mediação deve ser prestigiada onde quer que tal atividade se concretize.

34 http://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Conciliacao/Conciliacao/MaterialDivulgacao/RelatorioAtividadesNupe_mec2017.pdf

35 <https://www.tjro.jus.br/corregedoria/index.php/estatisticas-2/audiencias-cejusc/category/9-audiencias-cejusc-2018>

36 Justiça em Números 2018, p. 197 disponível no endereço eletrônico www.cnj.jus.br.

A estrutura física e humana, capacitações, aceitação, consciência e utilização dos métodos pelos indivíduos constituem fatores que reforçam o sistema não adversarial de resolução de conflitos.

Os números do TJSP e TJRO são paradigmáticos, mas devem ser superados com a crescente adesão aos métodos consensuais de resolução de conflitos. Para tanto, é preciso ensinar, qualificar e valorizar a prática, mudar a cultura ainda beligerante em direção à conciliação e mediação, sem gasto excessivo e sem complicações.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. E-Book.
- BASSETTO, Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto. Democratização do acesso à justiça: análise dos Juizados Especiais Federais Itinerantes na Amazônia Legal Brasileira. 2015. 275 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2015. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2015/12.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2019.
- BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. O direito de acesso à Justiça e as constituições brasileiras: aspectos históricos. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p.135-146, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/512/373>>. Acesso em: 07 maio 2019.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2019.
- BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 05 maio 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 05 maio 2019.

CABRAL, Marcelo Malizia. Os meios alternativos da resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça e de racionalização do acesso à justiça e de racionalização do acesso aos tribunais. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 73, p.125-155, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/revista_do_mprs/1970_em_diante/n73/55938.pdf>. Acesso em: 05 maio 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. 212 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 67, de 26 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415>>. Acesso em: 12 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 12 maio 2019.

DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. E-Book.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-Book.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-Book.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Funções Essenciais à Justiça. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Tratado de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 1. E-Book.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016.

NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Info NUPEMEC 2018. São Paulo: TJSP, 2019. 12 p. Disponível em: <<https://issuu.com/tjspoficial/docs/info2018a4>>. Acesso em: 12 maio 2019.

PENALVA, Janaína. Há cultura do litígio no Brasil? Ideias livres sobre Justiça e Judiciário. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (Org.). Dez anos de reforma do judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Cap. 12. E-Book.

RICHA, Morgana. O Conselho Nacional de Justiça e a trajetória constitucional rumo à efetividade dos direitos. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína (Org.). Dez anos de reforma do judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Cap. 23. E-Book.

SIMÃO, Lucas Pinto. Os meios alternativos de resolução de conflitos e o dever/poder de o juiz incentivar a conciliação e a mediação. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17104>. Acesso em: 05 maio 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-Book.

TORRES, Ana Flavia Melo. Acesso à Justiça. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592>. Acesso em: 05 maio 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book.

Wa geral do processo. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-Book.

GOVERNANÇA JUDICIAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA

Deyvid Junior Cremasco
Tomás Daniel Menéndez Rodríguez

RESUMO: O Judiciário mudou sua perspectiva de atuação, nos últimos anos foca-se na produtividade, celeridade e efetividade, critérios de valoração de seu desempenho. Concepções de teorias organizacionais passaram a ser adotadas para melhoria na prestação de serviços. As práticas e preceitos de governança têm sido adotadas pelos Tribunais como forma de melhoria de seu desempenho. Akutsu e Guimarães (2014) estudam a atuação do judiciário brasileiro sob a perspectiva das governanças, baseados na Teoria dos Custos de Transação e na Teoria da Agência desenvolvem modelo teórico-metodológico de Governança Judicial, *"conjunto de políticas, processos, costumes, atitudes, ações, comportamentos e decisões necessário ao controle de organizações do Poder Judiciário"*, composto de 7 construtos: Ambiente Institucional, Accountability, Acessibilidade, Independência, Recursos e Estrutura, Práticas de Governança e Desempenho. A partir desse modelo investiga-se o nível de governança judicial no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia apresentando como resultados nível razoável desta Corte no que se refere às práticas de governança, destacando-se a influência da dimensão "Recursos e Estrutura" no desempenho, além de apresentar coeficiente de correlação entre as variáveis que reforçam o modelo.

Palavras-chave: Governança Judicial. Tribunal. Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

Diante da grande demanda que vem se acumulando no Judiciário brasileiro, vale dizer, estoque de processos pendentes de julgamento se elevando, fenômeno decorrente do maior acesso à justiça, propiciado pela abertura democrática de 1988, os tribunais têm adotado técnicas e ideias das teorias organizacionais a fim de melhorar seu desempenho.

Surge a governança judicial como sistema, metodologia e ferramentas próprias para análise do fenômeno atuação do Poder Judiciário enquanto organização, a fim de explorar aspectos que possam contribuir para entendimento das diversas variáveis envolvidas e possibilitar a construção de ações de melhoria do judiciário (AKUTSU e GUIMARÃES, 2014). A governança trabalha com a dificuldade de harmonização conjunta entre os anseios do "principal", aquele que é o dono do negócio, com os anseios dos "agentes", aqueles que executam o negócio, e dos "stakeholders" aqueles que são afetados ou beneficiados pelo

negócio (EISENHARDT, 1989).

A governança ganhou corpo teórico substancial a partir da governança corporativa que trata das relações entre os proprietários/acionistas, os administradores profissionais e demais interessados nas atividades (ANDRADE, 2009). Posteriormente, a governança passou a ser aplicada à área pública com as necessárias adaptações de contexto e recentemente está surgindo uma nova adaptação para área específica dos serviços judiciais, uma espécie de serviço público com peculiaridades, objeto de preocupações próprias, chamada pelos americanos de indústria legal (IBGC, 2015).

Esta pesquisa buscou indicar o nível de governança judicial no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, descrevendo a atuação da Corte a partir da lente teórica da Governança Judicial.

1 GOVERNANÇA CORPORATIVA

As organizações cresceram e novas formas de divisão e arranjo do trabalho foram desenvolvidas, a partir de abordagens racionais de otimização de tempo e outros recursos, ocasionando a verticalização da entidade em diversas castas burocrático-administrativas gerando ruídos e inconsistências entre os objetivos dos diversos departamentos, um contexto desfavorável à sinergia e consequentemente a resultados de excelência.

Entre os integrantes de pequenos grupos, os elos mais fortes são os vínculos de confiança e reciprocidade, elementos estes que as grandes organizações perderam no processo de crescimento, a vultuosidade do arranjo organizacional e a aridez das relações sociais baseadas em traços formais técnicos propiciaram o distanciamento entre os indivíduos e objetivos organizacionais que se fracionaram por setores, prevalecendo interesses antagônicos entre os diversos atores e grupos em atividade ou influência na organização que não são conciliados.

A fim de resgatar esses vínculos de confiança surgem as teorias que estudam e recomendam práticas de governança que se baseiam principalmente em ferramentas de controle sobre a gestão da organização, mecanismos de comunicação clara entre os *stakeholders*, definição de papéis, responsabilidade e construção de metas em comum.

O entendimento que se tem hoje sobre governança surgiu a partir de estudos que verificaram haver conflitos de interesses nesse cenário das grandes corporações, sendo o mais relevante o embate entre a figura do proprietário (principal), que objetiva maximizar seus lucros, e o agente (administrador) que busca a autopromoção profissional. Há ainda divergências entre a postura de ambos personagens diante dos riscos, sendo o proprietário menos propenso a atitudes mais ousadas no mercado, buscando mais segurança, e o agente mais disposto a desafios e ações de risco maior mas com possibilidade de grandes ganhos e destaque para sua carreira.

A preocupação da Governança Corporativa é criar um conjunto eficiente de mecanismos, tanto de incentivos quanto de monitoramento, a fim de assegurar que o comportamento dos administradores esteja sempre alinhado com o melhor interesse da empresa (IBGC, 2015)

Dorset e Baker (1979) apontam como definição geral para governança o exercício da autoridade, controle, administração e poder de governar, ou seja, é a maneira como o poder é exercido na administração dos recursos econômicos e sociais de uma organização com o objetivo de seu desenvolvimento.

2 GOVERNANÇA PÚBLICA

As concepções de Estado variam substancialmente entre épocas. Uma das mudanças perceptíveis atualmente é a aproximação do ente público com as técnicas de gestão e dinâmicas da área privada, o que é motivado por pressões sociais para melhoria dos serviços em decorrência de conscientização dos governados quanto a seus direitos.

Nessa aproximação com as diretrizes do meio privado os elementos das práticas de boa governança corporativa passam a ser aplicados de forma analógica nos entes públicos, tendo em vista o êxito dessas práticas no setor privado das grandes corporações.

No setor público o principal/proprietário é considerado o cidadão e o agente os gestores públicos (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2013).

A possibilidade de uso das práticas de governança corporativa, com adaptações na área pública, se dá por similitude de objetivos. Enquanto na área privada o indicativo de desempenho as vezes pode ser sintetizado em “lucro”, na área pública há outros parâmetros, todavia, também representativos de competitividade que podem ser, o volume de serviços que se consegue ofertar a população, a efetividade desses serviços, a eficácia na efetivação das políticas públicas, ou saldo superavitário nas contas da entidade.

3 GOVERNANÇA JUDICIAL

Para Ribeiro (2008) a causa da morosidade judicial tem também, além de outros fatores, traços culturais de origem histórica. A autora relata que, em face da influência da colonização portuguesa, no Judiciário brasileiro ocorre a distinção “entre o ‘país formal’, cuja existência se verifica na constituição e nos códigos legais, e o ‘país real’, que segue alheio dos direitos preconizados pelas leis” (RIBEIRO, 2008, p. 467).

A partir da década de 1990, várias mudanças legislativas, como a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; a publicação da Emenda Constitucional 22; a Emenda Constitucional 45; e a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar tiveram como finalidade dotar o sistema judicial brasileiro de requisitos que o permitissem atuar de maneira mais ágil, menos complexa e mais transparente. Dessas mudanças, a mais relevante, segundo a autora, foi a Emenda Constitucional 45, que procurou não apenas ampliar, mas, ainda, consolidar os processos de reforma já iniciados, a partir dos seguintes objetivos:

- (i) razoável duração do processo; (ii) proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a efetiva demanda judicial e a respectiva população; (iii) funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional; (iv) distribuição imediata

dos processos em todos os graus de jurisdição; e (v) criação do Conselho Nacional de Justiça” (RIBEIRO, 2008, p. 469-470).

Para alcançar esses objetivos, o judiciário se abriu para os conhecimentos das áreas organizações, estando em busca de abordagens adequadas ao seu tipo de atuação, dentre elas a governança se mostra promissora.

Para Akutsu e Guimarães (2014) governança judicial:

Entende-se, assim, que o conceito de governança é multifacetado e plural, envolve distintas dimensões e está alinhado com práticas de gestão e de controle de organizações, tanto públicas quanto privadas. Buscando delimitar esse conceito especificamente para o Judiciário, para os efeitos deste artigo, adota-se o seguinte conceito de governança judicial: conjunto de políticas, processos, costumes, atitudes, ações, comportamentos e decisões necessário ao controle de organizações do Poder Judiciário. Este conceito parte do pressuposto que governança judicial fundamenta-se em instituições, isto é, em regras, em normas, em padrões de conduta socialmente construídos e legitimados e manifesta-se em práticas, ações e comportamentos dos distintos atores do sistema judicial (AKUTSU, 2014, p. 51).

Um dos fatores mencionados para a priorização do assunto por esses representantes dos poderes da República é que “poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária e que os principais problemas relacionados à administração da Justiça relacionam-se à morosidade das ações judiciais e a baixa eficácia de suas decisões” (BRASIL, 2004).

Reconhece-se ainda que os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário são graves por retardar o desenvolvimento nacional e desestimular investimentos, propiciando a inadimplência, gerando impunidade e solapando a crença dos cidadãos no regime democrático.

Tal comprometimento foi reafirmado em 2009 pelo “II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”, firmado pelas mesmas instituições e com os seguintes objetivos:

- I - acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados;
- II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos;
- III - aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2009).

Para Stumpf (2008) algumas das principais causas da morosidade e baixa efetividade das ações judiciais estão relacionadas à gestão

(...)os fatores externos, ainda que contribuam para a morosidade, não estão, efetivamente, entre as suas principais causas. Ao contrário do que muitos defendem, inclusive os membros do próprio Judiciário, o que revela verdadeira omissão de responsabilidade, as causas internas devem ser apontadas como aquelas mais significativas para a lentidão do sistema. Entre elas, especificamente, a omissão do juiz na gestão da unidade jurisdicional

e em geral a desorganização administrativa do Judiciário brasileiro, merecem absoluto destaque, em especial se considerado o primeiro grau de jurisdição (STUMPF, 2009, p. 161).

Ng (2011) argumenta pela criação da área temática governança judicial, por acreditar que a abordagem do ponto de vista estritamente jurídico é insuficiente para a compreensão de questões que envolvem a crescente cobrança por maior *accountability* por parte dos inúmeros atores com interesse no funcionamento das cortes, sendo necessária uma abordagem interdisciplinar entre as áreas do Direito, Política, Economia e Administração. Destaca ainda que a disciplina governança judicial tem objeto e características próprias e visa a solução de conflitos sociais, individuais e coletivos, buscando identificar práticas que permitam às organizações do Poder Judiciário alocar de forma mais eficiente, recursos escassos, baseando-se em princípios constitucionais, leis, normas gerais, instituições, recursos, capacidades, práticas e métodos de gestão para o planejamento, acompanhamento e controle das atividades de organizações encarregadas da prestação de serviços judiciais.

A tese de Akutsu e Guimarães (2014) teve por objeto identificar as relações entre construtos e variáveis observáveis que explicam a governança judicial de tribunais brasileiros, para isso, sua matriz teórica principal foram a Teoria da Agência (EISENHARDT, 1989) e Teoria dos Custos de Transação (WILLIAMSON, 1981, 1991, 1996), gerando a sistematização de sete construtos teóricos - *Accountability*; Acessibilidade; Independência; Recursos e Estrutura; Práticas de Governança; Ambiente Institucional; Desempenho - e variáveis componentes desses construtos.

O conceito de governança mais recorrente na tese foi o de “ferramenta analítica para compreensão dos fatores que organizam a interação dos atores, a dinâmica dos processos e as regras do jogo” (IBANHES et al., 2007, p. 577).

Exploraram-se os conceitos e método de análise do fenômeno organizacional a partir da Teoria da Agência e da Teoria dos Custos de Transação. Da primeira adaptando os atores que representam os papéis de principal e agente, que no caso passam a ser considerados respectivamente os cidadãos e os gestores públicos, e por óbvio trazem alterações nas relações, interesses e riscos envolvidos, além do fator de que na esfera pública o movimento da organização deve ser todo pautado em leis e questões políticas. A discussão sobre os riscos é quase irrelevante para área pública, já que decorre principalmente das oscilações de mercado e diferentes posturas do administrador e do investidor quanto à elas.

Quanto à teoria dos custos de transação, apropriaram-se de seus pressupostos para o exame da eficiência de práticas de governança em situações específicas. Um exemplo de seus pressupostos é o reconhecimento de que agentes humanos estão sujeitos à racionalidade limitada e pelo menos alguns agentes são propensos ao oportunismo (WILLIAMSON, 1981).

Akutsu e Guimarães (2014) pontuam que a unidade básica de análise da Teoria dos Custos de Transação é a própria transação que “ocorre quando um bem ou serviço é transferido por meio de uma interface separável tecnologicamente” (WILLIAMSON, 1981, p. 552), sendo abordadas as transações a partir das dimensões: incerteza, frequência de recorrência e grau

de investimento em ativos específicos necessários para realização a transação. No contexto da tese de tais autores, para análise das práticas de governança, foram adotadas as seguintes premissas baseadas na Teoria dos Custos de Transação: práticas de governança influenciam os custos de transação e, em consequência, a eficiência dos serviços do Poder Judiciário; não existe, a priori, uma estrutura de governança superior à demais – a eficiência das transações depende, entre outros fatores, da adequação de práticas de governança ao respectivo ambiente institucional, para cada situação específica; e os custos de transação podem ser minimizados mediante o alinhamento das transações com práticas de governança que coordenem as ações entre agentes e principais.

Quanto à Teoria da Agência, seu foco é no modelo de contrato a ser estabelecido entre principal e agente, que deve ser coerente com o ramo de atuação do empreendimento, vultuosidade de recursos e objetivos das partes, sendo destacado por Eisenhardt (1989) que basicamente há dois tipos, os baseados em resultados ou baseados em comportamentos dos agentes, sendo os primeiros preferíveis para que o agente atue de acordo com os interesses do principal e em áreas facilmente mensuráveis, já o segundo é recomendável quando a relação entre principal e agente tem bases de confiança e as atividades do ramo são facilmente especificáveis, observáveis e avaliáveis.

Tecendo comentários sobre as similitudes e diferenças entre a Teoria dos Custos de Transação e Teoria da Agência, os autores indicam:

Para Williamson (1981, 1991), a avaliação dos custos de transação pode ser utilizada para a escolha de estruturas de governança mais eficientes entre alternativas de hierarquia e mercado: empresas que elaboram determinado componente internamente (hierarquia) ou que comprem esse componente de um fornecedor autônomo (mercado). O exame dessas alternativas não é relevante para o estudo de governança judicial, uma vez que os órgãos do Poder Judiciário são burocracias legalmente estruturadas, com pouca flexibilidade para demitir servidores concursados e contratar tais serviços no mercado. Não obstante, seus pressupostos são úteis para o exame da eficiência de práticas de governança em situações específicas.

A Teoria de Custos de Transação propõe-se a estudar as organizações com base nos seguintes pressupostos: o reconhecimento de que agentes humanos estão sujeitos à racionalidade limitada e pelo menos alguns agentes são propensos ao oportunismo (Williamson, 1981). Eisenhardt (1989:64) destaca que além dessas premissas serem as mesmas da Teoria da Agência, as duas teorias têm variáveis dependentes similares: para a autora, “hierarquias correspondem, grosso modo, a contratos baseados em comportamentos, e mercados correspondem a contratos baseados em resultados”.

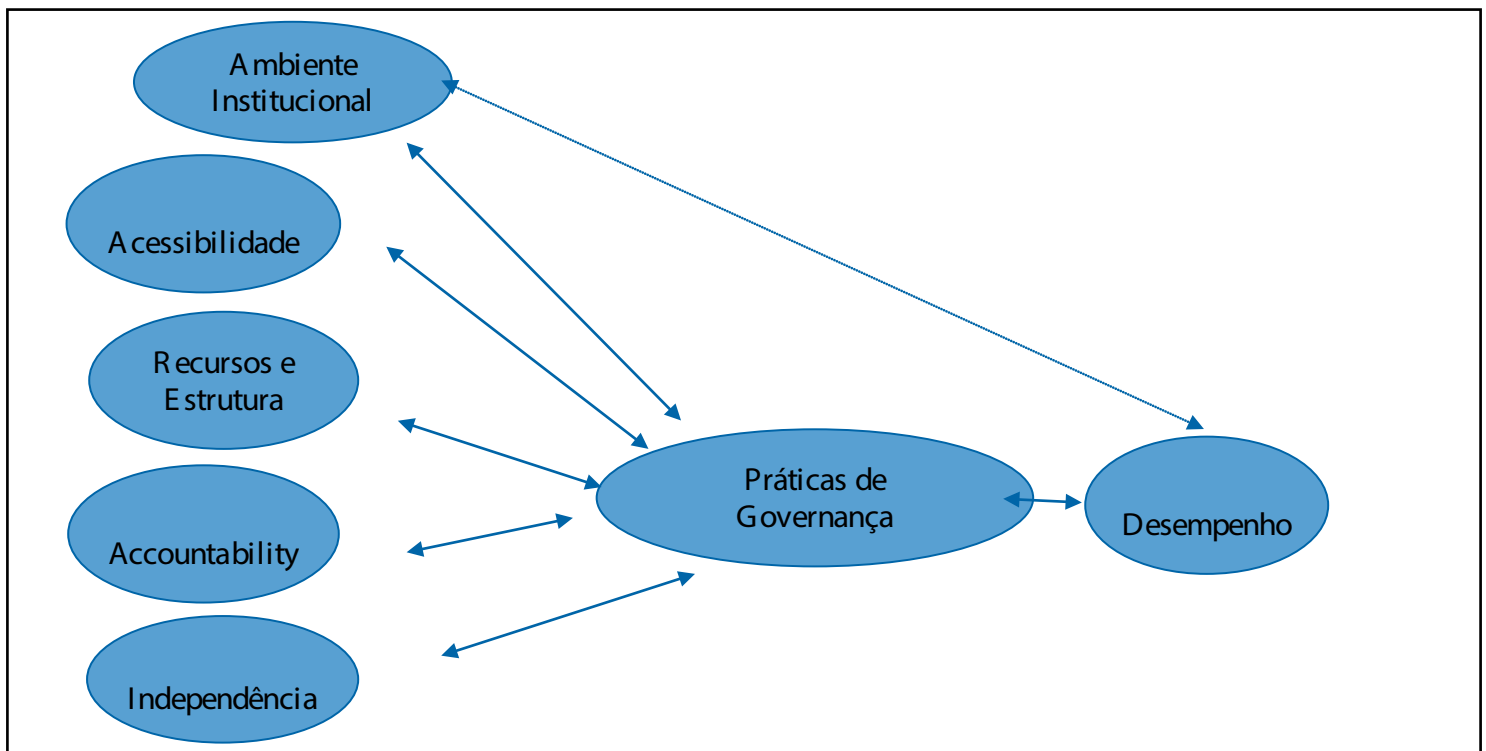
Embora tenham premissas similares, a Teoria da Agência e a Teoria de Custos de Transação diferem no foco de análise: a primeira busca examinar o contrato entre partes que cooperam, enquanto a segunda tem como foco as fronteiras da organização (Eisenhardt, 1989). A unidade de análise da Teoria da Agência é o contrato, mesmo que não escrito, entre o principal e o agente, considerando: a) o interesse pessoal, a racionalidade limitada e o grau de aversão ao risco das partes envolvidas; (b) a assimetria de informações entre o principal e o agente; (c) a possibilidade de ocorrência de comportamento oportunista do agente em decorrência de conflito de seus objetivos com os do principal. Eisenhardt (1989) destaca que, uma vez que a unidade de análise, na Teoria da Agência, é o contrato que governa a relação entre agente e principal, o foco desta teoria é justamente determinar o contrato mais eficiente que governa essa relação, de forma a minimizar os problemas que podem ocorrer na relação de agência (AKUTSU; GUIMARÃES, 2014, p. 48)

Os autores apresentaram os construtos de seu modelo teórico-metodológico como:

Figura 1 – Construtos de Governança Judicial

Construtos	Definição Operacional	Fontes
Acessibilidade	possibilidade oferecida aos cidadãos de recorrerem a todos os serviços judiciais oferecidos pelo Poder Judiciário, de contactarem magistrados e cortes judiciais, e de serem tratados da mesma forma, sem sofrerem ameaças de qualquer espécie, independentemente de sua renda, condição socioeconômica ou localização geográfica de sus domicílios.	Beer (2006); Staats, Bowler e Hiskey (2005)
Accountability:	responsabilidade, obrigação e responsabilização de quem ocupa um cargo ou função pública em dar publicidade e motivar seus atos administrativos, em prestar contas perante outras pessoas ou organizações, segundo os parâmetros da lei, estando envolvida a possibilidade de sanção decorrente do não cumprimento dessa diretiva. No sistema judicial, a <i>accountability</i> se divide na motivação dos atos processuais e de sentenças proferidos pelos magistrados, no exercício de suas funções, e na transparência dos atos de gestão dos magistrados e servidores que exercem funções administrativas nos Tribunais.	Campos (1990); Mollah (2010); Oliveira (2005, 2009); Pinhos e Sacramento (2009)
Independência	capacidade dos magistrados de agirem em conformidade com os princípios e normas da Constituição e com os fatos apurados em cada caso concreto, de forma a salvaguardar os direitos dos cidadãos, protegendo-os de interesses e pressões que contrariem princípios e normas constitucionais, advindas de qualquer origem, inclusive de eventual abuso de autoridade de representantes dos poderes Executivo e Legislativo, de interesses e pressões ilegítimas oriundas daqueles que os nomearam ou da própria direção dos Tribunais, ou, ainda das partes litigantes e de eventuais pressões para adoção de decisões inconstitucionais de cunho populista.	Beer (2006); Canes-Wrone et all. (2010); Cordis (2009); Kleman e Mahoney (2005); Peerenboom (2006); Rosenbloom (2010); Staats, Bowler e Hiskey (2005)
Recursos e Estrutura	conjunto de: (a) servidores e magistrados organizados em carreiras; (b) instalações e equipamentos para servidores e magistrados exercerem adequadamente suas funções; (c) sistema de informação judicial e de (d) conhecimento acumulado pelas organizações do Poder Judiciário, que têm como características serem valiosos, raros, não substituíveis e difíceis de serem imitados.	Barney (1991); Bybee e Pincok (2011)
Práticas de governança	conjunto de decisões, contratos e transações relacionadas às políticas, processos, costumes, atitudes, ações, comportamentos e decisões necessárias à solução de conflitos sociais, individuais e coletivos pelo Poder Judiciário, ancorados por regras e princípios constitucionais, por leis, normas gerais e instituições, por recursos, capacidades e por práticas e métodos de gestão utilizados para o planejamento, acompanhamento e controle das atividades de organização encarregadas da prestação de serviços judiciais.	Eisenhardt (1989); Ng (2011); Williamson (1981, 1991, 1996)
Desempenho	resultados alcançados por magistrados e Tribunais que indicam: (a) o nível de adoção de boas práticas de governança judicial relacionadas aos construtos Acessibilidade, <i>Accountability</i> , Independência e Recursos e Estrutura; e (b) a qualidade do sistema judicial em termos de tempo de julgamento, custo dos processos judiciais e qualidade das sentenças.	Beer (2006); Chemin (2010); Kahan (2006); Ng (2011); Mendelski (2009); Staats, Bowler e Hiskey (2005)
Ambiente institucional	conjunto de práticas, princípios e regras constitucionais, leis, regulamentos, costumes, valores, políticas, processos e instituições que delimitam e influenciam a atuação e a interação de órgãos do Poder Judiciário com outros órgãos do próprio Poder Judiciário, com partes litigantes e com outros atores do sistema judicial.	Ng (2011); Williamson (1996)

Fonte: Akutsu e Guimarães, 2014, p. 57.

Figura 2 – Relação entre os construtos de Governança Judicial

Fonte: Akutsu e Guimarães, 2014, p. 64.

Como se observa o eixo principal do modelo são as Práticas de Governança, que tem relação direta com todos os demais construtos, exercendo assim sua influência sobre todo o sistema. O Ambiente Institucional não tem relação de influência direta com o Desempenho, podendo vir ou não a afetá-lo e tem relação direta com as Práticas de Governança. Os demais construtos, influenciam diretamente as Práticas de Governança que por sua vez influenciam diretamente o desempenho.

4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Houve revisão de literatura teórico-empírica em que foram analisados artigos, monografias e outros materiais científicos sobre a temática governança judicial, eficiência judicial, mudanças organizacionais e mudanças no judiciário, incluindo-se produções locais, e análise documental dos atos formais do Poder Judiciário de Rondônia. Houve entrevistas em profundidade com 3 magistrados da Corte e foi utilizada a ferramenta de coleta de dados desenvolvida por Akutsu e Guimarães (2014), que se trata de questionário em escala *likert*, com 27 variáveis que são desdobramentos de 6 construtos: *Accountability*; Acessibilidade; Independência; Recursos e Estrutura; Ambiente Institucional e Desempenho. O 7º construto é Práticas de Governança que é considerado de segunda ordem e sua análise decorre da análise combinada dos construtos *Accountability*, Acessibilidade, Independência e Recursos e Estrutura.

As opções de resposta variam de 1 a 7, sendo 1 discordância total com a proposição indicada, e 7 concordância total, havendo espaço ao final para que os participantes da pesquisa possam anotar observações e impressões sobre o assunto abordado na questão, eis que,

podem ser registradas experiência e ideias não abordadas nas questões e que enriqueçam a pesquisa. Os dados foram tabulados e analisados com o mesmo tratamento feito pelo autor da ferramenta após a validação da mesma, a fim de interpretação a relação entre as dimensões de governança.

5 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados são apresentados a partir da análise das hipóteses e sua discussão, além dos gráficos que demonstram os coeficientes de correlação e as médias gerais.

H1 – Ambiente Institucional influencia positivamente o Desempenho.

A dimensão ambiente institucional avalia o contexto macro e micro que a entidade judicial está inserida, vale dizer, as regras do jogo, que no caso podem ser macro, como a legislação aplicada que em quase totalidade é de âmbito nacional, dessa forma o TJ/RO compartilha nesse aspecto de mesmas condições dos demais tribunais, e o aspecto micro, que se refere as peculiaridades culturais locais, como usos e costumes, práticas, economia local que invariavelmente afetará os tipos de demandas etc.

Dessa forma, o que se avalia é se os pesquisados consideram que o ambiente institucional em que estão inseridos é fator preponderante no desempenho do tribunal, vale dizer, se a legislação, se as práticas dos advogados e outros profissionais do direito, se os costumes locais afetam diretamente os resultados. Na tese de Akutsu (2014) essa hipótese foi rechaçada.

Na presente pesquisa das 5 variáveis/perguntas para a dimensão ambiente institucional, 3 foram respondidas indicando-se a influência dessas variáveis nos resultados do tribunal as outras duas, AMB4 e AMB5 as respostas foram no sentido de não haver atuação relevante no tribunal sobre ambos assuntos, que tratam de projetos educativos da população quanto aos serviços judiciais e quanto a projetos de trocas de experiências com outros tribunais.

De acordo com a análise de coeficiente de correlações entre as dimensões abaixo expostas, a hipótese também não se confirma, uma vez que a correlação existente entre ambiente institucional e desempenho é muito próxima a zero, 0,251.

Tal fato pode ser atribuído à adaptação que os profissionais ajustam em seu labor a partir do ambiente, sem que isso comprometa significativamente os resultados. Por exemplo, uma mudança de legislação implica em alteração de ambiente, mas as novas regras são assimiladas pelos profissionais e não vão interferir substancialmente na produção, já que o rearranjo produtivo se adapta a nova legislação vigente, influenciando mais no direito das pessoas em litígio do que no volume de produção.

Conforme pontuado por Ribeiro (2008) no Brasil a cultura de acreditar que mudando a lei se resolveriam os problemas de acúmulos de processos já foi negada, diante das várias mudanças sem respectivo impacto nesse aspecto.

Nos termos mencionados por Akutsu e Guimarães (2014), a negação dessa hipótese

demonstra a convicção dos consultados no sentido de que o ambiente institucional não seria fator preponderante no desempenho do Tribunal, demonstrando a crença de que a instituição tem a capacidade de se adaptar às contingências do meio.

Sobre a ótica da Teoria dos Custos de Transação (Williamson, 1981), pode-se concluir que a entidade se adapta às contingências do meio, alterando sua estrutura de acordo com a legislação e demandas sociais. As escolhas feitas pela entidade no que se refere a aquisição ou produção de seus insumos demonstra essa adaptação, por exemplo, deixar de comprar softwares para produzi-los internamente e a terceirização de serviços de limpeza.

H2 – Práticas de Governança influenciam positivamente o Desempenho.

A dimensão “práticas de governança” é tida por desdobramento de outras 4 dimensões, a saber, *Accountability*, Acessibilidade, Independência e Recursos e Estrutura.

Em todas as 4 dimensões primárias que compõe a práticas de governança as respostas em sua maioria foram positivas no sentido de serem adotados tais procedimentos de boas práticas, o que se coaduna com as respostas da dimensão desempenho que também foram afirmadas pelos respondentes como grau próximo ao máximo da escala.

O coeficiente de correlação indicou existir correlação direta positiva apenas com relação à dimensão Recursos e Estrutura, alcançando patamar muito superior a zero, no caso 0,762. Em segundo lugar, próximo ao mínimo de coeficiente para se concluir a correlação está a dimensão *Accountability*, e as dimensões Independência e Acessibilidade não afetariam o desempenho.

Dessa sorte, repete-se a conclusão da tese de Akutsu (2014) no sentido de que, os consultados entendem os Recursos e Estrutura como fator preponderante na alteração dos resultados da instituição.

H3 – Práticas de Governança influenciam positivamente o Ambiente Institucional.

A relação de práticas de governança com o ambiente institucional, no plano teórico indicaria uma melhora sucessiva entre ambas dimensões, pois as práticas de governança tenderiam a estimular que o ambiente adote postura de cooperação. Tal premissa se confirmou na pesquisa. Conforme primeira coluna da tabela, todas as dimensões de práticas de governança têm coeficiente consideravelmente superior a zero em relação ao Ambiente Institucional, dessa sorte, conclui-se haver correlação direta entre essas dimensões.

Diferente da tese de Akutsu (2014), que aponta a possibilidade ou não de influência, na presente pesquisa no TJ/RO a relação é direta, dessa forma, na visão dos consultados é sempre presente, o que implica dizer que a implementação de práticas de governança automaticamente, no entender dos pesquisados, influencia positivamente no ambiente institucional. Assim, a hipótese é confirmada.

Segue abaixo a tabela de coeficientes de correlação e análise sintética das relações entre todas as dimensões:

Figura 3 - Correlação entre as dimensões de Governança

		AMB MEDIA	ACT MEDIA	ACE MEDIA	IND MEDIA	REC MEDIA
ACT MEDIA	Correlação de Pearson	0,540*				
	Sig. (bilateral)	,038				
	N	15				
AC MEDIA	Correlação de Pearson	0,707**	0,793**			
	Sig. (bilateral)	,003	,000			
	N	15	15			
IND MEDIA	Correlação de Pearson	0,604*	0,383	0,392		
	Sig. (bilateral)	,017	,159	,148		
	N	15	15	15		
REC MEDIA	Correlação de Pearson	0,541*	0,659**	0,464	0,519*	
	Sig. (bilateral)	,037	,007	,082	,048	
	N	15	15	15	15	
DES MEDIA	Correlação de Pearson	0,251	0,429	0,224	0,218	0,762**
	Sig. (bilateral)	,366	,111	,422	,436	,001
	N	15	15	15	15	15

Fonte: Dados da Pesquisa

A correlação é significativa no nível 0,05 (bilateral)..

A correlação não é significativa no nível 0,01 (bilateral)..

Com relação à análise das relações de todas as dimensões entre si, conforme aponta o gráfico acima, podem ser feitas as seguintes inferências:

- Observa-se que a amostra a dimensão Amb tem correção significativa positiva ao nível de significância $\alpha = 0,05$ (influência positiva) com as quatro dimensões ACE, IND, REC e ACT (nessa ordem) mas não com o DES;
- A dimensão ACT tem correção significativa positiva ao nível de significância $\alpha = 0,05$ (influência positiva) com as dimensões ACE, REC e AMB (nessa ordem), mas não com Des nem IND;
- A dimensão ACE tem correção significativa positiva ao nível de significância $\alpha = 0,05$ (influência positiva) com as dimensões ACT e AMB (nessa ordem), mas não com IND, nem REC nem DES;
- A dimensão IND tem correção significativa positiva ao nível de significância $\alpha = 0,05$ (influência positiva) somente com as dimensões AMB e REC (nessa ordem);
- A dimensão REC tem correção significativa positiva ao nível de significância $\alpha = 0,05$ (influência positiva) com as quatro dimensões DES, ACT, AMB e IND (nessa ordem);
- Somente tem correção significativa positiva ao nível de significância $\alpha = 0,05$ (influência positiva) da dimensão DES com REC.

Análise Global das Médias das Dimensões

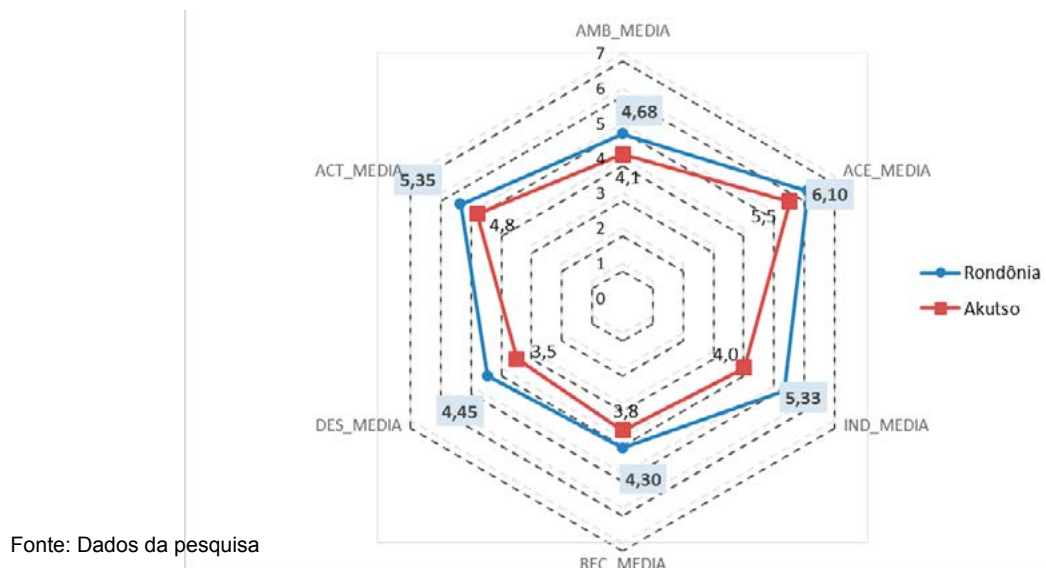
Analisando os números de forma global identifica-se que pelo sentir dos respondentes o TJ/RO, nos quesitos avaliados encontra-se acima da média de respostas na escala *likert*.

A escala utilizada para medir o grau de concordância com os enunciados representativos das variáveis, foi de 0 a 7, sendo zero a discordância total com o enunciado e 7 a concordância total, dessa forma, valores de média superiores a 4 indicam que os respondentes confirmam a

premissa, sendo que, quanto mais superior a 4 for a média maior o grau de confirmação.

Em todas as dimensões, os respondentes indicaram concordância que representam média superior a 4, destacando-se as dimensões independência e acessibilidade que tiveram médias maiores. Destaca-se ainda, que todas as médias foram superiores àquelas apontadas na pesquisa de Akutsu e Guimarães (2014), o que pode levar a se concluir, associado aos dados do CNJ, que o TJ/RO possui características de desenvolvimento acima da média nacional.

Figura 4 - Índices Médios por Dimensões



Os resultados superiores da variável acesso à justiça se coadunam com as informações do CNJ e falas dos entrevistados em profundidade no sentido de destacar-se o TJ/RO por projetos de atendimento em massa à população, como a Justiça Itinerante, que foi o primeiro desenvolvido em tribunais no Brasil, os mutirões DPVAT, mutirões de negociações com grandes empresas etc.

Um contraponto seria, o apontado pelos entrevistados que indicaram haver excesso de acesso por determinados nicho sociais, como as demandas de dano moral por negativação indevida, em que se discute haver “indústria” do dano moral, consistente na cultura de sempre ingressar com demandas judiciais antes de tentar resolver esse tipo de problema de outras formas.

Quanto à dimensão independência, os entrevistados também afirmaram que o tribunal de forma geral, respeita a autonomia funcional do magistrado, o que implica em dizer, que o profissional tem liberdade de convicção pra proferir suas decisões, e que há preocupação na segurança dos magistrados, principalmente os que atuam em áreas de risco como Vara de Tóxicos, em que são constantes as ameaças, destacando-se que mesmo sendo um Estado com índices de desenvolvimento econômico não tão elevados, as notícias de atentados a juízes não são tão presentes como se observa noutras unidades da federação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa analisou tanto o arcabouço teórico do desempenho dos tribunais a partir do modelo teórico-metodológico da Governança Judicial e suas fontes base, quanto o nível de governança a partir dos atores internos ao sistema judicial, no caso, os magistrados do TJ/RO.

Tanto esta pesquisa quanto à tese de doutoramento da qual buscou-se subsídios científicos, descreveram as condições de governança na visão dos agentes internos, o que pode apontar resultados tendenciosos, representativos da cultura judicial de cada nicho analisado, todavia, não abrangente do fenômeno judicial como um todo, que envolveria outros atores, como advogados, promotores, cidadãos enfim outros *stakeholders*. Dessa sorte, uma limitação da pesquisa é quanto a abrangência do fenômeno.

Uma potencialidade é que, os agentes consultados são os mais diretamente vinculados aos resultados das Cortes, magistrados, assim, o reconhecimento da visão destes viabiliza maior possibilidade de intervenção, não se esquecendo que um fenômeno para seu amplo entendimento também há de ser visto sob outros ângulos, no caso, há necessidade de estudos abrangendo os outros atores e partes interessadas, para avanço da matéria.

O resultado apontado por essa pesquisa no sentido de ser a dimensão Recursos e Estrutura a mais relevante para o desempenho dos tribunais deve ser visto também, sob a possibilidade de haver influência de questões de cultura organizacional, já que, a alegação de falta de recursos por vezes, em algumas organizações é a mais vinculada ao modelo mental dos gestores do que a dinâmica de produção em si.

Inegáveis os números levantados que apontam o aumento vertiginoso na quantidade de processos a serem julgados e que não foi acompanhado de crescimento de recursos, o que reforça o resultado da pesquisa, no sentido de recursos e estrutura serem mais relevantes neste momento de crescimento de demanda, mas há necessidade de novos estudos para analisar a cultura organizacional dos tribunais a fim de verificar se além desta dimensão, outras teriam também condições de influenciar significativamente os resultados. Cabe pontuar que, o volume de recursos em si, é matéria de pouca possibilidade de alteração, a tendência é que os orçamentos dos tribunais continuem os mesmos, dessa sorte, outros elementos com maiores possibilidades de alterações devem ser geridos para melhoria dos resultados, incluindo nisso a própria alteração na alocação dos mesmos recursos.

Quanto à dimensão Ambiente Institucional a visão dos consultados é de que, as Cortes se adaptam às mudanças de legislações e posturas de agentes externos, não influenciando esses significativamente nos resultados, resultado este que pode também ter sido influenciado por traços de cultura organizacional.

Vale destacar que, a dimensão Recursos e Estrutura, também se vincula às atividades de capacitação e aprimoramento técnico que possam ser oportunizadas aos agentes internos pelas Cortes, assim, também aborda aspectos fora do financeiro material. Para outros estudos, é recomendável a divisão desta dimensão, em aqui engloba o capital humano, sistema de informações, conhecimento organizacional e etc. para avaliar o impacto nos resultados a partir destas subdivisões.

Os resultados da pesquisa, com relação às médias, apontaram para o TJ/RO valores superiores à pesquisa de Akutsu (2014) que avaliou os tribunais nacionais, mas quanto às correlações das variáveis e dimensões os resultados foram muito próximos, o que reforça o modelo metodológico da Governança Judicial construído pelo referido autor, e aponta que, mesmo no contexto local, com diferentes resultados para as variáveis analisadas isoladamente, a correlação entre elas permanece a mesma.

De forma geral o TJRO apresenta bons resultados em níveis de governança, que são práticas recentes nos tribunais, dessa forma, pode-se concluir que o processo de implantação das práticas de governança está avançando devendo se aprimorar neste rumo.

Como o foco apontado como de maior relevância, Recursos e Estrutura, nem sempre é alterável, o orçamento é relativamente fixo, proporcional ao PIB do Estado, áreas em que a Corte pode centrar seus esforços são a gestão destes recursos de pouca variação para potencialização da estrutura já existente. Por exemplo, com o avanço do processo virtual, a tendência é a redução de gastos com papel, redução de espaço para arquivo que poderá ser utilizado para outros serviços, assim dispensando a necessidade de locação ou aquisição de prédios. Cabe ainda a reflexão quanto à alocação de recursos em capacitação e ações externas como educação da população sobre seus direitos e funcionamento das Cortes, este último, apontado na pesquisa como pouco praticado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José P. Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 4a. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2009.

ANAO. Australian National Audit Office. Performance Information in Portfolio Budget Statements. Canberra: Commonwealth of Australia, 2002, n. 18.

AKUTSU, Luiz. Governança Judicial: construção e validação de modelo teórico-metodológico. Tese (Doutorado em Administração da UNB). Brasília. 2014.

BARRET, P. Achieving better practice corporate governance in the public sector. AM Auditor General for Australia. 2005. Disponível em: <<http://www.anao.gov.au>>. Acesso em: 20 jan.2010.

BRASIL. Pacto de Estado em Favor de um Judiciário Mais Rápido e Republicano. Diário Oficial da União. Brasília: Imprensa Nacional, n. 241, seção 1, p. 8-9. 16/12/2004.

_____. II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça Mais Acessível, Ágil e Efetivo. Diário Oficial da União, Brasília: Imprensa Nacional, n. 98, seção 1, p. 1-2. 26/5/2009.

_____. Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 23/1/2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Justiça em números 2013: ano-base 2012. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2013c. 346 p. il.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Revista do Serviço Público, ano 47, vol. 120, n.1, 1996.

BYBEE, Keith J.; PINCOCK, Heather. Efficient, fair, and incomprehensible: how the State “sells” its Judiciary. Law & Policy, v. 33, n. 1, p. 1-26, jan.2011.

CAMPOS, Ana M. Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o Português? Revista de Administração Pública. Vol. 24, n. 2, p. 30-50, fev/abr. 1990.

CLAESSENS, S. Corporate governance and development. The World Bank Research Observer, v. 21, n. 1, Spring 2006.

DEMSETZ, Harold. Toward a Theory of Property Rights, American Economic Review, 57, 1967, p. 347-359.

DORSET, Poole; BAKER, Davies. Webster’s new universal dictionary. London, 1979.

EISENHARDT, Kathleen M. Agency theory: an assessment and review. Academy of Management Review, v. 14, n. 1, p. 57-74, 1989.

IBANHES, Lauro C. et al. Governança e regulação na saúde: desafios para a gestão na região metropolitana de São Paulo, Brasil. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 575-584, 2007.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Governança Corporativa. 2015. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161>>. Acesso em 29/11/2015.

IFAC. INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS – PSC/IFAC.Study. 13.Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective. 2001. Disponível em: <http://web. PSC/IFAC.org/publications/international-public-sector-accounting-standardsboard/studies-and-research-reports#study-12-perspectives-on> Acesso em: 07/12/2010.

_____. Origens da Governança Corporativa. 2015. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18166>>. Acesso em 29/11/2015.

KAHAN, Marcel. The demand for corporate law: statutory flexibility, judicial quality, or takeover protection? The Journal of Law, Economics, & Organization, v. 22, n. 2, p.340-365, 2006.

KICKERT, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. 6ª ed. São Paulo: FGV, 2005.

KICKERT, Walter J.M. Public governance in the Netherlands: in the alternative to anglo-american 'managerialism'. *Public Administration*, v. 75, p. 731-752, 1997.

MATIAS-PEREIRA, José. A Governança Corporativa Aplicada no Setor Público Brasileiro. *Revista Administração Pública e Gestão Social*. Vol. 2, n. 1 p. 109-134. Viçosa, 2010.

NG, Gar Y. A discipline of judicial governance? *Utrecht Law Review*. Volume 7, Issue 1, 2011.

SCHWENGBER, Silvano Battaglin. Mensurando a Eficiência no Sistema Judiciário: Métodos Paramétricos e Não-Paramétricos. Tese (Doutorado em Economia da UNB). Brasília, 2006.

STUMPF, J. C. Poder Judiciário: morosidade e inovação. Dissertação de mestrado. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2008. 175 fl. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/>>. Acesso em 29/11/2015.

TIMMERS, Hans. Government Governance: corporate governance in the public sector, why and how? The Netherlands Ministry of Finance. 9^a Free Public Sector Conference. 11/2000.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública. Brasília. 2013. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2666622.PDF>>. Acesso em 29/11/2015.

WILLIAMSON, Oliver E. The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. *The American Journal of Sociology*, v. 87, n. 3, 1981.

ZYLBERSZTAJN, Decio. Estrutura de Governança e Coordenação do Agribusiness: Uma Aplicação da Nova Economia das Instituições. Tese (Doutorado em Economia), Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.

DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS NA JUSTIÇA COMUM E O (IN)ACESSO À JUSTIÇA

Emy Karla Yamamoto Roque

RESUMO: Atualmente as demandas previdenciárias tramitam sob dois procedimentos principiológica e processualmente diversos, a depender única e exclusivamente do domicílio do jurisdicionado. Tal realidade que, retratada nua e cruamente, parece impensável à luz dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, dentre outros, não é recente. Ocorre desde 2001, com a entrada em vigor da Lei 10259/2001 e consequente instalação dos Juizados Especiais Federais em algumas (poucas) Comarcas. É que as demandas previdenciárias passaram a tramitar em ditos Juizados, com aplicação dos princípios e regras processuais que visam simplificar e otimizar o trâmite de tais espécies de feitos, implicando redução e até isenção total de gastos e recebimento do almejado benefício previdenciário (verba alimentar) em lapso bem mais curto. Antes disso, quando da promulgação da nossa Carta Maior em 1988, na busca de proteger o hipossuficiente beneficiário residente em Comarcas não dotadas de Varas Federais, fora constitucionalmente delegado à Justiça Comum o processamento e julgamento de ditas demandas, a fim de evitar que a distância entre a residência do beneficiário e o Município dotado de Vara Federal configurasse obstáculo ao implemento do benefício. A razão de ser do constituinte originário é óbvia: os beneficiários são trabalhadores que necessitam implementar sua aposentadoria, ou auxílio-saúde, ou ainda beneficiários do LOAS – idosos, gestantes, incapacitados de trabalhar, dentre outros, cujo denominador comum é a hipossuficiência econômica. Inobstante, na Justiça Comum as demandas previdenciárias tramitam, ainda hoje, nas Varas Cíveis, com incidência das normas processuais do Código de Processo Civil, o que torna o feito mais moroso e custoso. O artigo pretende abordar essa realidade jurídica sob o enfoque dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, com especial análise acerca do (in)acesso à justiça.

Palavras-chave: Constituição. Acesso à Justiça. Demandas Previdenciárias. Competência Delegada. Igualdade.

ABSTRACT: Currently, the social security claims are processed under two procedural principle and procedurally diverse, depending solely and exclusively on the domicile of the user of the jurisdiction. Such a reality which, portrayed bare and crudely, seems unthinkable in the light of the principles of equality and dignity of the human person, among others, is not recent. It takes place since 2001, with the entry into force of Law 10259/2001 and consequent installation of the Federal Special Courts in some (few) Counties. The social security claims began to process in those Courts, with application of the principles and procedural rules that aim to simplify and optimize the processing of these kinds of facts, implying reduction and even total exemption of expenses and receipt of the desired social security benefit (food allowance) in much shorter

intervals. Before that, at the time of the promulgation of our Charter in 1988, in the quest to protect the hyposufficient beneficiary residing in Counties not equipped with Federal Courts, it had been constitutionally delegated to the Common Court the processing and judgment of those demands, in order to avoid that the distance between the residence of the beneficiary and the Municipality endowed with Federal Court constituted an obstacle to the implementation of the benefit. The reason for being the original constituent is obvious: the beneficiaries are workers who need to implement their retirement, or health assistance, or even beneficiaries of LOAS - elderly, pregnant, incapable of working, among others, whose common denominator is economic hyposufficiency. Nonetheless, in the Common Court, social security claims are still pending in the Civil Courts, with an effect on the procedural rules of the Code of Civil Procedure, which makes it more time-consuming and costly. The article intends to approach this juridical reality under the focus of the principles of equality and dignity of the human person, with special analysis about the (in) access to justice.

Keywords: Constitution. Access to Justice. Social Security Claims. Delegated Competence. Equality.

PRELÚDIO

Paulo estava a passeio na feira agropecuária de Cacoal quando encontra seu compadre João, do vizinho Município de Ji-Paraná, que estava muito feliz e empolgado pois, após negativa administrativa do INSS, havia recentemente obtido sua aposentadoria especial rural judicialmente.

Interessado em também se aposentar, Paulo indagou a João os caminhos trilhados por ele para tanto. João explicou que foi tudo muito simples: dirigiu-se ao Juizado Especial Federal de Ji-Paraná, munido de sua documentação pessoal, contrato de arrendamento e notas fiscais de aquisição de produtos afetos ao trabalho rural. Lá uma servidora ouviu sua história, reduziu a termo, extraiu cópias de seus documentos e lhe entregou um papel indicando uma data e local para que João comparecesse com três testemunhas que conheçam sobre sua lida rural nos últimos 15 anos. Assim, no dia designado, João ali compareceu com seus vizinhos, momento em que foram ouvidos e, logo em seguida, recebeu um papel contendo sentença. O juiz informou a João que sua aposentadoria estaria já implementada.

Intrigado, Paulo questionou a João se ele não teve nenhum gasto, ao que João esclareceu que apenas sua locomoção até o Juizado Especial Federal.

Muito animado, Paulo resolveu buscar também sua aposentadoria, afinal possuía os mesmos requisitos de João, em termos de idade e tempo de labor rural, embora o INSS tenha lhe negado o benefício.

Ocorre que Paulo descobriu que não há na Comarca de seu domicílio, em Cacoal, o tal Juizado Especial Federal. Encontrou o Juizado Especial da Fazenda Pública e Juizado Especial Cível mas lá foi informado que estas espécies de demanda ali não tramitam. Foi informado que para ajuizar a demanda previdenciária em Cacoal deveria contratar serviços advocatícios, o que o deixou muito consternado.

Já no escritório do advogado, este esclareceu a Paulo que o processo dele tramitaria numa Vara Cível, e que as regras processuais aplicadas são mais complexas e, por consequência, demoradas.

Paulo, atônito, sem compreender a razão da disparidade de tratamento entre sua situação e a do seu compadre João, imagina que seja por desconhecer das leis, uma vez que não é “letrado”, mas fica com a estranha sensação de ser tolhido em seu direito e questiona-se, afinal, o que seu compadre João tem de diferente dele.

Este caso hipotético, extraído da realidade jurídico-normativa que perdura há quase duas décadas, desafia os primados do acesso à justiça e dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Percorramos o caminho trilhado pela legislação pátria, a começar pela nossa Lei Maior, a fim de compreender o que ensejou essa, no mínimo, esdrúxula circunstância, refletindo sobre quais seriam as hipóteses viáveis para alteração do quadro.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A SEGURIDADE SOCIAL COMO PROTEÇÃO AO VULNERÁVEL

A Constituição Federal de 1988 reflete o Constitucionalismo em sua fase do Estado Social, ou Estado de Bem-Estar Social, um vez que traz em seu bojo uma ampla gama de direitos fundamentais a ser por ela assegurados, conforme consta expressamente em seu preâmbulo¹.

Assim, nossa Lei Maior enquadra-se nesse modelo de Estado em que, sem deixar a importância das liberdades individuais, busca, para além, também a concretização de direitos coletivos e sociais, como bem externa CRUZ:

Estado de Bem-Estar é o produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal que pretendeu superar as crises de legitimidade que este possa sofrer, sem abandonar sua estrutura jurídico-política. Caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia, pela intervenção, aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos².

A Seguridade Social surge, no contexto da evolução histórica do Constitucionalismo, como importante característica do Estado de Bem-Estar. Perscrutando a origem dessa etapa do Constitucionalismo, CRUZ relata que os doutrinadores ingleses, a partir da década de 90, firmam os princípios fundamentais do *welfare State*, explicitando que

O Estado de Bem-Estar, segundo a doutrina inglesa daquela década, deveria garantir a todos os cidadãos, independente de sua renda, a proteção de direitos sociais relacionados ao trabalho, previdência, saúde, maternidade e educação³.

1 Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

2 CRUZ, Paulo. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2002. p. 168.

3 CRUZ, Paulo. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 176.

A relevância da Seguridade Social é retratada pelo doutrinador, destacando a unanimidade dos autores sobre o assunto quanto ao entendimento de que o surgimento e funcionamento da Seguridade Social Pública produziu a ruptura com o Liberalismo ortodoxo, entre o final da primeira guerra mundial e o início da segunda⁴.

Nessa toada, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 194 que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”⁵.

Os direitos assegurados pela Seguridade Social configuram o mínimo sem o qual a própria existência da pessoa resta fragilizada. Consistem em normas protetivas, que buscam fornecer o mínimo necessário à sobrevivência digna e tornam-se efetivas a partir do momento em que o indivíduo, atingido por enfermidade, invalidez, desemprego ou outra causa, vê-se sem condições de prover o sustento próprio ou de sua família, conforme ensina Lenza⁶.

Acerca da abrangência e finalidade da Seguridade Social, explicita o autor a universalidade de seu alcance, asseverando:

Portanto, todos que vivem no território nacional, de alguma forma, estão ao abrigo do grande guarda-chuva da seguridade social, pois a seguridade social é direito social, cujo atributo principal é a universalidade, impondo que todos tenham direito a alguma forma de proteção, independentemente de sua condição socioeconômica.

A seguridade social, saúde e assistência social compõe os elementos do capítulo nominado “Da Ordem Social” na Constituição Federal, o que já revela a estatura de ditos institutos no que concerne aos direitos de segunda e terceira dimensão.

Mas o cuidado do constituinte originário não se limitou a assegurar ditos direitos no seu aspecto material e substantivo. Preocupou-se o constituinte em senão remover, ao menos reduzir os obstáculos à plena implementação daqueles direitos. É o que veremos a seguir.

2 COMPETÊNCIA DELEGADA DAS DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS

A Constituição Federal, quando da organização do Poder Judiciário, estabeleceu a competência da Justiça Federal em seu artigo 109 e incisos e, conforme o inciso I, é competente a essa Justiça processar e julgar as demandas em que figure autarquia previdenciária como autora ou ré:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...)⁷

4 CRUZ, Paulo. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2002, p. 181.

5 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

6 LENZA, Pedro; SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário Esquematizado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.36

7 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

As demandas previdenciárias em face do Instituto Nacional da Seguridade Social tramitam, por imperativo constitucional, na Justiça Federal.

Ocorre que, quando da promulgação da nossa Lei Maior, em 1988, a estrutura da Justiça Federal não alcançava todo o território nacional – e a enorme dimensão geográfica de nosso país contribui para que assim ainda seja nos dias atuais.

Já a Justiça dita Comum ou Estadual, por suas próprias características, é bem mais capilarizada, estando presente de inúmeras localidades que, quando dotadas de uma vara judicial estadual, recebe o nome de Comarca.

Exemplificativamente, no Estado de Rondônia, enquanto a Justiça Federal está presente na capital, com seis Varas e em três Municípios no interior⁸, a Justiça Estadual possui estrutura em 23 Municípios⁹.

Considerando essa realidade da estrutura dos Poderes Judiciários e ponderando as condições dos beneficiários da Seguridade Social - vulneráveis e hipossuficientes por sua peculiar característica, o constituinte originário teve o zelo e cuidado de inserir no bojo do texto constitucional norma acerca da competência para as demandas previdenciárias, dispondo no parágrafo 3º do artigo 109:

§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual¹⁰.

Assim, excepcionando a competência da Justiça Federal, a Constituição Federal expressamente delegou à Justiça Estadual as demandas em que sejam partes a Autarquia Federal Previdenciária e o segurado ou beneficiário,

A delegação, em 1988, perdura até os dias atuais, e tem sido objeto de discussões, pesquisas e proposições de soluções, diante dos impactos que o deslocamento de dita competência tem na estrutura e operabilidade das Justíças. Isso porque o número de demandas previdenciárias que, originariamente seriam da Justiça Federal é expressivo e têm aumentado exponencialmente, influenciando em muito no trabalho dos Juízos Estaduais das Comarcas não contempladas com Varas Federais – a grande e imensa maioria delas.

Exemplo disso é o Relatório do Conselho Nacional de Justiça publicado em 2013, que pesquisou estatisticamente as demandas previdenciárias na Justiça Estadual e na Justiça Federal entre os anos de 2009 e 2011, destacando-se o noticiado acerca do Estado de Rondônia, de que “outros tribunais em que a competência delegada está impactando de forma significativa são os de Rondônia e São Paulo, pois o impacto deles na justiça federal seria de 999 e 970 processos a mais, por vara, respectivamente”¹¹ e cujo percentual de processos afetos

8 JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária de Rondônia. Subseções. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/sjro/institucional/subsecoes-judiciarias/subsecoes-judiciarias.htm>, acesso em 08/06/19

9 RONDÔNIA. Poder Judiciário. Informações das Comarcas. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/resp-comarcas>, acesso em 08/06/19

10 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

11 CNJ. Competência Delegada. Impactos nos processos da Justiça Estadual. 2013. file:///C:/Users/101191/Downloads/relatorio%20CNJ%20competencia%20delegada.pdf, acesso em 08/06/2019, p. 29

à competência delegada foi reputado alto para o período:

Há apenas cinco tribunais em que o percentual de processos nas varas estaduais supera o patamar de 13% (média nacional). A 3ª Região, composta por São Paulo e Mato Grosso do Sul, concentra o caso mais expressivo, pois globalmente 26% dos processos são de competência delegada, sendo que, no TJSP, correspondem a 27% e, no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (TJMS), a 14%. Outros tribunais com percentual relativamente alto são: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (TJRO), 22%; Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), 17%; e Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins (TJTO), 16%, todos na 1ª Região, cujo percentual global de distribuídos por competência delegada é de 10%¹².

Com a votação da reforma da previdência na atual conjuntura, o debate sobre a competência delegada voltou ao cenário, uma vez que, dentre as propostas do Projeto de Emenda Constitucional 06 de 2019 consta alteração do dispositivo constitucional que trata da delegação das demandas previdenciárias:

§ 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou o fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa.

§ 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal, em que forem parte instituição de previdência social e segurado, possam ser processadas e julgadas na justiça estadual, quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal¹³.

Segundo a proposta de emenda constitucional, haverá necessidade de lei para que haja a delegação da competência, atualmente já assegurada pela Constituição Federal em sua redação original, uma vez que dispõe expressamente que “serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal”.

Assim, as demandas previdenciárias passariam a tramitar na Justiça Federal, até que eventualmente entre em vigor legislação infraconstitucional a estabelecer a delegação de competência.

Doutrinadores e atores do âmbito previdenciário criticam a proposta, afirmando que a mesma compromete o primado do acesso à justiça, a exemplo de Serau Junior:

Nesse aspecto, essa pretensão da Reforma Previdenciária esbarra nitidamente na garantia de amplo acesso à justiça, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, bem como na cláusula do devido processo legal (inciso LV do mesmo dispositivo constitucional), que também assegura, de modo bem amplo, um procedimento adequado ao jurisdicionado – o que pode ser interpretado também pelo aspecto de acesso presencial à jurisdição mais próxima do domicílio do segurado¹⁴.

12 CNJ. Competência Delegada. Impactos nos processos da Justiça Estadual. 2013. file:///C:/Users/101191/Downloads/relatorio%20CNJ%20competencia%20delegada.pdf, acesso em 08/06/2019, p. 13

13 BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n. 06/2019. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019+p06 acesso em 08/06/19

14 SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Reforma Previdenciária #5: Competência Para Julgamento das Ações Previdenciárias 27.mar.2019 <http://genjuridico.com.br/2019/03/27/reforma-previdenciaria-5-competencia-para-julgamento-das-acoes-previdenciarias/> acesso em 08/06/19

A proposta de emenda constitucional traz em seu bojo regra de transição específica para a questão da competência das demandas previdenciárias que, por seu teor, tem aumentando ainda mais a resistência dos especialistas nos assunto:

Art. 44. Até que seja publicada a lei a que se refere o § 3º do art. 109 da Constituição, poderão ser processadas e julgadas na justiça estadual as causas previdenciárias, acidentárias ou não, ajuizadas pelos segurados ou por seus dependentes, de competência da Justiça Federal, quando a comarca de domicílio do segurado distar mais de cem quilômetros da sede de vara do juízo federal¹⁵.

Assim, pela regra de transição, até a edição de lei que delegue, eventualmente, a competência para a Justiça Estadual, as demandas previdenciárias deverão tramitar na Justiça Federal caso o segurado ou beneficiário seja domiciliado até uma distância de 100km do Município sede de Vara Federal. Nas palavras de Vitta:

A proposta do Governo atinge normas constitucionais-base, fundamentos da República, tais a igualdade e a dignidade da pessoa humana; ou objetivos, como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (arts.1º, 3º e 5º, da CF). São preceitos constitucionais ligados, de algum modo, às manifestações e atos de cunho social e político do Estado, as quais, por seu turno, imbricam-se às ações previdenciárias [auxílios-doença, aposentadorias urbanas e rurais, etc]¹⁶.

E acalorada e atual discussão, para o que se propõe esse artigo, se presta a corroborar a relevância da atuação do Poder Judiciário na implementação da igualdade, dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades regionais e entre a zona urbana e rural e, finalmente, o acesso à justiça.

3 JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS E A DICOTOMIA PROCEDIMENTAL

Quando da promulgação da Constituição Federal em 1988, as regras aplicáveis às demandas previdenciárias, seja na Justiça Federal, seja na Comum, eram as mesmas – regiam-se os feitos pelas normas do Código de Processo Civil.

Em 1995, surgiram os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Comum, com o escopo de otimizar a tramitação dos processos judiciais menos complexos, visando a entrega da prestação jurisdicional de modo mais simplificado, célere e com reduzido - quando não nulo - ônus financeiro, atendendo ao primado do acesso à justiça, como bem descreve Tourinho Neto:

Trata-se de dar um passo avante na busca incansável da melhor prestação de uma tutela jurisdicional, com maior agilização, funcionalidade e rápida efetivação do processo. A lentidão excessiva na criação de novas unidades jurisdicionais e a disfunção da máquina administrativa da Justiça significa inconstitucionalidade por

15 BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n. 06/2019. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019 p. 40 acesso em 08/06/19

16 VITTA, Heraldo Garcia. Competência delegada: inconstitucionalidade da proposta da Reforma Previdenciária. 12/04/19. <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI300177,91041Competencia+delegada+inconstitucionalidade+da+proposta+da+Reforma> acesso em 08/06/19

omissão, valendo lembrar que todos os indicativos apontam como sendo os Juizados, provavelmente, o último baluarte para a salvaguarda dos interesses da grande massa populacional, que, sem esse mecanismo, vê-se acuada e impotente em face da crise do processo como instrumento de efetividade dos direitos e da pacificação social¹⁷

Na esteira do eficácia demonstrada pela experiência aplicação da Lei 9099/95 na Justiça Estadual, foi editada a Lei 10.529/01, criando os Juizados Especiais Federais e, a partir de então, as demandas previdenciárias em face do INSS passaram a tramitar sob o rito dessa lei especial.

Assim, ditas demandas segundo as normas procedimentais da Lei 10259/01 não mais exigem a assistência por advogado, desonerando o segurado ou beneficiário do ônus dos honorários contratuais¹⁸, além de possuir um rito mais célere e simplificado, fazendo com que, ao menos em tese, os processos findem em tempo menor.

Dentre as diferenças entre as normas processuais comuns e as dos Juizados Especiais Federais, exemplificativamente, estão a inexistência de prazos diferenciados para as Pessoas Jurídicas de Direito Público, a autorização legal para transigir, a obrigação de fornecimento de documentos, regras específicas para os exames técnicos – ou prova periciais¹⁹.

Uma singela leitura dos dispositivos correspondentes aos temas seja no Código de Processo civil de 1973, seja no atual Código de Processo Civil já é bastante para revelar a dicotomia entre os procedimentos, sendo o incidente na lei adjetiva comum bem mais complexo, demorado e oneroso.

Assim é que, a partir da entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais Federais, passaram a existir duas espécies de procedimentos aplicáveis às demandas previdenciárias: o da lei 10259/01 incidente nos Juizados Especiais Federais, nos Municípios dotados de tal estrutura da Justiça Federal, e o do Código de Processo Civil, nas Varas Cíveis da Justiça Estadual, quando atuante em competência delegada.

Na época, aventou-se a possibilidade de aplicação das regras procedimentais da lei 10259/01 pela Justiça Comum, numa tentativa de observância dos princípios da igualdade e do acesso à justiça. Contudo, a tese não prevaleceu seja na doutrina, seja nos Tribunais. Por todos, Cunha escreveu que “na hipótese de a demanda ser intentada perante o juízo estadual, não se aplicam as regras da Lei 10.259/2001, devendo a causa processar-se pelo procedimento

17 TOURINHO NETO, Fernando da Costa, FIGUEIRA Junior, Joel Dias. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2011, p. 51.

18 Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não. BRASIL. Lei n. 10.259 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul.2001

19 Art. 9º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias.

Art. 10. (...) Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

Art. 11. A entidade pública ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.(...)

Art. 12. Para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes.

§ 1º Os honorários do técnico serão antecipados à conta de verba orçamentária do respectivo Tribunal e, quando vencida na causa a entidade pública, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal.

§ 2º Nas ações previdenciárias e relativas à assistência social, havendo designação de exame, serão as partes intimadas para, em dez dias, apresentar quesitos e indicar assistente. BRASIL. Lei n. 10.259 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul.2001.

comum, disciplinado no Código de Processo Civil”.²⁰

Assim, criou-se factualmente duas classes de segurado ou beneficiário – uma classe domiciliada em Município dotado de Juizado Especial Federal, em que a demanda previdenciária tramita sob o rito simples, célere e desonerado da lei 10259/01; e outra classe daqueles domiciliados em Municípios sem estrutura da Justiça Federal, em que a demanda previdenciária é processada e julgada sob o rito do Código de Processo Civil na Justiça Estadual, por força da competência delegada.

É verdade que facultou-se ao beneficiário demandar perante o Juizado Especial Federal mais próximo, o que nos remete à discussão contemporânea da proposta de emenda constitucional 06/2019 que pretende, dentre as reformas da previdência, tornar obrigatório o trâmite desse tipo de processo nos Juizados Especiais Federais, quando o segurado residir até 100km distante dos mesmos.

Na prática, mesmo com todas as benesses da lei 10249/01 quando comparada ao Código de Processo Civil, as demandas previdenciárias vem, desde 2001, permanecendo na Justiça Comum pela competência delegada.

Dentre as razões para tanto, a par da dificuldade da distância e do consequente deslocamento, intui-se que também cooperam para essa circunstância o desconhecimento das normas pelos segurados e do desinteresse dos advogados do ramo no deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Assim, a experiência demonstra que a distância constitui ainda obstáculo à justiça, não constituindo a faculdade de ajuizamento das demandas previdenciárias nos Juizados Especiais Federais, mesmo quando o segurado não seja domiciliado em Município sede daquele juízo, solução para o problema da desigualdade procedimental instalada e menos ainda para fomentar o acesso à justiça.

Necessário, então, perquirir acerca de outras hipóteses para suplantar essas questões, de forma a atender plenamente os princípios constitucionais da igualdade e do acesso à justiça, tema abordado a seguir.

4 JUIZADOS DA FAZENDA PÚBLICA: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO

Em 2009, por meio da Lei 12.153, instituiu-se o Juizado da Fazenda Pública, inspirado na experiência bem-sucedida dos Juizados Especiais Federais. Ao se proceder a uma leitura comparativa dos textos legais, conclui-se que os dispositivos insertos na lei 12.153/09 replicam, na sua quase totalidade, as normas insculpidas na lei 10.259/01.

Reacendeu-se, na época, a discussão acerca das normas aplicáveis às demandas previdenciárias quando sob a competência delegada. A proposta consistia em tramitar ditas demandas nos Juizados da Fazenda Pública, aplicando-se o rito da lei 12153/09, assemelhado quase que na totalidade ao da lei 10259/01.

²⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A fazenda Pública em Juízo, 10ª ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 724

Contudo, a tese não prevaleceu. Tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto nos Tribunais Regionais Federais, entendeu-se que a competência delegada para a Justiça Comum não autoriza que as demandas previdenciárias em face de Autarquia Federal tramite nos Juizados da Fazenda Pública. Por todos:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DE DIREITO E JUÍZO DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. COMPETÊNCIA DELEGADA FEDERAL. ART. 109, § 3º DA CF/88. LEI 12.153/09. INAPLICABILIDADE. LEI 10.259/01. VEDAÇÃO EXPRESSA. JUIZADO ESPECIAL ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DE CAUSAS PREVIDENCIÁRIAS. 1. Entes públicos federais não figuram como legitimados para serem partes no Juizado Especial da Fazenda Pública, conforme dispõe a Lei 12.153/09. 2. A Lei 10.259/01, em seu art. 20, veda expressamente a extensão, ao Juízo Estadual, da possibilidade de propositura de ação previdenciária perante o Juizado Especial Estadual, aplicando-se somente ao Juizado Especial Federal. 3. A delegação de competência sobre a qual dispõe o art. 109, § 3º, da CF não é extensiva ao Juízo de Direito dos Juizados Especiais Estaduais, motivo pelo qual o Juízo de Direito de Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública não é competente para processar e julgar feito que verse sobre questões previdenciárias afetas ao Instituto Nacional do Seguro Social. 4. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pimenta Bueno/RO, o suscitante²¹.

Fundam-se os que assim entendem no artigo 2º, caput, da lei 12153/09, afirmando que o mesmo não incluiu o interesse da União ou suas Autarquias como parâmetro para estabelecer a competência dos Juizados da Fazenda Pública, mas tão somente "... causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos"²².

Decorre essa ausência do pressuposto lógico de que os Juizados da Fazenda Pública estão para a Justiça Estadual assim como os Juizados Especiais Federais estão para a Justiça Federal.

Originariamente a competência para a demanda previdenciária em face de Autarquia Federal é da Justiça Federal e, como tal, não poderia constar como de competência dos Juizados da Fazenda Pública, afeto à Justiça Estadual.

A competência da Justiça Estadual é delegada, com fundamento na Constituição Federal, em seu artigo 109, par. 3º como já visto no início desse trabalho. A norma constitucional é que respalda o deslocamento da competência para a Justiça Estadual. A questão é, na estrutura da Justiça Estadual, em qual juízo ou vara deve tramitar a demanda previdenciária?

Embora os entendimento jurisprudencial prevalente seja pela manutenção da competência nas Varas Cíveis, a interpretação do dispositivo constitucional seja pelo método tradicional gramatical, seja à luz dos moderna hermenêutica indicam não se sustentar seus fundamentos. Ora, a delegação que o constituinte fez foi para a Justiça Estadual e, em sua estrutura, há de se analisar qual o juízo especializado para tanto.

Inescapável a conclusão de que a aplicação das normas similares da lei 12153/09 extirpariam a indesejada disparidade de tratamento aos beneficiários tão só pela diferença de domicílios, implementando efetivamente a igualdade e o acesso à justiça, conforme já

21 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Conflito de Competência nº 0063970-23.2011.4.01.0000/RO, 1ª Seção do TRF da 1ª Região, Rel. Francisco de Assis Betti, Rel. Convocado Cleberson José Rocha. j. 15.05.2012, unânime, DJ 21.06.2012.

22 BRASIL. Lei n. 12.153 de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez.2009.

descrito por Capelletti no final do século passado como “...tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo, além de medidas de caráter geral, com reformas no campo dos direitos material e processual, além das estruturas dos órgãos jurisdicionais”.²³

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 10.259 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul.2001.

BRASIL. Lei n. 12.153 de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez.2009.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n. 06/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracodteor=1712459&filename=PEC+6/2019. Acesso em 08/06/19.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Conflito de Competência nº 0063970-23.2011.4.01.0000/RO, 1ª Seção do TRF da 1ª Região, Rel. Francisco de Assis Betti, Rel. Convocado Cleber José Rocha. j. 15.05.2012, unânime, DJ 21.06.2012.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1968.

CNJ. Competência Delegada. Impactos nos processos da Justiça Estadual. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/101191/Downloads/relatorio%20CNJ%20competencia%20delegada.pdf>. Acesso em 08/06/2019.

CRUZ, Paulo. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. 3.ed., Curitiba: Juruá, 2002.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A fazenda Pública em Juízo, 10ª ed., São Paulo:Dialética, 2012.

JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária de Rondônia. Subseções. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/sjro/institucional/subsecoes-judiciarias/subsecoes-judiciarias.htm>, acesso em 08/06/19

LENZA, Pedro; SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário Esquematizado. 2ª ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

23 CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1968. p. 168

Rondônia. Poder Judiciário. Informações das Comarcas. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/resp-comarcas>, acesso em 08/06/19

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Reforma Previdenciária #5: Competência Para Julgamento das Ações Previdenciárias, 27.mar.2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/03/27/reforma-previdenciaria-5-competencia-para-julgamento-das-acoes-previdenciarias/>. Acesso em 08/06/19.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa, FIGUEIRA Junior, Joel Dias. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 3ª ed., São Paulo:Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2011.

VITTA, Heraldo Garcia. Competência delegada: inconstitucionalidade da proposta da Reforma Previdenciária. 12/04/19. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/o/16,MI300177,91041Competencia+delegada+inconstitucionalidade+da+proposta+da+Reforma>. Acesso em 08/06/19.

AUSÊNCIA DE AMPARO JURÍDICO AOS DESLOCADOS AMBIENTAIS: DESAFIOS PARA O DIREITO À SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

Fábio Roberto de Oliveira Santos¹

Jéssica Cavalcante Santos Silva²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar acerca das circunstâncias e contextos que ocasionam o fenômeno do deslocamento ambiental, indicando o ponto de convergência entre seu conceito e o de refugiados, evidenciando as lacunas e falhas na legislação internacional e nacional e apontando as necessidades dos grupos vulneráveis que se encontram nessa posição. É necessário trazer luz ao assunto estudado em razão da sua tamanha relevância, considerando o constante aumento do fluxo migratório ocasionado por catástrofes ambientais como a leva de haitiano que vieram para o Brasil. Conclui-se que para os deslocados ambientais serem recebidos, de maneira adequada, em países estrangeiros ou realocados de forma segura dentro de seu próprio país é necessário um instrumento jurídico específico que assegure os direitos e garantias fundamentais intrínsecos a todo e qualquer ser humano, a partir do conceito multidimensional de sustentabilidade, que se entrelaçam no contexto deste artigo.

Palavras-Chave: Deslocados Ambientais. Sustentabilidade. Crise Ecológica. Direitos Humanos. Vulnerabilidade socioambiental.

ABSTRACT: This article aims to analyze the circumstances and contexts that cause the phenomenon of environmental displacement, indicating the point of convergence between its concept and of refugees, highlighting the shortcomings and failures in international and national legislation and pointing out the needs of vulnerable groups that are in this position. It's necessary to bring light to the studied subject because of its importance, considering the constant increase of the migratory flow caused by environmental catastrophes like the set of Haitians that came to Brazil. It's concluded that for environmentally displaced people to be properly received in foreign countries or relocated safely within their own country, a specific legal instrument is needed to ensure the fundamental rights and guarantees intrinsic to every human being, from the multidimensional concept of sustainability, which are intertwined in the context of this article.

Keywords: Environmental Displacement. Sustainability. Ecological Crisis. Human rights. Socio-environmental vulnerability.

1 Professor Mestrando em Ciências Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-SC (Governança, Transnacionalidade e Sustentabilidade), Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal Fluminense, Defensor Público do Estado de Rondônia Fábio Roberto de Oliveira Santos, comentarista jurídico do quadro Seus Direitos do Jornal de Rondônia e idealizador do projeto Direitos Humanos em conexão com você. E-mail: fabiorobert@hotmail.com.

2 Graduanda do curso de Direito da Faculdade Interamericana de Porto Velho. (jessi.css.97@gmail.com).

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca evidenciar uma das consequências da sociedade global de risco atual, evidenciando o que Ulrich Beck³ doutrinou como sendo uma das três dimensões de perigos globais, a crise ecológica. Focando principalmente em suas repercussões no mundo moderno, e mais especificamente em uma das consequências causadas pelas degradações ambientais, o fenômeno do deslocamento ambiental.

O presente texto adota a categoria operacional deslocado ambiental ou ecológico, entendendo como a pessoa que se desloca obrigatoriamente para outro local (dentro ou para outro país), desvinculando-se de sua origem geográfica, de sua identidade cultural e de sua fonte econômica. Esse movimento migratório decorre de um acontecimento climático, que por sua vez tem origem do modo atual da sociedade global.

Motivadas por mencionadas degradações ocorrem, ao redor de todo o globo, o deslocamento de milhares de pessoas, seja de um país para o outro ou dentro de sua própria nação, com o propósito de garantir a própria sobrevivência⁴.

Os números são expressivos, Fernanda Capdeville evidencia que “em 2015, 19,2 milhões de novos deslocamentos foram provocados por catástrofes, mais que o dobro do número de deslocamentos associados a conflitos armados e à violência no mesmo período⁵.”

Segundo estimativas da Organização das Nações Unidas (ONU) no futuro o mundo terá mais de 50 milhões de pessoas obrigadas a deixar seus lares devido a problemas relacionados ao meio ambiente, esse tipo de fluxo migratório é o que Lester Brown (*Environmental Refugees: myth or reality?* 1970) conceituou como refugiados ou deslocados climáticos e ambientais⁶.

Em âmbito regional é possível notar as veracidades dessas estimativas, em razão do grande fluxo migratório recepcionado pelo Brasil após o terremoto que abalou o Haiti em 2010. Dados do ACNUR (2015) aponta que o número de haitianos que entraram no país em busca de abrigo subiu de 7 em 2009 para 595 em 2010, chegando, em 2014, a 29.241.⁷

Esse cenário de grandes movimentações de deslocamento humano em razão de catástrofes ambientais é crescente e relevante na sociedade. Os deslocados ambientais representam uma das externalidades negativas do crescimento pelo crescimento e da maneira de viver de uma sociedade excessivamente consumista e antropocêntrica com uma pegada ecológica deletérias.

É possível perceber nas constantes notícias de desastres ambientais relatadas que o globo terrestre está sendo afetado de forma sistêmica e transnacionalmente por todos, o

3 Sociólogo alemão, autor da obra ‘A Sociedade de Risco’.

4 Pertinente então evidenciar que, quando surge o tema deslocados ambientais, é possível que o fenômeno force uma migração para local distinto, mais ainda dentro do Estado originário, porém, também pode forçar migração para outra nação, tornando-se um fenômeno transnacional, o qual busca socorro no direito internacional.

5 CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon. O Projeto de Convenção de Limoges sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais. 2017, p. 97.

6 BLACK, Richard. Environmental refugees: myth or reality? March 2001. Working Paper No. 34. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3ae6a0d00.pdf>> Acesso em 13 de mai. 2019.

7 OLIVEIRA, Wagner. Haitianos no Brasil: Hipóteses sobre a distribuição espacial dos imigrantes pelo território brasileiro. 2017. Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/haitianos-no-brasil-hipoteses-sobre-distribuicao-espacial-dos-imigrantes-pelo-territorio-brasileiro/>> Acesso em 18 de mai 2019.

que justifica, a partir da ideia de fraternidade e solidariedade global, a corresponsabilidade mundial pela crise ecológica e suas consequências.

De acordo com o Observatório de Migrações Forçadas⁸ no Brasil, de 2000 a 2017, mais de 6,4 milhões de pessoas tiveram que abandonar seus lares em função de desastres naturais.

Escassez legislativa provinda do fato de a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) não englobar em sua conceituação de refugiados àqueles que se encontram fora do país de sua nacionalidade ou daquele no qual tinha sua residência habitual em consequência de catástrofes ambientais.

Por essa tamanha relevância social a problemática do presente artigo está em demonstrar as lacunas legislativas que dificultam e muitas vezes impossibilitam nações ou o próprio Estado de receber esses migrantes ambientais de maneira digna ou adequada.

O presente artigo tem como objetivo geral apontar possíveis soluções para que haja uma cooperação transnacional com a finalidade de acolhimento desses deslocados ambientais. Também visa delimitar a necessidade de estabelecer a proteção da pessoa humana independente do arcabouço jurídico internacional e nacional.

O trabalho ainda visa a) examinar as lacunas e carências que a atual legislação acerca dos refugiados apresenta; b) levantar dados que evidenciem a atual situação dos indivíduos que se encontram nessa posição de vulnerabilidade; c) demonstrar a necessidade de leis eficazes que possam garantir a dignidade dessas pessoas; d) apontar soluções que supram o “vácuo normativo” a partir da realidade brasileira.

A metodologia usada para a elaboração deste artigo foi a explicativa, com o propósito de explicar os fatores que determinam ou contribuem para acontecimentos referentes ao tema, desde sua causa até sua importância. O método de pesquisa utilizado foi o indutivo, utilizando de ferramentas documentais e bibliográficas, analisando a literatura jurídica existente e documentos internacionais sobre o assunto, como livros, revistas, jornais, teses e dissertações, visando coletar informações.

1 O CONCEITO DE DESLOCADOS AMBIENTAL E SUA HIPERVULNERABILIDADE

A ausência de amparo jurídico no ordenamento jurídico internacional (e até mesmo nacional) aos deslocados ambientais não retirar o dever ético de proteção fraternal e assistência social da sociedade global, independente do quadro normativo, dos efeitos deletérios da crise ambiental.

Apesar disso, cabe nesse contexto saber qual nomenclatura utilizar para denominar esse grupo de indivíduos, que migram em razão de causas ambientais.

Há controvérsia entre doutrinadores e pesquisadores sobre o correto termo a ser usado.

Primeiramente é necessário compreender a magnitude do deslocamento forçado por razões ambientais. De acordo com o relatório do Banco Mundial Groundswell: A Preparação para

⁸ O Observatório de Migrações Forçadas é uma plataforma digital que possibilita a visualização georreferenciada e interativa da distribuição de deslocados internos no Brasil ao longo do tempo.

a Migração Climática Interna, até 2050, mais de 143 milhões de pessoas na África Subsaariana, América Latina e Sul da Ásia poderiam ser forçadas a se deslocarem dentro dos seus países em busca de lugares menos vulneráveis para morar. Sendo possível observar atualmente o maior nível de deslocados já registrados.

Esclarece Mariana Basso e Maria Virginia⁹ que:

Há uma necessidade iminente de transformações sociais e políticas atuais de migração, porém além do coletivo, se faz necessário também um olhar significativo para este sujeito, para o indivíduo em condição de estrangeiro. O tema do sofrimento psíquico do sujeito na experiência migratória é abrangente e se percebe a grande necessidade de estudos e propostas de intervenção sobre tal questão.

Esses estrangeiros encontram-se em situação onde estão expostos a uma cultura totalmente diferente da sua e vivem em constante incerteza quanto ao futuro. Muitos deles têm que aprender uma nova língua, se adaptar a uma nova cultura e muitas vezes até mesmo a um conjunto de regras e normas diversos ao que lhe era habitual.

Outro fator importante que é vivenciado por essas pessoas é o fator da perda. A perda das pessoas ao seu redor, a perda de sua cultura e das coisas que conhecia, é inevitável buscar um novo significado e representação para aquilo que compunha sua existência. Tais eventos podem ser gatilho para uma série de reações emocionais, cognitivas, comportamentais e até mesmo físicas.

É possível perceber que a maioria dos estrangeiros que se encontram nessa situação não possui preparo para vivê-la, não apenas o momento de transição de uma cultura para a outra, mas também sobre abandonar grande parte daquilo que gerou sua construção social. Por isso é fundamental que esses indivíduos tenham alguma proteção promovida pelo sistema pátrio e internacional de modo a amenizar o máximo possível a situação que estão sofrendo.

Essa situação evidencia sobremaneira o elevado grau de múltipla vulnerabilidade que os deslocados ambientais estão.

Feito esse recorte cabe retornar a questão conceitual para entender os desafios da sociedade global na eficaz proteção dos indivíduos em situação de vulnerabilidade extrema por conta de um problema transnacional, a crise ecológica global. E por isso todos (indivíduos e países) têm o dever de pensar um sistema fraternal de acolhimento para superar a ausência de amparo normativo.

Enquanto uns decidem utilizar a palavra refugiados, é importante entender que o mesmo é um vocábulo já concretizado no meio jurídico. Por outro lado, alguns preferem empregar outros termos, para tentar suprir lacunas deixadas pelo conceito que, no momento de sua criação, não abrangeu aqueles indivíduos que deixam seus lares, sejam para outros países ou dentro de sua própria nação, em razão de catástrofes ambientais.

Importante destacar que apesar de haver doutrinadores que se referem a esse grupo de indivíduos como refugiados, há reserva quanto à sua utilização, por esse motivo a

9 SILVA, Mariana Basso Duarte da; CREMASCO, Maria Virginia Filomena. Migração e Refúgio, contribuições na Psicologia. Disponível em: < <http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=130>>. Acesso em: 19 de jun de 2018, p.1.

nomenclatura usada para se referir a esse grupo de pessoas varia bastante, em sua maioria os pesquisadores optam por deslocados ou migrantes, mas é possível deparar-se com outros termos, como refugiados climáticos, migrantes ambientalmente forçados, migrantes ambientalmente induzidos, ecorrefugiados, ecomigrantes¹⁰.

É importante ainda salientar que as normas sobre refugiados (do direito internacional dos direitos humanos e do direito brasileiro), por outros doutrinadores, são utilizadas para afastar a aplicabilidade das Convenções e Estatutos sobre refugiado por conta de sua conceituação em *numerus clausus*.

Assim, as proteções conferidas aos refugiados não se aplicam aos deslocados ambientais, de acordo com uma postura mais formalista, ficando os deslocados no vazio protetivo.

Frise-se ainda por ser fenômenos diferentes às vezes as normas globais e nacionais sobre refugiados são insuficientes para minimizar ou neutralizar todas as consequências do deslocamento ecológico.

O relatório de 2016 do Instituto de Reintegração do Refugiado – Brasil (Adus)¹¹ enfatiza:

As experiências vividas anteriormente à fuga e o processo de reintegração têm implicações psicológicas que variam de acordo com cada pessoa. Nesse momento de transição do refugiado é importante existir a possibilidade de um apoio ou assistência que considere as especificidades de sua condição, sem torná-lo essencialmente vítima ou enquadrá-lo em um transtorno mental que necessita resposta imediata.

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de 1951)^{12 13} adotou a abordagem individualista, ao definir que refugiado é qualquer pessoa que:

Temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

O conceito utilizado na Convenção acima mencionada é restrito aos acontecimentos da época e, apesar de ser relevante ao momento histórico do qual é superveniente, atualmente não abrange todas as necessidades da sociedade moderna.

Já segundo o Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado, do ACNUR¹⁴:

10 RAMOS, Érika Pires. Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional. 150 f. Tese de Doutorado em Direito, São Paulo, USP, 2011, p. 80.

11 ADUS Instituto de Reintegração do Refugiado. Relatório ADUS 2016 - Projeto de Pesquisa e Conteúdo. Disponível em: <<https://www.obs.org.br/refugiados/1074-relatorio-adus-2016-projeto-de-pesquisa-e-conteudo>> Acesso em: 08 de mar de 2019.

12 ACNUR – Agência da ONU para Refugiados. Convenção Relativa Ao Estatuto Dos Refugiados (1951). Disponível em: https://www.acnur.org/.../BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 18 de jun de 2018.

13 O Estatuto dos Refugiados, adotado pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários, em 28 de julho de 1951, é proveniente da necessidade das Nações Unidas em lidar com os problemas ocasionadas pela Segunda Guerra Mundial. Define quem são os refugiados, os direitos e deveres dos mesmos em conjunto com os países que os acolhem.

14 ACNUR – Agência da ONU para Refugiados. Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado. Disponível em: www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/3391.pdf. Acesso em: 18 de jun de 2018.

Dada à importância que a definição atribui ao elemento subjetivo, uma avaliação da credibilidade das declarações é indispensável quando o caso não for suficientemente claro a partir dos fatos já registrados. Devem-se considerar os antecedentes pessoais e familiares do solicitante, a sua relação com certo grupo racial, religioso, nacional, social ou político, a sua própria interpretação da situação e a sua experiência pessoal.

O texto acima expande o conceito anterior de refugiados e parte de um ponto de vista onde a experiência pessoal da pessoa é levada em conta para sua caracterização como tal.

Apesar dessa abertura, a situação e o perigo no qual o indivíduo se encontra devem abranger aqueles específicos citados no texto. Ou seja, se a pessoa é compelida a deixar sua moradia e migrar para outro local, por uma catástrofe ambiental, mesmo que partindo de sua interpretação pessoal, ela se encontra impossibilitada de permanecer no mesmo local, ainda assim ela não estaria protegida sob as garantias já dadas aos refugiados, pois a mesma não seria considerada como tal.

Os sistemas de proteção dos direitos humanos internacional não protegem, de forma específica, os deslocados ecológicos.

Embora haja essa defasagem protetiva no sistema global, é importante salientar que alguns avanços em legislações mais regionais, como a Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA) sobre os aspectos próprios aos problemas de refugiados na África (1965) e da Declaração de Cartagena (1984) no âmbito da América Latina. Ambas não trazem explícito em sua legislação sobre os deslocados ambientais, mas permitem uma interpretação mais abrangente da lei¹⁵.

Mesmo essa interpretação sendo mais abrangente, não é suficiente para garantir aos migrantes ambientais proteção equivalente àquelas dos refugiados, deixando esse grupo já vulnerável, em situação de risco.

Nesse sentido, Andrea Pacheco e Marina Ribeiro Gaudêncio¹⁶, explicam que:

As situações dos deslocados ambientais nos países de acolhimento não são boas, como aduz Zetter, referindo-se, particularmente, aos Estados de Gana, Kenia, Bangladesh, Vietnam e Etiópia, locais onde ocorreu sua pesquisa de campo: “[...] pessoas deslocadas à força por fatores ambientais estão sujeitas a violações de direitos humanos básicos da mesma forma que os refugiados e os deslocados internos”

Ainda de acordo com Zetter, citado por Pacheco e Ribeiro, não importando o nome que seja atribuído aos deslocados ambientais, “a falta de status legal continuará, a menos que haja mudança institucional, fundamental e consideração dada ao desenvolvimento de instrumentos adequados e normas”.

No Brasil, a Lei que estabelece mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados é a nº 9.474 de 1997¹⁷. Após o indivíduo solicitar refúgio e for devidamente

15 ANDRADE, Thiago Nadú de. Deslocados Ambientais: Uma Questão de Humanidade. 2016. Disponível em: <<https://thiagonadu.jusbrasil.com.br/artigos/343490814/deslocados-ambientais-uma-questao-de-humanidade>> Acesso em 01 de mai. 2019.

16 PACÍFICO, Andrea Pacheco, GAUDÊNCIO, Marina Ribeiro Barboza. A Proteção dos Deslocados Ambientais no Regime Internacional dos Refugiados. REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, Ano XXII, n. 43, p. 133-148, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a09.pdf>> Acesso em 01 de mai. 2019, p.7

17 BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm Acesso em 13 de mai. 2019.

reconhecido habilitado para o mesmo, usufruirá dos direitos reservados aos refugiados, como o direito de manter residência no país, receber a documentação assegurada pela legislação, estender o instituto aos seus familiares, entre outros.

Considerando então que, como explanado acima, o conceito de refugiado já é enrijecido no meio jurídico, o vocábulo não abrange aqueles que se deslocam em razão de causas ambientais. Contudo, há doutrinadores e pesquisadores que utilizam o termo como uma maneira de tentar aproximá-los do instituto do refúgio, tentando garantir assim os mesmos direitos.

Controversamente, “há os que sustentam que a locução refugiado ambiental foi criada com o intuito de despolitizar as causas dos deslocamentos humanos e que sua utilização enfraquecerá a proteção dos verdadeiros refugiados¹⁸”.

A Nova Lei de Migração, Lei nº 13.445¹⁹, entrou em vigor em 21 de novembro de 2017, substituindo o antigo Estatuto dos Estrangeiros (1980). Essa lei prima pela proibição da criminalização da migração, mesmo que ocorra de modo irregular, desse modo ninguém pode ser preso pelo fato de ser migrante. Trouxe, ainda, uma política migratória mais humanizada e focada na integração social.

Em seu artigo 3º, trouxe uma de suas grandes inovações: a criação do visto humanitário, que é a garantia de um visto temporário para migrantes enquadrados em situações específicas:

O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental²⁰ ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

A problemática do visto humanitário resta no fato de ser apenas uma maneira de conter uma situação específica, de forma temporária, e não uma forma de solidificar as bases do sistema de migração.

É possível perceber a falha nesse sistema observando a situação dos haitianos no Brasil. Após o terremoto que ocorreu no Haiti em 2010, houve grande fluxo migratório trazendo-os ao país.

Em razão de a solicitação de refúgio dos haitianos ser justificada, em sua grande maioria, pelas situações adversas provocadas pelo terremoto que devastou a cidade de Porto Príncipe e não ser condizente com as premissas definidas em lei e convenções internacionais, ela era sistematicamente recusada, pois o Brasil trata juridicamente a matéria sobre os refugiados de acordo com o que foi estabelecido na Convenção de Genebra de 1951, no Protocolo de 1967 e na Convenção de Cartagena de 1984²¹.

18 KIBREAB, G. “Environmental causes and impact of refugee movements: a critique of the current debate”, Disasters 21 (1):20-38, 1997.

19 BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm Acesso em 13 de Mai. 2019.

20 Grifo nosso.

21 FERNANDES, Duval, et al. O visto humanitário como resposta ao pedido de refúgio dos haitianos. R. bras. Est. Pop., Belo Horizonte, v.34, n.1, p.145-161, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v34n1/0102-3098-rbepop-34-01-00145.pdf> Acesso em 13 Mai. 2019, p.152.

Após o pedido de refúgio ter sido recusado pelo CONARE²², o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) autorizou a permanência em território nacional de 199 haitianos, justificado em razão do caráter excepcional e individual da situação²³, ocasionando significativo aumento do fluxo migratório e do pedido de refúgio.

Por essa razão, em dezembro de 2012, o CNIg anunciou a Resolução n. 97/2012 que dispõe sobre a concessão de visto permanente a nacionais do Haiti, condicionado ao prazo de cinco anos, com a pretensão de organizar o fluxo migratório.

Buscando regularizar a situação dos refugiados, mas não planejando a efetividade da resolução implantada, veio estabelecendo requisitos para a concessão, esses em sua maioria inatingível para a população migrante. Dentre as exigências para se candidatar ao visto estavam “posse de passaporte em dia, residência no Haiti comprovada por atestado, atestado de bons antecedentes e pagamento de uma taxa de U\$ 200 para a emissão do visto”.

Os abrigos criados não conseguiam atender o tamanho da necessidade, e a sociedade nacional estava apreensiva quanto a receber os imigrantes, preocupados com a superlotação do mercado de trabalho e com as mudanças certas que trariam às comunidades locais.

A falta de planejamento e avaliação do alcance e das consequências das medidas adotadas pode, como aconteceu no caso dos haitianos, ter efeitos inversos aos desejados. Não adianta criar medidas para resolver uma situação emergencial sem ter em conta os impactos sobre as estruturas existentes, físicas e humanas, nem tratar a migração como tema de uma única nacionalidade, em lugar de entender a complexidade dos sistemas migratórios²⁴.

2 A SUSTENTABILIDADE E OS DESLOCADOS AMBIENTAIS

O pensamento holístico e fraterno deve preponderar no contexto de deslocamento ambiental.

Emerson Garcia²⁵ explica que “o indivíduo é a origem e a razão de ser coletivo”. E ainda que a preservação da dignidade desse indivíduo é a finalidade de qualquer forma de organização política.

Para que a sociedade progrida da forma mais eficaz é preciso que a mesma se desenvolva de forma sustentável. Quando falamos em sustentabilidade, Juarez Freitas²⁶ explica que:

A sustentabilidade é princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente no intuito de assegurar,

22 Comitê Nacional para os Refugiados, responsável por receber as solicitações de refúgio, e determinar se os solicitantes reúnem as condições necessárias para serem reconhecidos como refugiados.

23 FERNANDES, et al, op. cit., p. 153.

24 Ibid., p.157.

25 GARCIA, Emerson. PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

26 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.43.

preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Esse princípio é base para que o desenvolvimento de uma nação ocorra da forma mais satisfatória possível, focando no equilíbrio entre os grupos sociais, econômicos e o meio ambiente. Tentando alcançar uma equidade entre os seres, e desses com o ambiente que o cerca, sem o desenvolvimento desenfreado e irresponsável.

Freitas²⁷ ainda continua explicando que uma sociedade sustentável se baseia múltiplos ramos de funcionamento da mesma: ambiental, ética, jurídico-político, econômico e social. Isso é, desenvolver-se de uma forma ambientalmente responsável, economicamente produtiva e socialmente justa e fraterna, cujos alicerces são a cooperação (transnacional, regional, local e individual) e a fraternidade²⁸.

Nesse ponto, traz-se à baila duas ideias: multidimensionalidade da sustentabilidade e a ligação ontológica entre as dimensões.

Nesse momento, resumidamente, é necessário estabelecer que a dimensão social se relaciona com a educação para o direito à sustentabilidade e com o compartilhamento virtuoso das potencialidades humanas²⁹.

Já a perspectiva ética liga-se a universalização e expansão das liberdades e dignidade para todas os seres vivos a partir da ideia de solidariedade e fraternidade a vertente ambiental da sustentabilidade exige o respeito ao direito ao meio ambiente ecologicamente sustentável, pertencente a geração atual e as, futuras; “a dimensão econômica da sustentabilidade evoca, aqui, a pertinente ponderação, o adequado trade-off entre eficiência e equidade”³⁰. Por fim, a sustentabilidade jurídico-política representa a razão dos direitos humanos e direitos fundamentais, a promoção da cidadania emancipatória ambiental ou ecológica a partir dos vários fatores anteriormente mencionados.

Assim, a sociedade liquefeita, o crescimento pelo crescimento e a obsolescência programada geram a degradação ambiental, que por sua vez afetam o equilíbrio das potencialidades humanas, exigindo – dentre várias consequências – o deslocamento ambiental. Ou seja, a ideia de uma sociedade pautada na sustentabilidade perpassa por todas as dimensões desse conceito, acima resumidamente colocadas.

*Tais dimensões (ética, jurídico-política, ambiental, social e econômica) se entrelaçam e se constituem mutuamente, numa dialética da sustentabilidade, que não pode, sob pena de irremediável prejuízo, ser rompida*³¹.

A multidimensionalidade da sustentabilidade, contextualizada nesse artigo, exige um fio condutor: a ideia de fraternidade global na proteção do ser humano em deslocamento, exigindo um desenvolvimento socialmente mais justo, um pensamento holístico-sistêmico, bem como a proteção e a preservação do coletivo, independente do arcabouço normativo

27 Ibid., p. 43.

28 Nesse ponto, recomenda-se a leitura do Capítulo 2 (O que se entende por natureza multidimensional da sustentabilidade) da obra acima citada.

29 FREITAS, *op. cit.*, p. 64.

30 Ibid., p.70.

31 Ibid., p.77.

(internacional, regional, pátrio e local).

Ou seja, a preservação e proteção do coletivo implica a preservação dos indivíduos que o compõem. É necessário, para que a sociedade prospere em harmonia, de forma justa e sustentável, que os seus membros sejam tratados com equidade, buscando uma igualdade (material, formal e de reconhecimento), levando em consideração as dificuldades específicas que cada indivíduo vivencia.

Então, para se alcançar uma sociedade justa, é preciso lidar com os diferentes problemas de cada grupo social, reconhecendo que há aqueles que estão em uma situação de maior vulnerabilidade, seja por questões de raça, idade, religião, orientação sexual, posição econômica, seja em virtude de um deslocamento forçado por conta de desastres ambiental.

Naturalmente na sociedade existem grupos de pessoas que possuem características que as tornam vulneráveis, são inúmeros os fatores que possam vir a marginalizar um grupo na sociedade. No caso dos deslocados ambientais, aqueles mais afetados normalmente são os grupos mais vulneráveis, ou, por alguns, chamado de hipervulneráveis.

“Vulnerabilidade engloba uma variedade de conceitos, incluindo sensibilidade ou suscetibilidade a danos e falta de capacidade para lidar e se adaptar” é o que diz o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) em seu relatório Working Group II, de 31 de março de 2014³².

O que se entende é que aquelas pessoas que já possuem dificuldades para se adaptar na sociedade, em face de uma catástrofe ecológica, onde a mesma encontra-se na primordial necessidade de se deslocar, terão ainda mais dificuldade de se reintegrar na sociedade e de seres atendidas em todos os seus direitos.

Ou seja, apesar de toda uma população ser afetada pela catástrofe ambiental, dentro dessa sociedade há pessoas que já são vulneráveis, trazendo então a figura da hipervulnerabilidade, na qual um grupo que já era vulnerável torna-se ainda mais.

Fragilizados e em situação de insegurança, necessitam se amparar no ordenamento jurídico (internacional ou nacional) para assegurar sua dignidade e garantir que seus direitos fundamentais não sejam infringidos.

Para arrematar, frise-se que mesmo não existindo o amparo jurídico específico, é dever de todos atender aos princípios da cooperação internacional e da dignidade da pessoa humana, para reduzir os efeitos de uma sociedade que degrada (in)conscientemente o meio ambiente e atinge inúmeras pessoas. Tudo com base no princípio da sustentabilidade em suas múltiplas perspectivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário proporcionar segurança àqueles que são obrigados a se deslocar por conta da crise ecológica atual, seja por equivalência a partir do conceito de refugiado em função da

32 IPCC. Climate change 2014: impacts, adaptation, and vulnerability. Part A: global and sectoral aspects. In: Field, C. B. et al. (Ed.). Contribution of working group 2 to the fifth assessment report of the intergovernmental panel on climate change. Cambridge: Cambridge University Press, 2014a. Disponível em: <https://ipcc-wg2.gov/AR5/images/uploads/WGIIAR5-PartA_FINAL.pdf>. Acesso em 13 de mai. 2019.

ausência de tratamento específico pelo sistema onusiano ou interamericano seja por meio de uma interpretação sistemática da ordem jurídica internacional e da ordem interna. Para isso, é primordial compreender o que significa do instituto e o contexto de hipervulnerabilidade em que os deslocados ambientais se encontram, para estruturar as proteções sociais, jurídicas, éticas, jurídico-políticas e econômicas.

Como é possível notar, a falta de um status legal que ampare os deslocados ambientais os deixam a mercê de situações em condições de hipervulnerabilidade, ameaçando seus direitos e garantias fundamentais e a integridade de sua dignidade humana.

É imprescindível amparo jurídico para que esses indivíduos sejam recepcionados nos países, ou sejam realocadas da melhor maneira possível dentro de sua própria nação. Dispositivos que forneçam meios de reinserir esses grupos em sociedade, de forma a preservar seus direitos, minimizando as consequências do deslocamento forçado.

São cabíveis diversas maneiras para se alcançar o sugerido. Uma delas é a modificação dos instrumentos internacionais já existente, como a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, para que seja incluso em seus textos jurídicos a proteção dos deslocados ambientais, estendendo aos mesmos as proteções e garantias já dispendidas aos refugiados.

Outra medida possível seria a criação de novo instrumento específico sobre o assunto, como é o caso do Projeto de Convenção Internacional sobre os Deslocados Ambientais. Idealizado por Michel Prieur³³ e desenvolvido em conjunto com especialistas em direito da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas da Universidade de Limoges, na França, o Projeto vem conceituando quem são os deslocados ambientais e propõe que seja de utilização universal e não apenas de forma regionalizada, se consagrando como estatuto jurídico específico para os deslocados ambientais.

Não se pode ignorar a necessidade de instrumentos no ordenamento jurídico, nacional e internacional, que possam amparar essas pessoas, para que não precisem depender apenas da sorte e da benevolência de outros países e das pessoas para sua preservação.

Além disso, os países devem, com base no primado da proteção à dignidade da pessoa humana, estabelecer medidas positivas de proteção dos deslocados ambientais a fim de dar efetividade à fraternidade, à solidariedade global e à responsabilidade comum. Enquanto os ajustes protetivos não acontecem à nível global, regional e nacional, cabem à sociedade civil organizada, as instituições e os Poderes constituídos. No Brasil, por exemplo, a Defensoria Pública, instituição essencial ao Estado Democrático de Direito e a promoção dos direitos humanos e fundamentais, deve articular uma rede de assistência e proteção, independente do amparo normativo.

33 NEI NÚCLEO DE ESTUDOS INTERNACIONAIS. Congresso Internacional “O novo no direito ambiental por Michel Prieur” – por João Mendes. 2010. Disponível em: <<https://neiacadas.wordpress.com/tag/projeto-de-convencao-internacional/>> Acesso em 13 Mai. 2019.

REFERÊNCIAS

ACNUR – Agência da ONU para Refugiados. Convenção Relativa Ao Estatuto Dos Refugiados (1951). Disponível em: https://www.acnur.org/.../BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 18 de junho de 2018.

ACNUR – Agência da ONU para Refugiados. Dados sobre refúgio. Disponível em: < <http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>> Acesso em: 18 de junho de 2018.

ACNUR – Agência da ONU para Refugiados. Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado. Disponível em: www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/3391.pdf Acesso em: 18 de junho de 2018.

ADUS Instituto de Reintegração do Refugiado. Relatório ADUS 2016 - Projeto de Pesquisa e Conteúdo. Disponível em: <https://www.obs.org.br/refugiados/1074-relatorio-adus-2016-projeto-de-pesquisa-e-conteudo> Acesso em: 08 de março de 2019.

ANDRADE, José H. Fischel de. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ANDRADE. Thiago Nadú de. Deslocados Ambientais: Uma Questão de Humanidade. 2016. Disponível em: <https://thiagonadu.jusbrasil.com.br/artigos/343490814/deslocados-ambientais-uma-questao-de-humanidade> Acesso em 13 Mai. 2019.

BECK, Ulrich: Incertezas fabricadas in: Sociedade do risco: O medo na contemporaneidade, 2006. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf> Acesso em 13 Mai. 2019.

CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon. O Projeto de Convenção de Limoges sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais. 2017.

COURNIL, C.; MAYER, B. Oportunidades e Limites de uma Proteção por Categoria em Benefício dos Migrantes Ambientais. In JUBILUT, Liliana Lyra; REI, Fernando Cardozo Fernandes; GARCES, Gabriela Soldano (Edit.). DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE - Minorias Ambientais. Barueri, SP: Manole, 2017.

FERNANDES, Duval, FARIA, Andressa Virgínia de. O visto humanitário como resposta ao pedido de refúgio dos haitianos. R. bras. Est. Pop., Belo Horizonte, v.34, n.1, p.145-161, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v34n1/0102-3098-rbepop-34-01-00145.pdf>> Acesso em 13 Mai. 2019.

GARCIA, Emerson. PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GOODWIN-GILL, Guy. The Refugee in International Law, p. 2, apud HADDAD, Emma. The

Refugee in International Society: Between Sovereigns. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 29.

IPCC. Climate change 2014: impacts, adaptation, and vulnerability. Part A: global and sectoral aspects. In: Field, C. B. et al. (Ed.). Contribution of working group 2 to the fifth assessment report of the intergovernmental Disponível em panel on climate change. Cambridge: Cambridge University Press, 2014a. Disponível em: <https://ipcc-wg2.gov/AR5/images/uploads/WGIIAR5-PartA_FINAL.pdf>. Acesso em 13 Mai. 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra; REI, Fernando Cardozo Fernandes; GARCES, Gabriela Soldano (Edit.). DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE - Minorias Ambientais. Barueri, SP: Manole, 2017.

OLIVEIRA, Wagner. Haitianos no Brasil: Hipóteses sobre a distribuição espacial dos imigrantes pelo território brasileiro. 2017. Disponível em: < <http://dapp.fgv.br/haitianos-no-brasil-hipoteses-sobre-distribuicao-espacial-dos-imigrantes-pelo-territorio-brasileiro/>> Acesso em 18 Mai 2019.

PACÍFICO, Andrea Pacheco, GAUDÊNCIO, Marina Ribeiro Barboza. A Proteção dos Deslocados Ambientais no Regime Internacional dos Refugiados. REMHU - Rev. Interdiscip. Mobil. Hum., Brasília, Ano XXII, n. 43, p. 133-148, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a09.pdf> Acesso em 13 Mai. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 6 ed. São Paulo:Saraiva, 2013

RAMOS, Érika Pires. Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional. 150 f. Tese de Doutorado em Direito, São Paulo, USP, 2011.

SILVA, José Carlos Loureiro da, REI, Fernando. Do Status de Refugiado Ambiental. Disponível em: <<http://www.deoliveirafilho.adv.br/artigos/REIEEU-REFUGIADOSAMBIENTAIS.pdf>> Acesso em 13 Mai. 2019.

SILVA, Mariana Basso da; CREMASCO, Maria Virginia Filomena. Migração e Refúgio, contribuições na Psicologia. Disponível em:< <http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=130>>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INCLUSIVA: O PAPEL DO PROFESSOR MEDIADOR

1Isaías 60:22 “O menor virá a ser mil, e o mínimo, uma nação forte; eu, e o SENHOR, a seu tempo farei isso prontamente”.

Flávio Henrique de Melo²

Marcilene da Silva³

RESUMO: O presente artigo científico tem o escopo de abordar a natureza jurídica de direito fundamental do direito à educação, em sua mais variadas formas e níveis, em especial para com a educação inclusiva, sendo o objetivo geral deste artigo. Nessa análise, partindo-se do art. 205 da Constituição Federal, cuja competência administrativa e legislativa do direito à educação é outorgada aos entes federados de forma concorrente e supletiva, observando os níveis de ensino, infantil, fundamental, médio e superior, porém padece de uma implementação efetivo, o que se constitui no problema do artigo. No aspecto da inclusão educacional, faz-se primordial a base jurídica inserida nas Leis Federais 12.764/12 (Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista) e 13.146/15 (Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Estatuto da Pessoa com Deficiência) que prevê a figura aqui denominado de “Professor mediador⁴”, como sendo: “acompanhante especializado” – Lei 12.764/12 e “profissional de apoio escolar” – Lei 13.146/15. Com efeito, a figura do “mediador” se mostra de sobremaneira relevante e imprescindível para a conexão do aluno acometido de algum transtorno ou síndrome para com o conhecimento transmitido pelo professor à sala de aula, fazendo a devida regulação desse aluno com a informação, sendo esse o objetivo específico. O método será o indutivo. E as hipóteses para solução da educação inclusiva seriam a implementação das políticas públicas por meio da qualificação dos professores e da instituição do “professor mediador”.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Educação. Inclusão. Professor-mediador.

ABSTRACT: The present scientific article has the scope to approach the juridical nature of fundamental right of the right to education, in its most varied forms and levels, especially for inclusive education, being the general objective of this article. In this analysis, starting from art. 205 of the Federal Constitution, whose administrative and legislative competence of the

1 BIBLIA SAGRADA. Traduzida em Português por João Ferreira de Almeida. Revista e Atualizada no Brasil. 2 ed. Barueri: São Paulo. Sociedade Bíblica do Brasil. 2009. P. 991.

2 Autor. Doutor em Ciências Jurídicas pela UNIVALI (Itajaí/SC) em parceria com a FCR (Porto Velho/RO). Mestre em Poder Judiciário pela FGV/RJ em convênio com a EMERON/TJRO. Juiz de Direito de 3ª entrância em Porto Velho/RO. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4820756680473316>.

3 Co-autora. Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira em Goiânia em 2008.

4 Neste artigo, a expressão “professor mediador”, “acompanhante especializado” e “profissional de apoio escolar” serão tratadas como sinônimos e será dado preferência a primeira, em razão da opção temática.

right to education is granted to the federated entities in a concurrent and supplementary way, observing the levels of education, children, elementary, middle and higher, but it has an effective implementation, which constitutes in the problem of the article. In the aspect of educational inclusion, the legal basis inserted in Federal Laws 12.764/12 (Institutes the National Policy for the Protection of the Rights of Persons with Autistic Spectrum Disorder) and 13.146/15 (The Brazilian Law on the Inclusion of Persons with Disability - Statute of the Person with Disabilities) that provides the figure called “mediating teacher”, as: “specialized escort” - Law 12.764 / 12 and “school support professional” - Law 13.146 / 15. In fact, the figure of the “mediator” is extremely relevant and essential for the connection of the student with some disorder or syndrome to the knowledge transmitted by the teacher to the classroom, making proper regulation of that student with the information, being this is the specific goal. The method will be the inductive one. And the hypotheses for the solution of inclusive education would be the implementation of public policies through the qualification of teachers and the institution of the “mediating teacher”.

Keywords: Fundamental right. Education. Inclusion. Teacher-mediator.

INTRODUÇÃO

A temática a ser discorrida vem apresentando maior conhecimento, discussão, destaque e preocupação em todos os setores, e, principalmente, para os pais ou responsáveis legais por filhos portadores de necessidades especiais.

A problemática consiste em avaliar se o professor-mediador (ou nas denominações legais é um fator essencial e imprescindível para assegurar a efetividade do direito à educação inclusiva enquanto direito fundamental?

A hipótese se verá confirmada pelo cotejo dos art. 205 da CF/88 e das Leis n. 12.764/12 e 13.146/15. Esse direito, muito embora regulamentado, não está devidamente implantado tanto nas escolas do setor público quanto do setor privado.

Esse mote, justifica a escrita desse trabalho para o fim de mostrar a relevância e a imprescindibilidade da introdução de fato de um processo pedagógico inclusivo, para que a inclusão não seja apenas figura de retórica.

Ao final da análise do tema, valer-se-á do princípio da dignidade da pessoa humana, como alerta e choque de realidade à toda autoridade responsável e ocupante de cargo de poder para que não descuide desse direito fundamental que é essencial para a consecução da vida digna das pessoas portadoras de necessidades especiais.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

O direito fundamental é uma condição de garantia posta à disposição dos cidadãos contra o próprio Estado, previsto na Constituição Federal, e também em face dos demais componentes humanos, sendo, portanto, mais rígido seu processo legislativo de mudança.

De acordo com Sarlet⁵, entende-se por direitos fundamentais:

Assim, para a compreensão do conceito de direitos fundamentais adotado pela CF, que aderiu à tradição que acabou em grande parte se consolidando no direito constitucional ocidental, é preciso retomar o fato de que direitos fundamentais são em primeira linha direitos constitucionalmente reconhecidos e ao menos em tese como tais assegurados, compartilhando, portanto, da supremacia hierárquica comum às normas constitucionais em geral.

Regulando a sua condição de direito fundamental quanto à educação, o art. 205 da Constituição de 1988⁶ assevera que:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O art. 209 da CF/88 apresenta a concessão da atividade à iniciativa privada (com as regras a serem observadas). Ademais, o art. 211 da CF/88 estabelece os papéis de cada ente federativo⁷.

2 A EDUCAÇÃO INCLUSIVA

De largada, é importante compreender que a educação é um direito social fundamental com lastro no art. 6º da Constituição Federal⁸: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Dentro do núcleo do direito fundamental está o microsistema da educação inclusiva.

Compreende-se por educação inclusiva⁹ como sendo:

A Educação inclusiva compreende um conjunto de ferramentas e estratégias que tem como objetivo a inserção de indivíduos com qualquer tipo de deficiência dentro do ambiente escolar regular. A educação inclusiva permite não apenas o acesso à educação como também permite a inserção social do indivíduo, que passa a conviver como indivíduo como qualquer outro da sociedade com seus direitos e deveres.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 17 abril. 2019.

6 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: em 17 abril. 2019.

7 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: em 21 abril. 2019.

8 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: em 21 abril. 2019.

9 BRASIL. Conceito de educação inclusiva. Portal da Educação. <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/educacao-inclusiva-definicao/55695>. Acesso em: 17 abril. 2019.

As Leis n. 12.764/12¹⁰ e 13.146/15¹¹ tratam, respectivamente, da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e a segunda da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

As ponderações de Lima¹² merecem destaque:

Não há dúvida de que, no Brasil, muitos dos direitos e garantias constitucionalmente tutelados não chegam a ser implementados, demonstrando-se crescente contradição, que deixa à margem centenas de brasileiros que não conseguem ter seus direitos mínimos de cidadania assegurados.

Apesar da existência de um arcabouço legislativo sobre o tema, o instituto do “professor mediador”, “acompanhante especializado” ou “profissional de apoio escolar”, ainda não uma realidade despertada nos agentes públicos, em que pese o dever constitucional e legal de implementação dessa figura jurídica, por meio de política pública que qualifique esse profissional para lidar com pessoas portadoras diagnosticadas com algum transtorno ou síndrome.

A realização desse passo vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana¹³ no atendimento socioeducativo; no entanto, a não efetivação de um direito garantido acarreta violação a esse mandamento. A Declaração universal dos direitos humanos e na Constituição Federal de 1988 pautam esse tema. Conforme os dizeres de Strelhow¹⁴:

Todo o processo de busca por espaço social ainda continua e necessita de uma luta constante. Muitas conquistas foram alcançadas e estão respaldadas na forma da lei. Porém, este é um processo lento e ainda demanda muita luta. Precisamos avançar principalmente no que diz respeito à efetivação destes direitos garantidos legalmente para que as pessoas com deficiência – às quais as pessoas com autismo constituem uma parcela significativa – gozem de vida plena. É de fundamental importância que a sociedade transforme seu discurso inclusivo em práticas que assegurem a participação democrática destas pessoas no ambiente social, e que principalmente, os ambientes sociais estejam adequados às suas necessidades específicas.

Essa educação na perspectiva da educação inclusiva é para ao Longo da Vida¹⁵, sendo um processo de construção contínuo e permanente sempre buscando a inserção e a interação, devendo, portanto, as entidades escolares públicas e particulares estarem preparada para essa norma forma socioeducativa. Essa perspectiva foi extraída dos escólios de António Manuel Seixas Sampaio da Nóvoa citado neste trabalho.

10 BRASIL. Lei n. 12.764 de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

11 BRASIL. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

12 LIMA, Maria Cristina de Brito. A educação como direito fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 10.

13 KAPPLER, Camila Kuhn Kappler, KONRAD, Letícia Regina. O princípio da dignidade da pessoa humana: considerações teóricas e implicações práticas. Revista Destaques Acadêmicos, Lajeado, v. 8, n. 2, 2016. ISSN 2176-3070. Disponível em: www.univates.br/revistas. Acesso em: 22 abr. 2019.

14 STRELHOW, Thyales Borcarte. A dignidade humana da pessoa com autismo. Revista Eletrônica Espaço Teológico ISSN 2177-952X. Vol. 6, n. 10, jul/dez, 2012, p. 44-60. <https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleiteo/article/download/13135/9651>. Acesso em: 22 abr. 2019.

15 Entrevista de Carlota Boto ao Professor António Manuel Seixas Sampaio da Nóvoa. António Nóvoa: uma vida para a educação. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1678-4634201844002003>. SEÇÃO: ENTREVISTAS. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 44, e201844002003, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v44/1517-9702-ep-44-e201844002003.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

3 O PAPEL E A IMPORTÂNCIA DO “ACOMPANHANTE ESPECIALIZADO” OU “PROFISSIONAL DE APOIO ESCOLAR”

Considerando o aspecto social e humano da educação inclusiva, a amostra de conhecimento constante do Portal da Educação¹⁶ apresenta os objetivos disponíveis, nessa implementação, quais sejam:

- Expandir horizontes de aprendizado.
- Aprender de maneira prático.
- Melhorar a capacidade cognitiva e criatividade.
- Vários ritmos de aprendizado.
- Motivar a busca pelo aprendizado.
- Tornar o aluno íntimo das tecnologias.
- Tornar o processo de aprendizado mais dinâmico e funcional.

A garantia do atendimento socioeducativo é um direito que se encontra dentro do objeto do princípio da dignidade da pessoa humana, tratado na Declaração Universal dos direitos humanos e na Constituição Federal de 1988.

O “professor mediador”, “acompanhante especializado” ou “profissional de apoio escolar” é figura essencial nesse processo de conexão da pessoa portadora de transtorno ou síndrome para a efetivação de uma educação socioeducativa que garanta de forma efetiva a inclusão desses cidadãos¹⁷ (pessoas que tem direitos e deveres como os demais):

O conceito de cidadania deve ser revisto e ampliado para abarcar não apenas a relação daquele que possui direitos e deveres para com o Estado, mas uma concepção de vertente ativa, que pressuponha a ação consciente das pessoas na conquista de mais espaço público, à medida que cidadania não é conceito pronto e acabado.

Será o professor-mediador, desde que devidamente qualificado, o agente que estará assegurando a inclusão efetiva na educação das pessoas portadores de transtorno ou de síndrome, trazendo para a realidade deles o que fora dito nos objetivos da educação inclusiva.

Sem a presença desse profissional, a educação inclusiva nesse contexto socioeducativo será mera figura de retórica, e essas propostas lançadas neste capítulo não serão implementadas.

É preciso de alguém com conhecimento para fazer com a informação transmitida pelo professor em sala de aula seja compreensiva aos olhos e ouvidos do Autista ou do Down e de qualquer outra pessoa portadora de deficiência, sendo um autêntico mediador.

Eis o compromisso público dos poderes republicanos também deve ultrapassar as linhas descritas nos itens institucionais de missão, visão e valores, conforme pontua a Declaração universal de direitos humanos¹⁸ e a Constituição Federal (já citado no artigo).

16 BRASIL. Objetivos da educação inclusiva. Portal da Educação. <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/educacao-inclusiva-definicao/55695>. Acesso em 17 abril. 2019.

17 O conceito de cidadão será revelado a partir de sua expressão, a cidadania. NOHARA, Irene Patrícia. Conceito de cidadão ou usuário: reflexões sobre o atendimento jurídico gratuito nas faculdades de Direito. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7884. Acesso em: 22 abr. 2019.

18 ONU. Organizações das nações unidas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse aspecto, também as escolas sejam públicas ou particulares, ante a natureza pública do serviço prestado e a conotação social da atividade desenvolvida, faz-se mister que observem essas normas de cumprimento imperioso para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas, então, a fim de se entender a figura do “professor-mediador¹⁹”, faz-mister melhor compreender a sua importância de forma que:

Mediar é facilitar o processo para que a informação se transforme em conhecimento e gere novas aprendizagens, não basta responder, é necessário fazer boas perguntas, considerar as experiências educativas que o aluno traz, entende-se aqui, a aprendizagem extrapolando a escola. O professor tem um papel fundamental na construção de novos saberes, sua responsabilidade aumenta, pois necessita adaptar-se às diferentes linguagens e criar oportunidades para além das situações educativas, transcendendo a sala de aula. O conhecimento descentraliza-se e flui havendo um encontro democrático, afetivo e efetivo em que os dois professor e aluno aprendem juntos.

Depreende-se da ideia lançada a título de importância do professor-mediador para o processo de aprendizagem do aluno, com vistas à constituição da definição de seu papel²⁰ na construção do conhecimento e aprendizado àqueles portadores de transtorno ou síndrome, como um elemento de conexão desse aluno com a informação lançada em sala de aula, daí a necessidade de um processo pedagógico inclusivo.

Pois bem:

É justamente, pensando nessa “prática social” que o professor deve estar ciente de que não basta tratar somente de conteúdos atuais em sala de aula, mas sim, também, resgatar conhecimentos mais amplos e históricos, para que os alunos possam interpretar suas experiências e suas aprendizagens na vida social.

(...)

Desse modo, percebemos uma interrelação entre dois momentos do processo de ensino – transmissão e assimilação ativa – que supõe o confronto entre os conteúdos sistematizados, trazidos pelo professor, e a experiência sociocultural do aluno e por suas forças cognoscitivas, enfrentando as situações escolares de aprendizagem por meio da orientação do professor.

Esse processo construtivista descrito acima somente é possível com a inserção do professor-mediador em um processo pedagógico inclusivo que dever previsto em todas as escolas, sejam elas públicas ou privadas, posto que esse mecanismo é da própria educação, enquanto, fato de inserção social, tal como previsto no art. 205 da Constituição Federal citado acima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do processo pedagógico inclusivo nos leva a várias reflexões, verificado pelo desenvolvimento do tema.

Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 22 abr. 2019.

19 SOUZA, Claudia Xavier Costa. A importância do papel do professor como mediador. Disponível em: <https://educacao.estadao.com.br/blogs/blog-dos-colegios-rio-branco/a-importancia-do-papel-do-professor-como-mediador/>. Acesso em: 23 abr. 2019.

20 BULGRAEN, Vanessa Cristina. O papel do professor e sua mediação nos processos de elaboração do conhecimento. Revista Conteúdo, Capivari, v.1, n.4, ago./dez. 2010 – ISSN 1807-9539. Disponível em: <http://www.conteudo.org.br/index.php/conteudo/article/viewFile/46/39>. Acesso em: 23 abr. 2019.

Em primeiro lugar, a instituição Escola, seja pública ou particular, tem que conhecer a realidade do aluno, principalmente, daquele portador de necessidades especiais.

A Escola, seja pública ou particular, é quem deve se adaptar ao aluno e, não o contrário.

As instituições, independentemente da natureza, devem capacitar seus professores e toda a equipe da Escola para compreender a inclusão enquanto acessibilidade ao conhecimento de forma plena e não apenas como mero figurante em uma sala de aula.

Fechando as hipóteses, o processo pedagógico inclusivo é o meio pelo qual se obtém o fim que é a educação inclusiva, cuja nesse estudo encontrou-se sua natureza e base jurídica na Constituição e, portanto, direito fundamental.

Aos que dependem de uma educação inclusiva, há dois importantes instrumentos jurídicos infraconstitucionais: nas Leis Federais 12.764/12 (Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista) e 13.146/15 (Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Estatuto da Pessoa com Deficiência) que prevê a figura aqui denominado de “Professor mediador²¹”, como sendo: “acompanhante especializado” – Lei 12.764/12 e “profissional de apoio escolar” – Lei 13.146/15.

Enfim, a concessão da educação inclusiva, enquanto direito fundamental, assume o condão de máxime do princípio da dignidade da pessoa²² humana, na medida em que a não observância autêntica desse processo pedagógico essencial inclusivo, neutralizaria completamente o conhecimento àqueles portadores de transtorno ou síndrome. E a compreensão da dignidade pressupõe o equilíbrio e paridade para que todos nesse contexto possam receber as mesmas oportunidades em igualdade de condições.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Objetivos da educação inclusiva. Portal da Educação. <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/educacao-inclusiva-definicao/55695>. Acesso em 17 abril. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.764 de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3o do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

BRASIL. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em 17 abril.2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: em 21 abril. 2019.

21 Neste artigo, a expressão “professor mediador”, “acompanhante especializado” e “profissional de apoio escolar” serão tratadas como sinônimos e será dado preferência a primeira, em razão da opção temática.

22 STRELHOW, Thyeles Borcarte. A dignidade humana da pessoa com autismo. Revista Eletrônica Espaço Teológico ISSN 2177-952X. Vol. 6, n. 10, jul/dez, 2012, p. 44-60. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/reveleteo>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Conceito de educação inclusiva. Portal da Educação. <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/educacao-inclusiva-definicao/55695>. Acesso em: 17 abril. 2019.

BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em Português por João Ferreira de Almeida. Revista e Atualizada no Brasil. 2 ed. Barueri: São Paulo. Sociedade Bíblica do Brasil. 2009. P. 991.

BULGRAEN, Vanessa Cristina. O papel do professor e sua mediação nos processos de elaboração do conhecimento. Revista Conteúdo, Capivari, v.1, n.4, ago./dez. 2010 – ISSN 1807-9539. Disponível em: <http://www.conteudo.org.br/index.php/conteudo/article/viewFile/46/39>. Acesso em: 23 abr. 2019.

KAPPLER, Camila Kuhn Kappler, KONRAD, Letícia Regina. O princípio da dignidade da pessoa humana: considerações teóricas e implicações práticas. Revista Destaques Acadêmicos, Lajeado, v. 8, n. 2, 2016. ISSN 2176-3070. Disponível em: www.univates.br/revistas. Acesso em: 22 abr. 2019.

LIMA, Maria Cristina de Brito. A educação como direito fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 10.

NOHARA, Irene Patrícia. Conceito de cidadão ou usuário: reflexões sobre o atendimento jurídico gratuito nas faculdades de Direito. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7884. Acesso em: 22 abr. 2019.

NÓVOA, Antônio. Antônio Nóvoa: uma vida para a educação. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1678-4634201844002003>. SEÇÃO: ENTREVISTAS. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 44, e201844002003, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v44/1517-9702-ep-44-e201844002003.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

ONU. Organizações das nações unidas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 22 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/educacao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 17 abril. 2019.

SOUZA, Claudia Xavier Costa. A importância do papel do professor como mediador. Disponível em: <https://educacao.estadao.com.br/blogs/blog-dos-colegios-rio-branco/a-importancia-do-papel-do-professor-como-mediador/>. Acesso em: 23 abr. 2019.

STRELHOW, Thyales Borcarte. A dignidade humana da pessoa com autismo. Revista Eletrônica Espaço Teológico ISSN 2177-952X. Vol. 6, n. 10, jul/dez, 2012, p. 44-60. <https://revistas.pucsp.br/index.php/reveleto/article/download/13135/9651>. Acesso em: 22 abr. 2019.

O PODER JUDICIÁRIO NA ERA NEOCONSTITUCIONALISTA: A IMPORTANTE MISSÃO DE PROTEÇÃO ÀS MINORIAS E A RELEVÂNCIA DA SUA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA

Gisele Dias de Oliveira Bleggi Cunha¹

RESUMO: O estudo versará sobre a importância da função contramajoritária exercida pelo Poder Judiciário na defesa dos direitos das minorias quando estes encontram-se ameaçados em razão da prática de atos do próprio poder público. Será analisado um caso concreto relativo à edição, pelo Poder Executivo, de ato normativo eivado de inconstitucionalidade por atribuir prevalência aos interesses econômicos oriundos do exercício de atividade empresarial em detrimento da proteção constitucional do meio ambiente e das comunidades indígenas da Amazônia legal, situados na região da instalação de empreendimento hidrelétrico (UHE Tabajara, município de Machadinho do Oeste/RO). O ordenamento constitucional pátrio permite o exercício, pelos cidadãos, de atividade econômica como forma de assegurar a todos uma existência digna desde que sejam respeitados os dispositivos constitucionais referentes à proteção do meio ambiente, e também, sejam observadas normas constitucionais relativas a proteção e defesa dos povos indígenas. Neste prisma, qualquer ato normativo, emitido sob o pretexto de regulamentar leis, que vier a contrariar o conteúdo do texto constitucional merece rigorosa correção, devendo o Poder Judiciário ser provocado para cessar e reparar a lesão aos direitos. O caso sob enfoque consiste na ameaça de violação dos direitos fundamentais de nove nações indígenas e dois grupos de índios isolados, todos situados nos Estados de Rondônia e Amazônia, em razão da emissão de portaria interministerial lesiva aos interesses de nove, do total de onze comunidades étnicas locais, consistente na indevida limitação da área de influência dos empreendimentos hidrelétricos em relação às terras indígenas, provocando a exclusão das comunidades que estejam situadas em um raio superior a 40 km de distância.

Palavras-chave: Rondônia. Poder Judiciário. Contramajoritária. Minorias. Direitos Humanos.

ABSTRACT: The study will discuss the importance of the counter-majority function performed by the Judicial Power in the defense of minorities' rights when those are threatened by acts practiced by the public power itself. A real case will be analyzed related to the edition by the Executive Power of a normative act laden with unconstitutionality, for giving prevalence to economic interests procured by the exercise of corporate activity in disadvantage of the constitutional protection to the natural environment and the indigenous communities of legal Amazonia, located in the area of installation of a hydroelectric enterprise (UE Tabajara, in the

¹ Mestranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia, graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2002) e posgraduada em Direito Processual - Grandes Transformações pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Atualmente é Procuradora da República do Ministério Público Federal, com atuação nas temáticas do meio ambiente e grandes empreendimentos, urbanismo, patrimônio histórico e cultural, direitos indígenas, comunidades tradicionais e minorias. E-mail: giselebleggi79@gmail.com.

municipality of Machadinho do Oeste, State of Rondônia). The national constitutional order allows the exercise by citizens of economic activity as a way of assuring to all a worthy existence, as long as the constitutional dispositions about environmental protection are respected, and also the constitutional norms relative to the protection and defense of indigenous peoples. Through that prism, any normative act emitted under the pretext of regulating laws that may counterpose the constitutional text deserves a rigorous correction, and the Judicial Power should be called forth to cease and repair the rights' injuries. The case in focus consists in the threat of fundamental rights' violation of nine indigenous nations and two isolated indigenous groups, all of them established in the states of Rondônia and Amazonas, due to the emission of an interministerial order that hurts the interests of nine of eleven local ethnic communities, consisting in the inadequate delimitation of the area of influence of hydroelectric ventures related to indigenous lands, for the object of environmental compensation and implementation of emergency programs, causing the exclusion of communities seated beyond a 40-kilometer radius.

Keywords: Rondônia. Judicial Power. Counter-majority. Minorities. Human rights.

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a importantíssima função exercida pelo Judiciário na era pós-positivista, de poder contramajoritário. Tal função representa a garantia de que os direitos fundamentais das minorias poderão ser preservados em face de deliberações arbitrárias realizadas pelos demais poderes, sendo que o fundamento desta função se encontra estabelecido na Constituição.

Antes de adentrar no ponto central da pesquisa, serão tecidas algumas considerações sobre o Neoconstitucionalismo e sobre a teoria dos princípios, visto que tais questões se relacionam diretamente com a atual postura do Poder Judiciário no tratamento de violações a direitos fundamentais praticadas pelo poder público ou por grupos dominantes e/ou majoritários, em desfavor das minorias.

De fato, o Neoconstitucionalismo propõe a superação do conjunto de teorias que marcaram o positivismo jurídico, a partir da consolidação de um novo modelo teórico que possui seus alicerces fincados na Constituição, cujo arcabouço está alicerçado na força normativa dos princípios constitucionais. Por sua vez, a teoria dos princípios constitucionais alcança especial relevância no discurso jurídico contemporâneo, visto que fornece critérios racionais para a aplicação do sistema aberto de princípios constitucionais, indispensável para o fortalecimento da legitimação e justificação das decisões judiciais.

Após as abordagens teóricas sobre o novo paradigma que a comunidade jurídica está imergida, este trabalho adentra no tema da importantíssima função contramajoritária exercida pelo Poder Judiciário. Tal função visa garantir a efetivação dos direitos fundamentais dos grupos minoritários, os quais, muitas vezes, são preteridos pelas decisões da maioria. Não se pode perder de vista que a democracia possui imperfeições que justificam uma atuação diferenciada por parte do juiz.

Neste contexto, a democracia permite que juízes se afastem de normas postas pelo Poder Legislativo, em prol da garantia e da proteção dos direitos dos grupos minoritários, menos privilegiados, e que quase nunca são ouvidos pelo poder público e que, de outra forma, teriam o seu valor político diminuído em face da sua pouca capacidade de organização ou mobilização da opinião pública. Assim, o Poder Judiciário, ao exercer a sua função contramajoritária, objetiva considerar todos os interesses envolvidos no litígio, principalmente aqueles que sistematicamente são preteridos pela vontade da maioria.

Além das considerações teóricas sobre a função contramajoritária do Poder Judiciário, a pesquisa analisa um caso concreto de lesão potencial a direitos de etnias indígenas, sugerindo-se a submissão do conflito ao crivo judicial visando garantir os direitos fundamentais respectivos, quais sejam, o direito dos povos indígenas de possuírem, habitarem e usufruírem suas terras tradicionais e recursos naturais necessários para a sua reprodução física e cultural de suas etnias, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal.

No caso sob enfoque, a instalação de um grande empreendimento hidrelétrico na bacia hidrográfica do rio Machado ameaça o equilíbrio ambiental de várias terras indígenas da região, podendo até, a depender do grau do impacto gerado, exterminar um grupo de índios isolados que habita na localidade, e que depende exclusivamente do meio ambiente natural integralmente preservado, para que se mantenha vivo e não seja exterminado em razão dos danos ambientais causados no seu território.

A pesquisa utilizou os seguintes métodos: (a) de abordagem: qualitativo, (b) de objetivo: explicativo, (c) de procedimento: pesquisa bibliográfica, documental, e estudo de caso e (d) quanto à natureza: pesquisa aplicada.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO E A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: SUPERAÇÃO DO SISTEMA DE REGRAS

O movimento migratório dos princípios jurídicos para as constituições tornou-se a característica marcante dos modelos constitucionais contemporâneos, e a normatividade dos princípios guarda profunda superação do Estado Liberal de Direito, baseado na lógica do positivismo jurídico. Este modelo é marcado pela teoria jurídica que identifica o Direito como “ciência jurídica”, não admitindo vinculação entre ele, a moral e a política. Na teoria positivista, o direito é o que está na lei, e o legislador figura como ator principal. Assim sendo, o conceito de justiça importa apenas à ordem moral e não à ordem jurídica (ZAGREBELSKI, 1995, p.21-23 apud SILVA, 2012).

Com as profundas mudanças ocorridas à sociedade (movimento de classe, fortalecimento das Instituições públicas, valorização da dignidade humana e do ideal de justiça social, pluralismo político e jurídico, etc.), evidenciou-se a necessidade de se modificar os fundamentos teóricos de Direito.

O modelo liberal de Estado de Direito, assim, revelou-se, com as estruturais modificações ocorridas na sociedade, carente de um insuprimível déficit de legitimidade, resultante do afastamento do modelo liberal dos postulados de justiça material e igualdade substancial (SILVA, 2012).

Nesta tendência, o Neoconstitucionalismo (designação dessa nova fase) caracterizou-se pela prevalência da Constituição sobre as regras. O dogma de sujeição à lei é substituído pela máxima sujeição à Constituição. E os princípios constitucionais passam a identificar-se como autênticos veículos de justiciabilidade do Direito. No Neoconstitucionalismo, o personagem central do legislador, é substituído pelo agigantamento da figura dos juízes e estes revelam-se importantes garantidores de efetivação e concretização dos Direitos fundamentais (SILVA, 2012).

Por meio da utilização dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário passou a conseguir cumprir a relevante função de inserção das pautas morais no discurso jurídico. O discurso prático pautado na moral e na justiça, agora, invade o ordenamento jurídico, e mitiga o déficit de legitimidade que marcava o Estado Liberal positivista.

A partir de então, o Poder Judiciário começou a desempenhar a importante missão de proteção às minorias: a relevância da sua função contramajoritária. O papel desenhado pelos direitos fundamentais como agente limitador da soberania popular decorre da máxima de que, no Estado de Direito, não é permitido a fixação de poderes absolutos. E para salvaguardar os requisitos essenciais à participação de todos indivíduos no processo democrático, o Poder Judiciário é, recorrentemente, provocado a garantir o livre exercício da liberdade e igualdade de todas as pessoas, e principalmente, o de respeitar a dignidade da pessoa humana, em aplicação da sua função de poder contramajoritário: de proteção às minorias contra imposição desarrazoada ou indigna das maiorias.

Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira importância no equilíbrio entre os poderes e na função de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais. Neste passo, tem-se vários exemplos de decisões judiciais emitidas pelo STF (MS 24831/DF, MS 24849/DF, MS 26441/DF), onde foi garantido às minorias o direito de não se submeter às medidas arbitrárias ensaiadas por grupos majoritários.

1.1 A JUSTIFICAÇÃO COMO LIMITE AO PROTAGONISMO JUDICIAL

A postura de um juiz em um Estado de Direito pressupõe a existência de requisitos legitimadores de sua autoridade, dentre eles, podemos citar: independência, imparcialidade, obrigatoriedade de motivação e publicidade de suas decisões. Logo, a atividade judicial demonstrada nas decisões, são legítimas e acertadas quando devidamente justificadas.

As justificativas apresentadas pelo magistrado, ao decidir, devem ser extraídas de fontes de Direito aceitas pela sociedade. Tal decisão, quando fundamentada em argumentos extraídos do Direito (princípios e regras, explícitos ou implícitos) não pode ser considerada “ilegítima” ou “imprevisível”, visto estar plenamente conformada com o Estado de Direito, não havendo que se falar em “criatividade inovadora” do juiz, em sua atividade judicial (CUNHA, 2005).

Neste passo, não se admite que o magistrado, ao fundamentar sua decisão, utilize exclusivamente concepções particulares que entender corretas (crenças religiosas, posições

políticas, ideológicas, etc.). É indispensável que seu posicionamento seja fundamentado em valores, princípios e regras existentes em nosso ordenamento jurídico. E, em razão disso, exige-se que as decisões sejam justificadas e públicas permitindo o controle social e também revisional sobre as razões invocadas e a observância de limites à eventual arbítrio judicial praticado (CUNHA, 2005).

Segundo John Rawls (RAWLS, 2000, p.287 apud CUNHA, 2005, p.538), “os magistrados não podem em uma sociedade pluralista e democrática invocar a sua própria moralidade particular ou ideologias para justificar a tomada de decisão judicial”. Sabe-se que tais elementos podem até estar presentes (de forma implícita, no raciocínio do juiz) no momento de prolação de uma decisão; entretanto, o processo de justificação exige publicidade das motivações. E sendo as decisões motivadas, os argumentos utilizados não poderão se afastar das normas, sejam elas explícitas ou implícitas, contidas no nosso sistema normativo brasileiro.

1.2 A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As regras e princípios são normas jurídicas, afirma Alexy (ALEXY, 1993, p. 81-82 apud SILVA, 2012) e o primeiro ponto distintivo entre elas encontra-se na fundamentabilidade. Esta característica representa que os princípios são normas fundamentais do sistema jurídico e também fundamento jurídico-político de todo o ordenamento, consistindo-se em decisões básicas nucleares informadoras de todo o conjunto normativo, inspirando e dotando de unidade e adequação valorativa o ordenamento jurídico (SILVA, 2012).

Outra característica própria dos princípios consiste na sua generalidade e vagueza, visto que eles podem admitir um leque infinito de aplicações em razão da sua abertura (ALEXY, 1993, p. 83-84 apud SILVA, 2012). Diferentemente das regras, cujo critério de aplicação é a subsunção, os princípios podem: (a) afastar a aplicação de uma regra, quando ela se apresenta injusta, inadequada e destoante do ordenamento jurídico- constitucional, (b) são passíveis de ponderação, quando existir o conflito de princípios existentes no ordenamento jurídico-constitucional.

Em observação das sistematizações de jurisprudência de ordenamentos jurídicos de vários países, percebe-se uma tendência (embora, cada um dos sistemas apresente alguma “particularidade”) que revela o estabelecimento de uma ponderação de bens jurídicos em vista o caso concreto: se enquadram neste contexto as jurisprudências do STF e da Corte Constitucional Alemã. Nelas, a ponderação leva em consideração todas as circunstâncias de um caso em apreço, estabelecendo o que se tem designado de “prevalência condicionada” dos princípios (MENDES, 2017, p.239).

Por sua vez, quando o Poder Judiciário se depara com um caso de conflito de princípios, a saída apresentada por Alexy (ALEXY, 1998 apud MENDES, p.239) defendida em muitas Cortes Constitucionais e utilizada como método ou procedimento de solução de tensão de direitos, consiste na realização da ponderação (avaliação de pesos/valores) de princípios produzida em três planos: 1) definição de intensidade e intervenção em um direito fundamental ou em bens tutelados constitucionalmente; 2) levantamento da importância dos fundamentos

justificadores da intervenção, e 3) realização da ponderação em sentido específico e estrito (MENDES, 2017, p.239).

Alexy chama à atenção que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser reformulado como uma “lei de ponderação”, segundo a qual, quanto mais intensa se revelar a intervenção em um determinado direito fundamental, mais relevantes e significativos deverão ser os argumentos justificadores utilizados na decisão judicial que operou a intervenção (restrição ou limitação) em dado direito fundamental (ALEXY, 1998 apud MENDES, 2017, p.239).

Cumprir registrar, ainda, que a nossa ordem constitucional brasileira contempla, embora de forma implícita, a ideia de proteção a um núcleo essencial dos direitos fundamentais, visto que a não admissão de um limite ao Poder Legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental (MENDES, 2017, p.213).

Com efeito, parece ser evidente que poderão existir vícios de inconstitucionalidade substanciais decorrentes de excesso do Poder Legislativo, e este ponto se revela entre uma das mais tormentosas preocupações do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos, ou também se trata de constatar a presença, no ato legislativo, dos elementos: adequação e necessidade, quando o parlamento edita norma que seja capaz de intervir ou restringir direito fundamental (MENDES, 2017, p.213).

Logo, apresenta-se de forma indiscutível a possibilidade de o Poder Judiciário analisar a ocorrência de excessos praticados pelo Poder Legislativo. Tal análise se revela necessária quando a norma produzida pelo legislador não for legítima e, portanto, seja destoante do ordenamento constitucional por afrontar direitos fundamentais.

A análise da conveniência da norma foge das atribuições judiciais sindicáveis, contudo, o mesmo não se podendo concluir acerca da verificação das intervenções abusivas, no ato de legislar, passíveis de verificação judicial quanto à constitucionalidade da norma produzida.

Por outro lado, não é somente o Poder Legislativo que se submete à égide dos direitos fundamentais, sendo que ao Poder Executivo também é exigido que, ao desempenhar sua função no Estado de administrar e governar a nação, executando as leis, seja obediente às normas constitucionais. Logo, os atos do Poder Executivo, quando eivados de vícios, são passíveis de correção pelo Poder Judiciário, exigindo-se deste Poder que realize a conformação dos atos do executivo com os limites constitucionais estabelecidos e garanta o respeito aos direitos fundamentais.

2 HIDRELÉTRICA DE TABAJARA: EXEMPLO DE CASO CONCRETO EM QUE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTÃO AMEAÇADOS POR ATOS ABUSIVOS PRATICADOS PELO PODER PÚBLICO

No Estado de Rondônia, no município de Machadinho do Oeste, existe projeto de instalação da UHE Tabajara no rio Machado (ou Ji-Paraná), tributário e principal afluente do rio Madeira, a segunda mais importante bacia hidrográfica do Estado. Importa lembrar que

o rio Madeira já abriga as Usinas Hidrelétricas de Jirau e Santo Antônio (BRASIL, 2017, p. 24), cujos impactos ambientais negativos hoje são sentidos pela população, por insuficiência na elaboração dos Estudos prévios de Impacto Ambiental de ambos os empreendimentos.

A UHE Tabajara terá sua barragem construída no Distrito de Tabajara (município de Machadinho do Oeste/RO), cuja área de influência atinge diversas unidades de proteção ambiental e de conservação, comunidades ribeirinhas e de pescadores artesanais, além de várias Terras Indígenas situadas em ambos os Estados (RO e AM), e ainda, com potencialidade de atingir a área de perambulação de comunidades indígenas isoladas.

Em análise do EIA/RIMA do empreendimento, percebe-se uma grave falha no estudo referente ao componente indígena (ECI). O referido estudo apenas considera como área potencialmente atingida pelo empreendimento uma única terra indígena, a TI Tenharim Marmelos, e silencia de maneira preocupante quanto às demais comunidades indígenas que se localizam nas proximidades.

Entretanto, existe parecer emitido pelo setor pericial da Procuradoria-Geral da República (BRASIL, 2017) que demonstra a grande probabilidade de que os impactos possam atingir nove nações indígenas e dois grupos de índios isolados; vejamos alguns trechos do parecer:

Sabe-se, entretanto, que além da Terra Indígena Tenharim Marmelo, serão impactadas as seguintes áreas: Tenharim do Rio Sepoti, Tenharim do Igarapé preto, Jiahui, Pirahã, Parintintim (tanto da TI Ipixuna quanto da TI Nove de Janeiro), Arara Karo e Ikolen Gavião (TI Igarapé Lourdes) e, de forma mais preocupante, indígenas isolados Kawahiva/Kaidjuwa, de referência 47 e 70 na listagem da FUNAI (BRASIL, 2017, p. 22).

Investigando-se o motivo pelo qual a FUNAI reduziu drasticamente o número de comunidades indígenas que poderiam ser impactadas pelo empreendimento, verificamos a existência de um ato normativo produzido pelo Poder Executivo, cujo objetivo foi agilizar e facilitar o processo de licenciamento ambiental de empreendimentos hidrelétricos, “destravando os obstáculos” que se relacionavam com a área de influência dos empreendimentos e os prováveis impactos decorrentes em terras indígenas.

Com efeito, a ausência no termo de referência do componente indígena das várias TI's existentes na região do empreendimento Tabajara se justificou pela aplicação da Portaria Interministerial 419/2011, posteriormente substituída pela Portaria 60/2015.

A referida portaria restringiu em 40 km o limite máximo de distância em relação ao empreendimento para que seja considerada uma terra indígena potencialmente atingida pelos seus impactos. E, utilizando esse parâmetro, a FUNAI elaborou um termo de referência para o empreendimento Tabajara que somente exigiu estudos acerca de uma única TI, a TI Tenharim Marmelos, visto que o reservatório fica a cerca de 750 metros dos seus limites.

Ocorre que, conforme informa o laudo produzido pelo setor pericial, “não há argumentos técnicos e/ou científicos que justifiquem a fixação de 40 quilômetros” (BRASIL, 2017, p. 23). E ainda menciona “*existem motivações políticas relacionadas, principalmente, ao licenciamento da UHE de Belo Monte, no rio Xingu*” (BRASIL, p. 23).

Chama-se a atenção que, nos estudos de impacto ambiental, iniciados antes da edição da portaria, onze terras indígenas foram consideradas como afetadas pela usina. Depois da edição da portaria, somente duas terras indígenas foram consideradas impactadas. Observa-se, assim, que a aplicação dessa portaria objetivou reduzir ou eliminar dos processos de licenciamento ambiental o reconhecimento dos impactos sobre os territórios indígenas, que poderiam inviabilizá-los, retardá-los, ou, pelo menos, onerá-los. (BRASIL, 2017, p. 23).

Atualmente, a FUNAI tem aplicado a Portaria Interministerial, considerando não ser necessária a adoção de procedimentos específicos de elaboração do componente indígena do processo de licenciamento quando a distância entre os empreendimentos e as TIs próximas extrapola 40 km. Entretanto, a análise preliminar do caso concreto, bem como os precedentes de diversos outros casos análogos (UHE Jirau e UHE Santo Antônio, por exemplo), indicam que os impactos destes empreendimentos em TIs extrapolam a distância estabelecida na portaria (BRASIL, 2017, p. 247).

A postura do Poder Executivo e da FUNAI causa perplexidade ao MPF e às comunidades indígenas da região haja vista que a Portaria e o termo de referência da FUNAI visaram beneficiar o setor econômico em detrimento das comunidades indígenas, em violação frontal e direta aos Direitos fundamentais pertencentes aos povos indígenas, e a proteção especial definida na Constituição a estas minorias étnicas. Vejamos outro trecho do laudo pericial, que esclarece ainda mais o favorecimento:

Causa surpresa e preocupação a omissão sobre índios isolados daquela região, que caminham e vivem pelas matas das terras indígenas e unidades de conservação. E ainda que estes indígenas se encontrem mais distantes do local, certo é que sofrerão os impactos da implantação do empreendimento (BRASIL, 2017, p.24).

Diante da eminência de lesão aos direitos indígenas, o Poder Judiciário tem sido apontado, na atualidade, e segundo a ótica do Neoconstitucionalismo, como um ambiente neutro para analisar casos em que os direitos das minorias se revelem comprometidos. Sabe-se que nas deliberações de outros poderes (Executivo e Legislativo) as questões de interesse da maioria acabam prevalecendo, muitas vezes, em detrimento de interesses de grupos minoritários, até porque, como regra-geral o critério decisivo na tomada de decisões principalmente no âmbito do Poder Legislativo, continua sendo a regra da maioria.

Logo, se o Poder Executivo emitir atos normativos ilegais e/ou inconstitucionais, violadores de direitos fundamentais de minorias em favorecimento do exercício de uma determinada atividade econômica não sustentável, o Poder Judiciário poderá ser acionado, para corrigir a distorção de valores indevidamente produzida pelos demais poderes. O Poder Judiciário revela-se como garantidor dos direitos fundamentais, visto que detém imparcialidade, independência, inércia jurisdicional, zela pelo respeito ao contraditório, e cumpre o dever de motivar todas as decisões, com argumentos que se tornarão públicos. A publicidade da decisão e dos seus argumentos permitirão que a sociedade analise os motivos e constata a legitimidade e justiça da decisão. E também permite que as instâncias superiores revisem a decisão, caso ela se afaste das normas vigentes em nosso ordenamento jurídico.

No caso concreto, temos um ato normativo lesivo aos direitos fundamentais das comunidades indígenas. A ponderação dos princípios conflitantes (direito das minorias x livre exercício da atividade econômica) deveria prestigiar o valor mais importante no caso concreto, qual seja, o direito destes povos de viverem em suas terras tradicionais com recursos naturais preservados, e também de não serem vítimas de impactos ambientais que possam comprometer a própria existência da comunidade indígena. Logo, é inadequada e injusta a norma restritiva sobre a abrangência dos estudos prévios de impacto ambiental (EIA).

A restrição normativa quanto a área de influência de um empreendimento à 40 km de distância de terras indígenas, desconsiderando outras comunidades que estejam em um raio maior, é flagrantemente inconstitucional porque dados técnicos e científicos já produzidos (BRASIL, 2017) são reveladores de que os impactos ambientais provavelmente atingirão dimensões bem mais amplas que os 40 quilômetros, como ocorreram com as usinas UHE's de Belo Monte (Altamira/PA), Santo Antônio e Jirau (Porto Velho/RO).

Assim sendo, tem-se que a portaria interministerial utilizada pela FUNAI na elaboração do termo de referência viola o ordenamento constitucional vigente tendo em vista que ela atribui valor a atividade econômica de forma desproporcional aos demais direitos envolvidos. O art. 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) preconizou, como finalidade da ordem econômica, a necessidade de assegurar a todos uma existência digna, e definiu como princípios, que sempre devem ser observados pelos atores econômicos, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente. Assim sendo, salta aos olhos o quão violador do sistema jurídico-constitucional é o ato normativo sob enfoque.

As consequências da aplicação do ato normativo “regulamentador” são catastróficas, caso o mesmo não seja invalidado. O resultado será a existência de impactos ambientais severos e irreversíveis em terras indígenas da região que sequer farão parte dos estudos ambientais, visto que o próprio termo de referência emitido pela FUNAI foi incompleto ao não exigir do empreendedor a realização de diagnósticos suficientes para a detecção de impactos potenciais da atividade de geração de energia elétrica que será instalada no Rio Machado. Chama a atenção que o termo de referência emitido pela FUNAI sequer fez menção sobre a necessidade de elaboração de estudos nas áreas de perambulação dos índios isolados, sendo que a existência deles foi noticiada pela própria FUNAI.

Certo é que, qualquer alteração ambiental adversa que eventualmente venha ocorrer nas áreas que os grupos indígenas isolados habitam, poderá acarretar na extinção da etnia: *“Quaisquer mudanças que possam afetar o meio ambiente afetarão a produção de alimentos, os recursos naturais necessários para sobrevivência, podendo acarretar um genocídio em sua forma étnica”* (BRASIL, 2017, p. 35).

2.1 O PODER JUDICIÁRIO E A IMPORTANTE MISSÃO DE PROTEÇÃO ÀS MINORIAS: A RELEVÂNCIA DA SUA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA

O papel desenhado pelos direitos fundamentais como agente limitador da soberania popular decorre da máxima de que, no Estado de Direito, não é permitido a fixação de poderes absolutos. E para salvaguardar os requisitos essenciais à participação dos indivíduos no processo democrático, o Poder Judiciário é, recorrentemente, provocado a garantir o livre exercício da liberdade e igualdade de todas as pessoas e principalmente, o de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, utilizando a sua função de poder contramajoritário: de proteção as minorias contra imposições desarrazoadas ou indígenas, da maioria (BRASIL, 2019, p. 574).

Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes, e sua função de guardião da Constituição e dos Direitos fundamentais. Em vários exemplos de decisões judiciais emitidas pelo STF (MS 24831/DF, MS 24849/DF, MS 26441/DF), foi garantido às minorias o direito de não se submeter a medidas arbitrárias orquestradas por grupos majoritários (BRASIL, 2019, p. 576-577).

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão importantíssima, um dos objetivos principais do Poder Judiciário, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional (BRASIL, 2019, p. 576-577).

Cabe enfatizar que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos da Corte Suprema objetivam preservar intangibilidade de direitos, interesse e valores que identificam os grupos minoritários expostos à situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação, de injustiças e exclusão.

Isso significa, numa perspectiva pluralística, compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática, que se faz indispensável a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que as prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, garantindo o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime vigente no país (BRASIL, 2019, p. 582-583).

Assim sendo, tem-se que o Poder Judiciário em sua função contramajoritária é guardião do regime democrático, visto ser um poder que não reduz a democracia a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou formal. O Poder Judiciário, sempre que provocado, pode atuar no sentido de garantir a plenitude dos meios necessários do exercício dos direitos fundamentais pertencentes às minorias excluídas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo primordial do Direito é a Justiça. Sem o ideal da Justiça, o Direito perde fundamentabilidade e legitimação. O Neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios propõem um novo paradigma que dá prevalência às normas constitucionais e atribui especial relevância ao Poder Judiciário como verdadeiro guardião dos direitos fundamentais, principalmente quando o conflito de princípios envolve direito de minorias discriminadas e quase sempre preteridas.

O restabelecimento da dimensão moral do Direito (ideal de Justiça) resulta da supremacia axiológica da Constituição, fincada na força normativa dos princípios constitucionais. Traço relevante verifica-se na missão contramajoritária exercida pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias de serem ouvidas e consideradas nas suas escolhas, não poucas vezes submetidas às decisões arbitrárias, realizadas pela maioria.

Quanto ao caso concreto objeto do estudo, relativa ao risco de lesão aos povos indígenas amazônicos da região próxima ao empreendimento hidrelétrico de Tabajara, constatou-se que existe a necessidade do conflito ser submetido ao Poder Judiciário para efetivação de Direitos constitucionais próprios dos grupos étnicos, visto que este poder é o guardião autêntico do regime democrático, principalmente quando exerce sua função contramajoritária, evitando que a democracia seja reduzida a uma categoria meramente formal, e carente da legitimação.

A independência e imparcialidade do Poder Judiciário permite que os juízes decidam questões polêmicas, cuja solução é muito mais complexa do que aquela proposta pelos grupos majoritários e que obrigatoriamente perpassa pela seara principiológica fincada na Constituição. Ao assegurar à parcela minoritária da sociedade o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela a sua verdadeira força no equilíbrio entre os Poderes e na sua nobre função de protetor dos direitos fundamentais das minorias.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 de maio de 2019.

BRASIL, Ministério Público Federal. Secretaria de Apoio Pericial. Laudo Pericial 06/2017/SPCGT/Antropologia. Brasília: MPF, 2017. 41 p.

BRASIL, Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. ed. Manual de jurisprudência dos direitos indígenas. Brasília: MPF, 2019. P. 569-584.

CUNHA, José R. et al. Possibilidades e limites da criatividade judicial: a relação entre estado de direito e argumentação jurídica razoável (e o problema do desconhecimento dos direitos humanos). Revista brasileira de direito constitucional. São Paulo, 2005, u.6, p. 523-552.

MENDES, Gilmar F., BRANCO, Paulo G.G. Curso de direito constitucional. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 190-251.

ROSÁRIO, Luana P. D. O constitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. Revista de informação legislativa. Brasília, a. 47, n. 186, p. 245-264, abril/jun 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais . Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, 2017, n. 3366, 18 set. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22634> . Acesso em: 04 de junho de 2019.

THE PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Henry Sandres de Oliveira.¹

Guilherme Ribeiro Baldan.²

RESUMO: O presente artigo tem a intenção de analisar a influência e convergência dos chamados *Principles of Transnational Civil Procedure* (Princípios Transnacionais de Processo Civil) com o atual Código de Processo Civil brasileiro, uma vez que o códex pátrio trouxe um rol de princípios positivados em seu texto. Com efeito, este texto busca examinar os princípios como fonte de Direito, para então apontar a influência e importância do documento internacional para Código de Processo Civil nacional, com *animus* de demonstrar a aplicabilidade e (in) compatibilidade dos mesmos.

Palavras-chave: Processo Civil. Princípios Transnacionais. Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

ABSTRACT: This article intends to analyze the influence and convergence of the Principles of Transnational Civil Procedure with the current Brazilian Civil Procedure Code, once it has been codified with a list of positive principles in your text. With this, the object seeks the principles as source of Law, to then point out the influence and importance of the international document for the National Civil Procedure Code, with the objective of demonstrating an applicability and (in)compatibility of the same ones.

Keywords: Civil Procedure. Transnational Principles. Brazilian Code of Civil Procedure of 2015.

INTRODUÇÃO

Em meados do ano de 2004, há cerca de 15 (quinze) anos, eram aprovados os *The Principles of Transnational Civil Procedure*³, elaborados em conjuntos pela *American Law Institute* – ALI⁴ e pelo *Institut International pour l'Unification du Droit Privé* – UNIDROIT⁵.

Os citados princípios se tratam inicialmente de um projeto realizado pelos professores

1 Pós-graduando no Curso de Especialização Lato Sensu em Direito para a Carreira da Magistratura pelo Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Graduado em Direito pela Centro Universitário São Lucas. henrysandres@gmail.com.

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/RJ. Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. baldan@tjro.jus.br

3 No texto, utilizaremos a expressão em português "Princípios Transnacionais".

4 Instituto Americano de Direito.

5 Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado.

Greoffrey Hazard Jr.⁶ e Michele Taruffo⁷, respectivamente das Universidades da Pensilvânia e da Pavia, patrocinados pelo *American Law Institute*.

Nessa linha, em primeiro plano, os estudiosos visavam criar um código com o intuito de servir, de forma subsidiária a lei local, quando algum litígio envolver estrangeiro.⁸

Posteriormente, o UNIDROIT ingressou no projeto. Nessa oportunidade, a proposta de criação de código foi abandonada e passou-se a elaborar somente os princípios que deveriam guiar a solução de processos⁹. Nessa linha, na sua introdução, princípios transnacionais assim apontam:

*[...] These Principles are standards for adjudication of transnational commercial disputes. These Principles may be equally appropriate for the resolution of most other kinds of civil disputes and may be the basis for future initiatives in reforming civil procedure.*¹⁰

Nesse passo, em países-membros integrantes da União Europeia, passou-se a realizar outros projetos com intento de uniformizar os códigos processuais civis nacionais com base nos princípios transnacionais¹¹. O ALI e o UNIDROIT comentam sobre a possibilidade de utilização do documento internacional para influenciar nos sistemas jurídicos nacionais:

*P-A A national system seeking to implement these Principles could do so by a suitable legal measure, such as a statute or set of rules, or an international treaty. Forum law may exclude categories of matters from application of these Principles and may extend their application to other civil matters. Courts may adapt their practice to these Principles, especially with the consent of the parties to litigation. These Principles also establish standards for determining whether recognition should be given to a foreign judgment. [...] The procedural law of the forum applies in matters not addressed in these Principles.*¹²

Assim, o presente artigo busca identificar pontos similares dos citados diplomas, a fim de apontar a harmonia entre eles, bem como, realizar um exame estrutural, indicando outros dispositivos que se encontram ou não em consonância com os princípios positivados no Código de Processo Civil - CPC.

Para fins deste artigo, optou-se por avaliar os princípios da inércia, da duração razoável do processo/celeridade, da boa-fé e da isonomia, por entender que são os mais relevantes se

6 Foi professor de direito emérito da Universidade de Direito da Pensilvânia e Professor emérito da Universidade de Direito Yale. 18 de setembro de 1929 – 11 de Janeiro de 2018.

7 É um jurista italiano nascido em Vigevano, na região da Lombardia, em 1943, e dedica-se ao estudo do Direito Processual Civil. Foi professor visitante de várias universidades, incluindo a Universidade de Cornell, a Universidade Católica do Chile, a Universidade Nacional Autônoma do México e a Universidade de Medellín.

8 Entendemos que o que os autores pretendiam pode ser exemplificado da seguinte forma: imagine-se um conflito decorrente de um acidente de trânsito, acontecido na Espanha, envolvendo um alemão e um francês. Nesse caso, haveria a aplicação de um código transnacional de processo civil que seria conhecido de todos.

9 MOSCHEN. Valesca Raízer Borges. BARBOSA. Luiza Nogueira. O processo civil internacional no CPC/2015 e o Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional: Uma análise de consonância da harmonização processual. 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/36491/25850>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

10 Tradução livre: “[...] Estes Princípios podem ser igualmente apropriados para a resolução da maioria dos outros tipos de litígios civis e podem ser a base para iniciativas futuras na reforma do processo civil.”

11 The ALI-Unidroit project: from transnational principles to European rules of civil procedure. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ulr/unu009>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

12 Tradução livre: “P-A Um sistema nacional que busca implementar esses Princípios poderia fazê-lo por meio de uma medida legal adequada, como um estatuto ou um conjunto de regras, ou um tratado internacional. A lei do local pode excluir categorias de assuntos da aplicação destes Princípios e pode estender sua aplicação a outras questões civis. Os tribunais podem adaptar sua prática”

considerados os princípios transnacionais e aqueles que são essenciais para o sistema pátrio.

Antes, porém, necessário uma breve exposição do que se entende por princípios, suas diferenças com as regras, bem como a influência constitucional no sistema processual brasileiro.

1. OS PRINCÍPIOS COMO FONTE DO DIREITO

Não há dúvidas que H. L. A. Hart¹³, ao publicar sua tese *The Concept of Law*, no início da década de 1960, revolucionou o meio jurídico. Baseado na corrente positivista, ele defendia o isolamento do direito em relação a moral, de modo que o ramo jurídico seria composto somente pelo conjunto de regras.

Em contraposição a tese defendida por Hart, Ronald Dworkin¹⁴ trouxe uma nova visão para a filosofia do Direito, conforme explica ALEXY (2014), *“Dworkin desenvolveu suas concepções sobre o status lógico, a fundamentabilidade e o emprego dos princípios no contexto de um “ataque geral contra o positivismo”, para o qual a teoria de Hart lhe serviu como alvo”*.

Nesse sentido, para fins de exposição de suas críticas, Dworkin aponta as diferenças entre regras e princípios. Em primeiro plano, as regras, segundo o citado autor, são aplicadas em um método denominado *all-or-nothing fashion* – ou tudo ou nada. Assim, o raciocínio utilizado para aplicação de uma regra é a sua validade, querendo significar que ela é ou não é válida para fins de resolução da lide.

Doutro norte, embora os princípios sejam mais maleáveis que as regras, perdem em poder decisório. Em outras palavras, os princípios funcionam como guias interpretativos para resolução do problema jurídico.

Além disso, a harmonia é um elemento essencial dos princípios. Dessa forma, ao examinar o caso concreto a aplicação de um princípio em detrimento de outro não o invalida dentro do sistema jurídico, diferente do que acontece com as regras.

Sobre o tema, Alexy (2014) ensina:

[...] A primeira parte da tese da diferença lógica significa que as regras são aplicáveis de um modo “tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*). Quando as características do antecedente da norma ocorrem, haveria apenas duas possibilidades. Ou a regra seria válida, e a consequência jurídica deveria ser aceita, ou ela não seria válida, e então ela em nenhuma medida resolveria o conflito [...]

Princípios, por outro lado, não determinariam necessariamente a decisão, mesmo quando se pode neles separar o antecedente normativo e a consequência jurídica, e as condições do antecedente são preenchidas. [...]

Diferentemente das exceções às regras, não seriam os contraexemplos a princípios sequer teoricamente enumeráveis.

¹³ Herbert Lionel Adolphus Hart (Harrogate, 18 de julho de 1907 - Oxford, 19 de dezembro de 1992) foi um escritor, jurista e professor da Universidade de Oxford. Na tese mencionada, há o detalhamento do entendimento do autor.

¹⁴ Ronald Myles Dworkin (Worcester, Massachusetts, 11 de dezembro de 1931 – Londres, 14 de fevereiro de 2013) foi um escritor, jurista e professor da Faculdade de Direito de Yale, Universidade de Nova York e na Universidade Oxford, sendo que nesta última foi o sucessor de H. L. A. Hart.

No mesmo sentido do raciocínio de Dworkin, (MELLO, 2006), assim define os princípios:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

No mais, insta mencionar que os princípios, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, são um importante meio de aplicação e integração do sistema jurídico.

2. DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

Prima facie, necessário expor que o Código de Processo de Civil, conforme se verifica no primeiro artigo da citada Lei¹⁵, é fortemente influenciado pela Constituição da República. Nesse passo, CÂMARA (2016, p. 28) assim define o mencionado fenômeno, vejamos:

O processo civil brasileiro é construído a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República. É o chamado *modelo constitucional de processo civil*, expressão que designa o conjunto de princípios constitucionais destinados a disciplinar o processo civil (e não só o civil, mas todo e qualquer tipo de processo) que se desenvolve no Brasil. [...] Todos esses princípios são implementados através das normas (princípios e regras) estabelecidas no Código de Processo Civil. E o primeiro capítulo do Código destina-se, exatamente, a tratar dessas normas fundamentais do processo civil. Esta é, portanto, a sede em que se poderá encontrar o modo como o Código trata desses princípios.

Assim, apesar de um rol exemplificativo¹⁶, o Código de Processo Civil deu um grande salto ao separar um espaço do texto para tratar dos princípios. Além disso, tratar a matéria com a influência constitucional, traduz a importância da Magna Carta para o direito pátrio.

Seguindo o mesmo raciocínio, ao positivar os princípios, o legislador demonstrou estar ciente da era principiológica que a ciência jurídica passa. No mais, insta dizer que os princípios são uma fonte capaz integrar todo o sistema. Outrossim, a hermenêutica constitucional é uma tendência mundial.

3. A (IN)COMPATIBILIDADE DOS *PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE* E OS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Contextualizado o que entendemos como princípios e a influência constitucional no Código de Processo Civil brasileiro, passamos a parte principal deste artigo, qual seja, o exame da (in)compatibilidade dos princípios nacionais e transnacionais.

15 "Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código."

16 Conforme expõe o Enunciado 369 do Fórum Permanente de Processualistas Civis FPPC: O rol de normas fundamentais previstos no Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do CPC não é exaustivo.

3.1 Princípio da Inércia do Juízo

O primeiro princípio a ser regulamentado pelo Código de Processo Civil se trata da Inércia ou Dispositivo, previsto no seu artigo 2º, o qual determina que *“o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”*.

Na mesma linha que o citado diploma, os itens 10.1 e 10.3 dos Princípios Transnacionais, assim estabelecem:

10.1 The proceeding should be initiated through the claim or claims of the plaintiff, not by the court acting on its own motion. [...]

10.3 The scope of the proceeding is determined by the claims and defenses of the parties in the pleadings, including amendments..¹⁷

Por sua vez, os artigos 141¹⁸ e 492¹⁹ do Código de Processo Civil, acabam por completar o princípio da inércia no sistema jurídico pátrio. Do mesmo modo, são harmônicos com o item 10.3 dos Princípios Transnacionais.

Porém, apesar da previsão da necessidade de o magistrado atuar dentro dos moldes delimitados pelas partes, o legislador nacional acabou por permitir o exame hermenêutico do juízo.

Outrossim, há exceções, como a previsão legal que determina a obrigação da parte realizar o pedido, bem como a possibilidade de o magistrado exercer o poder inquisitivo na produção de provas.²⁰

3.2 Princípio da Duração Razoável do Processo/Celeridade

A celeridade processual se trata de um problema mundial. Apesar dos avanços recentes, quase a totalidade dos Poderes Judiciários pelo mundo não possui um procedimento rápido e satisfatório. Diversas normas dispõem sobre a necessidade da razoável duração do processo, como a Convenção Europeia e o Pacto de São José da Costa Rica, além de outras Cartas Constitucionais, como a Italiana, em seu artigo 111²¹.

Com efeito, com base no tratamento constitucional dado pelo artigo 5º, LXXVIII da Carta Maior, o Código de Processo Civil trouxe, no texto de seu artigo 4º, a determinação de que *“as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”*.

17 Tradução livre: “10.1. A instância é iniciada pela demanda de um autor: o tribunal não pode iniciá-la oficiosamente. [...] 10.3 O escopo do processo é determinado pelas reivindicações das partes nas alegações, incluindo as alterações”

18 “Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.”

19 “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

20 É possível verificar nos artigos o poder inquisitivo do juízo no artigo 370 do Código de Processo Civil. No mesmo sentido, o artigo 738, da citada norma, por exemplo, determina que atos que o magistrado deve realizar de ofício, quando houver herança jacente.

21 “[...] Cada processo desenvolve-se no contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante juiz terceiro e imparcial. A lei assegura a razoável duração.” Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 01 de jun. 2019

Trata-se de uma nova roupagem do Poder Judiciário moderno, em razão, principalmente, da globalização e da era da informação. Assim, decisões tardias e não efetivas não se enquadram no atual contexto e conceito de justiça, conforme exposto no anteprojeto do atual Código de Processo Civil.²²

No mesmo norte, do texto brasileiro, o tópico 7 dos Princípios Transnacionais, assim regulamenta:

7.1 The court should resolve the dispute within a reasonable time.

*7.2 The parties have a duty to cooperate and a right of reasonable consultation concerning scheduling. Procedural rules and court orders may prescribe reasonable time schedules and deadlines and impose sanctions on the parties or their lawyers for noncompliance with such rules and orders that is not excused by good reason.*²³

Quanto aos comentários trazidos pelo UNIDROIT, sobre o item 7 dos Princípios Transnacionais, tem-se a reafirmação da desarmonia entre o conceito de justiça e mora, sendo que a celeridade é considerada uma manifestação de Direitos Humanos:

P-7A In all legal systems the court has a responsibility to move the adjudication forward. It is a universally recognized axiom that "justice delayed is justice denied." Some systems have specific timetables according to which stages of a proceeding should be performed.

*P-7B Prompt rendition of justice is a matter of access to justice and may also be considered an essential human right, but it should also be balanced against a party's right of a reasonable opportunity to organize and present its case.*²⁴

Portanto, o mesmo espírito exprimido pelos Princípios Transnacionais encontra-se presente no atual sistema jurídico brasileiro. A previsão constitucional e legal do princípio da duração razoável do processo demonstra a influência e importância de tal instituto, sendo uma das principais preocupações do Poder Judiciário moderno.

Ademais, ambos os textos consideram que celeridade processual é um dos pilares da justiça, de modo que nada adianta possuir uma decisão extremamente fundamentada, em todos os quesitos, se essa for prejudicada pelo decurso do tempo. Além disso, conforme exposto no documento internacional, a celeridade se trata de um fundamento ao acesso à justiça e um Direito Fundamental.

Porém, o próprio códex processual pátrio, apesar da previsão legal, traz dispositivos que acabam retardando e mitigando a celeridade processual. A vedação a decisão surpresa, prevista no artigo 10º, do Código de Processo Civil²⁵, por exemplo, apesar de amparada no

22 "Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça. A simplificação do sistema recursal, de que trataremos separadamente, leva a um processo mais ágil. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2019. p. 27.

23 Tradução livre: "7.1. O tribunal deve decidir a lide em prazo razoável. 7.2. Para tal finalidade, devem as partes cooperar com o tribunal e têm o direito de ser consultadas, em termos adequados, sobre a fixação do calendário do processo. As normas de processo e os despachos do tribunal podem fixar um calendário previsível da sequência e fixar prazos; podem prever-se sanções aplicáveis às partes ou aos seus advogados que, sem motivo legítimo, não respeitarem tais obrigações.

24 Tradução livre: P-7A. Em todos os sistemas legais, o tribunal tem a responsabilidade de guiar o processo. É um axioma universalmente reconhecido que a justiça atrasada é a justiça negada. [] P-7B. A justiça célere é uma questão de acesso à justiça e também pode ser considerada um direito humano essencial, mas também deve ser equilibrada com o direito de uma parte a uma oportunidade razoável de organizar e apresentar seu caso.

25 "Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício."

princípio do contraditório e da ampla defesa, por obvio, é contrária a celeridade processual.

No mesmo sentido, a contagem em dias úteis e o recesso forense, previstos, respectivamente, nos artigos 219²⁶ e 220²⁷ do atual CPC, também são opostos a duração razoável do processo. No mais, a obrigatoriedade de audiências preliminares também causa prejuízos a rapidez.

Entretanto, apesar de provocarem cerca mitigação a duração razoável do processo, esta parece ser uma escolha do legislador, o qual, apesar de primar pela resolução rápida da lide, entende que há outros valores a serem defendidos, conforme explica Moreira (2001, p. 232):

Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço

Todavia, apesar dos dispositivos supraditos irem de encontro ao princípio da duração razoável do processo, o novo código trouxe outros mecanismos inovadores que têm como fim a celeridade.

A seção II, do Capítulo III, do Código de Processo Civil, que trata da fiscalização dos prazos e das sanções para a matéria, é um claramente uma manifestação da busca da celeridade.

No mesmo sentido, o instituto da tutela de evidência, regulamentado no artigo 311 do Código de Processo Civil²⁸, também é harmônico com a razoável duração do processo, bem como a possibilidade da improcedência liminar do pedido, do julgamento antecipado do mérito e do julgamento antecipado parcial do mérito.²⁹

Insta asseverar, que tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos quanto a Corte Americana de Direitos Humanos, têm entendido pela possibilidade de indenização ao jurisdicionado, em razão da mora judiciária, visto se trata de um Direito Fundamental.

3.3. Princípio da Boa-fé e lealdade processual

A boa-fé sempre foi instituto jurídico ligado ao direito material, como é possível examinar no artigo 422 do Código Civil. Por sua vez, no direito instrumental, a boa-fé é entendida como um dever das partes.

26 “Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.”

27 “Art. 220. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro [...]”.

28 “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo [...]”

29 Tratam-se de institutos processuais previstos, respectivamente, nos artigos 332, 355 e 356 do Código de Processo Civil.

Entretanto, com o advento do Código de Processo Civil, a boa-fé processual foi ampliada e se tornou um princípio: *"Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé"*.

No mesmo sentido, também é o apontamento realizado pelos Princípios Transnacionais, *in verbis*:

11.1 The parties and their lawyers must conduct themselves in good faith in dealing with the court and other parties.

*11.2 The parties share with the court the responsibility to promote a fair, efficient, and reasonably speedy resolution of the proceeding. The parties must refrain from procedural abuse, such as interference with witnesses or destruction of evidence.*³⁰

O UNIDROIT, ao comentar sobre o princípio supramencionado, realiza o seguinte esclarecimento:

*P-11A. A party should not make a claim, defense, motion, or other initiative or response that is not reasonably arguable in law and fact. In appropriate circumstances, failure to conform to this requirement may be declared an abuse of the court's process and subject the party responsible to cost sanctions and fines. The obligation of good faith, however, does not preclude a party from making a reasonable effort to extend an existing concept based on difference of circumstances. In appropriate circumstances, frivolous or vexatious claims or defenses may be considered an imposition on the court and may be subjected to default or dismissal of the case, as well as cost sanctions and fines.*³¹

Dessa forma, tanto para os princípios transnacionais, quanto o Código de Processo Civil brasileiro, existe a possibilidade de aplicação de sanções em caso de má-fé processual.

3.4. Princípio da Isonomia

Segundo dispõe o artigo 7º do Código de Processo Civil, *"é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório"*

No mesmo sentido, os itens 3.1 e 3.2 dos Princípios Transnacionais, assim dispõe:

3.1 The court should ensure equal treatment and reasonable opportunity for litigants to assert or defend their rights.

*3.2 The right to equal treatment includes avoidance of any kind of illegitimate discrimination, particularly on the basis of nationality or residence. The court should take into account difficulties that might be encountered by a foreign party in participating in litigation.*³²

30 Tradução livre: "11.1. As partes e os advogados devem agir lealmente nas suas relações com o tribunal e as outras partes. 11.2. As partes partilham com o tribunal o encargo de tentar alcançar uma solução equitativa, eficaz e razoavelmente célere do litígio. As partes devem abster-se de qualquer abuso do processo, nomeadamente da influência sobre testemunhas ou a destruição de meios de prova."

31 Tradução livre: "P-11A. Uma parte não deve fazer uma reivindicação, defesa, movimento ou outra iniciativa ou resposta que não seja razoavelmente discutível em lei e fato. Em circunstâncias apropriadas, a não conformidade com este requisito pode ser declarada como um abuso do processo do tribunal e sujeita a parte responsável a custear sanções e multas. A obrigação de boa-fé, no entanto, não impede que uma parte faça um esforço razoável para ampliar um conceito existente com base na diferença de circunstâncias. Em circunstâncias apropriadas, reclamações ou defesas frívolas ou vexatórias podem ser consideradas uma imposição em tribunal e podem estar sujeitas à inadimplência ou ao indeferimento do caso, bem como às sanções e multas de custos."

32 Tradução livre: "3.1. O tribunal deve garantir igualdade de tratamento e oportunidades razoáveis para que os litigantes afirmem ou defendam

Com efeito, se verifica que há o mesmo *animus* nas duas regulamentações. Nessa linha, tem-se também a harmonia com a determinação constitucional prevista no *caput*, do artigo 5º, da Magna Carta.

Há, ainda, comentários sobre o texto estrangeiro, esclarecendo parte do texto legal, a fim de melhor uso da hermenêutica jurídica, vejamos:

P-3A. The term "reasonable" is used throughout the Principles and signifies "proportional," "significant," "not excessive," or "fair," according to the context. It can also mean the opposite of arbitrary. The concept of reasonableness also precludes hyper-technical legal argument and leaves a range of discretion to the court to avoid severe, excessive, or unreasonable application of procedural norms.

P-3B. Illegitimate discrimination includes discrimination on the basis of nationality, residence, gender, race, language, religion, political or other opinion, national or social origin, birth or other status, sexual orientation, or association with a national minority. Any form of illegitimate discrimination is prohibited, but discrimination on the basis of nationality or residence is a particularly sensitive issue in transnational commercial litigation.

*P-3C Special protection for a litigant, through a conservatorship or other protective procedure such as a curator or guardian, should be afforded to safeguard the interests of persons who lack full legal capacity, such as minors. Such protective measures should not be abusively imposed on a foreign litigant.*³³

No mesmo sentido, ao falar sobre o artigo 7º, Neves (2015) assim comenta:

A paridade de tratamento assegurado pelo dispositivo legal naturalmente deve ser interpretada à luz do princípio da isonomia real, com tratamento diferenciado para partes distintas, desde que na medida de suas desigualdades. O tratamento desigual se dá pela criação de prerrogativas processuais, que sendo injustificáveis passam a ser verdadeiros privilégios processuais. E nesse tocante me parece que o dispositivo ora analisado não permite que o juiz crie prerrogativas processuais não previstas expressamente em lei, devendo apenas aplicar aquelas previamente criadas pelo legislador. Significa que a "paridade de armas" entre as partes se cumpre com a paridade de tratamento entre os iguais e a aplicação de tratamento diferenciado para os desiguais na medida das previsões legais.

Destarte, tanto o texto brasileiro, quanto o texto internacional possuem o mesmo intento, qual seja, evitar que haja tratamento desigual as partes iguais. Em sendo assim, as duas redações estão em consonância, de modo que buscam regulamentar e determinar as mesmas diretrizes e ideologias.

No mais, conforme se verifica, os textos legislativos tratam da igualdade/isonomia material, ou seja, tratar os desiguais, na medida de suas desigualdades. Porém, não se pode

seus direitos. 3.2. Este direito a tratamento igual opõe-se a qualquer discriminação sem fundamento, de qualquer tipo, nomeadamente em função da respectiva nacionalidade ou residência. O tribunal deve levar em consideração as dificuldades enfrentadas pela parte estrangeira para participar no processo"

33 Tradução livre: "P-3A. O termo "razoáveis" é usado em todos os Princípios e significa "proporcional", "significativo", "não excessivo" ou "justo", de acordo com o contexto. Também pode significar o oposto de arbitrário. O conceito de razoabilidade também se opõe ao argumento jurídico e deixa uma margem de discricionariedade ao tribunal para evitar a aplicação severa, excessiva ou irracional de normas processuais. P-3B. A discriminação ilegítima inclui discriminação com base na nacionalidade, residência, sexo, raça, idioma, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, nascimento ou outro status, orientação sexual ou associação com uma minoria nacional. Qualquer forma de discriminação ilegítima é proibida, mas a discriminação com base na nacionalidade ou residência é uma questão particularmente sensível no litígio comercial transnacional. P-3C. Deve ser dada proteção especial a um litigante, por meio de uma tutela ou outro procedimento de proteção, como curador ou tutor, para salvaguardar os interesses de pessoas que não têm plena capacidade jurídica, como menores de idade. Tais medidas de proteção não devem ser abusivamente impostas a um litigante estrangeiro.

perder de vista as mitigações inerentes ao citado princípio.

Por exemplo, é possível verificar que algumas entidades possuem prazo diferenciado, como o Ministério Público³⁴, a Advocacia Pública³⁵ e a Defensoria Pública³⁶. Mister dizer que as citadas entidades têm o citado benefício em razão da sua especial condição da defesa do *munus* público.

Ademais, a influência do princípio da isonomia possibilita a divisão do ônus da prova, conforme prevê o §1º, do artigo 373, do Código de Processo Civil³⁷. Do mesmo modo, a modificação do foro competente, nos termos do inciso I, do artigo 53, do mesmo código³⁸, também é um reflexo do mencionado Princípio.

Porém, apesar da importância do Princípio da Isonomia, o Código de Processo Civil e outras normas existentes no sistema jurídico brasileiro, acabam por atenuar o mencionado instrumento como é o caso da Súmula 45 do STJ³⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao exposto, tem-se que a Constituição da República foi fator preponderante para estabelecimento do sistema pricipiológico no atual Código de Processo Civil, ao trazer um rol exemplificativo de princípios positivados em seu texto. Nesse passo, apesar do anterior código já possuir certa aplicação dos princípios de forma intrínseca, explicitar tais apontamentos descritos na lei é de suma importância em países tradicionalmente aplicadores da *Civil Law*.

Nessa linha, em razão da importância dos princípios e sua natureza flexível e relativa, é possível que na interpretação do texto do Código de Processo Civil, ora se opte pela aplicação de um princípio, ora por outro, diante da autorização expressa dada pelo legislador da utilização da técnica da ponderação, para fins de melhor alcançar a finalidade social do processo, qual seja, a pacificação.

Assim, o atual Código de Processo Civil aponta no mesmo sentido dos Princípios Transnacionais, ou seja, se encontram em compatibilidade, de modo que possuem redações similares que reforçam a justificação da necessidade de utilização da citada fonte do direito na resolução de conflitos.

Dessa forma, é possível que, em conflitos transnacionais, haja utilização do documento internacional para fins de norteamiento. Outrossim, ainda que o código nacional preveja

34 Artigo 180 do Código de Processo Civil.

35 Artigo 183 do Código de Processo Civil.

36 Artigo 186 do Código de Processo Civil.

37 “§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

38 “Art. 53. É competente o foro: I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável: a) de domicílio do guardião de filho incapaz; b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz; c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal;”

39 Súmula 45 - No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta a Fazenda Pública.(Primeira Seção julgado em 16/06/1992, DJ 26/06/1992).

hipóteses de mitigação e ponderação dos princípios, em nada afeta a harmonia dos Princípios Transnacionais, vez que também se trata de um fenômeno próprio da natureza da citada fonte do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY. Robert. Teoria Discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

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

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.

_____. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.

BUENO. Cassio Scarpinella. Os princípios do processo civil transnacionais e o código de processo civil brasileiro: uma primeira aproximação. 2005. Disponível em: <www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/019.pdf>. Acesso em: 01 jun 2019.;

CAMARA. Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAPPELLETI, Mauro. O Processo Civil no Direito Comparado. São Paulo: Líder, 2001.

DWORKIN. Ronald. Taking Rights Serious. Londres, 1977.

HART. H. L. A. The Concept of Law. Oxford: Oxford, 1962.

ITÁLIA. Costituzione Italiana. <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2019

MOREIRA. José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de Processo, v. 102, abr./jun. 2001.

MOSCHEN. Valesca Raizer Borges. BARBOSA. Luiza Nogueira. O processo civil internacional no CPC/2015 e o Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional: Uma análise de consonância da harmonização processual. 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/36491/25850>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC: código de processo civil: lei 13.105/2015: inovações, alterações, supressões comentadas. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

SENADO FEDERAL. Código de processo civil e normas correlatas. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE; UNIDROIT. Principles of Transnational Civil Procedure. 2016. Disponível em:<<https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>>. Acesso em 01 jun. 2019.

O PERFIL CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA SOB A PERSPECTIVA DAS ONDAS RENOVATÓRIAS DO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Jaime Leônidas Miranda Alves¹

RESUMO: A Defensoria Pública é instituição essencial e permanente vocacionada à promoção dos direitos humanos dos necessitados. Em razão disso, as reflexões acerca do papel e do perfil adotado pela Defensoria Pública devem ser constantes na medida em que refletem diretamente no modo como são compreendidos o gozo e os limites dos direitos fundamentais dos hipossuficientes. Compreender os nuances que circundam a instituição reclama, todavia, um arremate histórico à evolução da prestação da assistência jurídica gratuita no Brasil. O presente trabalho tem por objetivo investigar as relações existentes entre o desenvolvimento teórico do perfil da Defensoria Pública com a teoria das ondas renovatórias de acesso à justiça, originariamente pensada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth com arremates a inovações trazidas pela doutrina contemporânea tendo como *locus* a construção de direitos fundamentais própria do neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Defensoria Pública. Direitos Fundamentais. Ondas Renovatórias. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT: The Public Defender's Office is an essential and permanent institution dedicated to the promotion of the human rights of the needy. For this reason, reflections on the role and profile adopted by the Office of the Public Defender must be constant insofar as they reflect directly on the way in which the enjoyment and limits of the basic rights of the underachieving are understood. Understanding the nuances surrounding the institution nevertheless calls for a historical end to the evolution of the provision of free legal assistance in Brazil. The present work has the objective of investigating the relationship between the theoretical development of the profile of the Public Defender's Office and the theory of renewal waves of access to justice, originally conceived by Mauro Cappelletti and Bryant Garth with the innovations brought by contemporary doctrine fundamental rights of neo-constitutionalism.

Keywords: Access to Justice. Public Defender Office. Fundamental Rights. Renewal Waves. Neoconstitutionalism.

INTRODUÇÃO

Defensoria Pública, acesso à justiça e neoconstitucionalismo são palavras que circundam o mesmo eixo valorativo: a dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, a Defensoria

¹ Defensor Público. Especialista em Direito Público pela PUC-Minas e em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Autor de livros e artigos jurídicos. E-mail: jaime_lmiranda@hotmail.com

Pública é instituição permanente e essencial à justiça, vocacionada à promoção dos direitos humanos dos necessitados. O Acesso à justiça, por sua vez, reclama a compreensão de um direito-instrumento, ou direito-garantia, capaz de assegurar o gozo dos demais direitos. Por fim, o neconstitucionalismo representa uma virada linguística do Direito, que passa a ser compreendido a partir de uma leitura de compatibilidade formal e material da ordem jurídica com a Constituição Federal.

O presente artigo pretende dissecar as relações existentes entre esses três conceitos. Primeiramente, analisar-se-á o novo perfil constitucional da Defensoria Pública, construído a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e posteriores emendas constitucionais, tendo como centro normativo o disposto no art. 134, *caput*, *in verbis*: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-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, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 80/2014.

Após, será realizado estudo acerca do fenômeno chamado de neoconstitucionalismo e a releitura que este proporciona à teoria dos direitos fundamentais, com ênfase na superação do dogma da lei estrita e o resgate ao “compromisso com os pobres” assumido pelo constituinte de 1988.

Concluída a análise acerca do neoconstitucionalismo e da releitura dos direitos fundamentais, a análise terá por enfoque a teoria das ondas revogatórias de acesso à justiça, pensada classicamente por Cappelletti e Garth, de modo a bem compreender as formas de resolução dos entraves ao pleno acesso à justiça.

Vencidas as etapas preliminares, os conceitos serão sobrepujados de modo a responder ao questionamento de qual a relação existente entre a Defensoria Pública e as ondas renovatórias de acesso à justiça, tendo como *locus* argumentativo a teoria dos direitos fundamentais própria do neoconstitucionalismo.

A pesquisa é eminentemente bibliográfica e qualitativa, sendo os dados analisados a partir do método hermenêutico constitucional tópico-problemático, de lavra de Theodore Viehweg, de sorte que toda a pesquisa se move do problema para a concretização do resultado esperado.

Nesse mister, segundo os critérios traçados por Viehweg, traça-se um método da argumentação jurídica em torno dos problemas, por meio dos topoi. Os topoi (no singular topos) representam as possíveis compreensões científicas, formas de pensamento que buscam responder o problema. No caso em tela, tem-se como problema a questão da relação existente entre o perfil da Defensoria Pública e as ondas renovatórias de acesso à justiça.

1 PERFIL CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E A RELEITURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para os fins a que pretende a presente pesquisa, considera-se o neoconstitucionalismo como espécie de teoria pós-positivista, que despontou no mundo após as sérias violações aos direitos humanos ocorridas na Segunda Guerra Mundial que, em determinada esfera, eram legitimadas pela teoria do direito positivo.

No que tange à virada linguística responsável pelo advento do neoconstitucionalismo, e com isso a superação de vez, do modelo positivo, tem-se que este se caracteriza pela percepção de Constituição como ferramenta, que deverá ter seu conteúdo confirmado ou não pela hermenêutica constitucional.

Acerca do marco histórico de desenvolvimento do neoconstitucionalismo, obtempera Barroso (2006, p.18-19) que foi o sentimento de mudança no pós-guerra que fomentou a busca por uma nova teoria constitucional apta a regular satisfatoriamente a sociedade da época.

Desta feita, aduz que “a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas” (BARROSO, 2006, p. 18).

Nesse jaez, o movimento constitucional que surgiu buscava aproximar a teoria constitucional clássica do princípio democrático, construindo, nesse mister, estruturas políticas que atendem pelos mais diversos nomes, tais como Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito; Estado constitucional moderno, etc.

Com efeito, reconhece o autor (2006, p. 19) que a formação do neoconstitucionalismo tem como principal referência a Constituição Alemã, de 1949, e a consequente criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951.

Informa Barroso (2006, p. 19) que após as modificações a nível constitucional na Alemanha, deu-se início a uma corrente jurisprudencial e doutrinária que tinha como objeto de análise a ascensão científica do direito constitucional.

O que seguiu foi uma verdadeira releitura dos sistemas constitucionais: na Itália, em 1947 e, mais adiante, em Portugal (1976) e na Espanha (1978).

Acerca do neoconstitucionalismo em *Terrae Brasilis*, tem-se que seu triunfo foi tardio, apenas com promulgação da Constituição Federal de 1988, com o processo de redemocratização do Estado brasileiro e de superação ao regime militar instaurado em 1964.

Nessa toada, na medida em que a ditadura militar se caracterizou pela supressão de direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo representou importante conquista social e política.

A promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988 “representou o grande marco na redemocratização do país, com uma relevante dimensão simbólica: ela marcou o reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a Democracia” (SARMENTO, 2006, p. 84).

A Constituição Federal de 1988, conforme ensina Bonavides e Paes de Andrade (2005, p. 486) “reforça a proteção dos direitos e das liberdades constitucionais quando restitui ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar”.

Vale dizer, consagra direitos que haviam sido retirados do cidadão, e, nessa medida, cabe falar em superação do Estado de Direito pelo Estado Constitucional (SARMENTO, 2006, p. 51).

O neoconstitucionalismo designa o fenômeno de aplicação da Constituição diretamente pelos juízes por meio da interpretação, sem ter a lei como intermediária. Este fenômeno é mais comum nos sistemas normativos abertos que são formados por mais princípios do que regras, o que aumenta a liberdade de interpretação do juiz.

Para Barroso (2006, p. 29) o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados:

(i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito

Desta feita, o constitucionalismo moderno elevou a Constituição à condição de elemento fundante e principal da ordem jurídica, sendo que o neoconstitucionalismo deve andar conjugado com o ideal democrático para o reconhecimento da pluralidade social e jurídica e assegurando os direitos fundamentais de todas as camadas sociais. Ou, nas palavras de Steck (2007, p. 313): “uma regra que estabeleça a aplicação dos métodos insere-se no esquema subsuntivo-dedutivo, com clara inserção no paradigma metafísico-objetificante.”

Assim, segundo leciona Cambi (2007, p. 6-7) a ideia do neoconstitucionalismo significa dizer que as normas constitucionais têm forma normativa, devendo ser reconhecido o caráter jurídico imperativo de suas regras e princípios.

Observa-se, assim, o neoconstitucionalismo, como modelo jurídico que tem como fim a busca pela função antropológica do Direito em sua plenitude por meio da hierarquização constitucional. Nesse jaez, Supiot (2007, p. 46):

Uma ordem jurídica só cumpre sua função antropológica se garante a todo recém-chegado à Terra, de um lado, a preexistência de um mundo já presente, que o assegure no longo termo de sua identidade, e, do outro, a possibilidade de transformar esse mundo e de lhe imprimir sua marca própria. Não há sujeito livre senão submetido a uma lei que o fundamente.

Ora, o neoconstitucionalismo inaugura o Estado Constitucional Moderno, ou dito de outra forma, a modernidade político-jurídica, que se consubstancia na vedação à negação constitucional da proteção jurídica dos direitos humanos. Para Cruz (2006, p. 9) o Estado Constitucional, funcionando como mecanismo garantidor dos direitos e garantias fundamentais.

Oliveira (2010, p. 113) firma que, ao passo que, sob o modelo Liberal, o Estado de Direito se submetia ao princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, além da conformidade à Constituição Federal e à lei, a atividade administrativa deve estar pautada no respeito à legitimidade, proporcionando, assim, um viés principiológico que aproxima o Estado para com o cidadão.

Barroso (2006, p. 20) preleciona que, em decorrência do fenômeno de constitucionalização do direito, todos os principais ramos de direito infraconstitucional tiveram, em maior ou menor quantidade, previsão constitucional. Dispõe que “a catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário...” e mais além.

Vem a lume, no neoconstitucionalismo, o fenômeno de positivação dos princípios que, antes consubstanciados na forma de princípios gerais do Direito, agora possuem força normativa, visto terem sido contemplados nas Cartas constitucionais modernas. É certo que “os princípios constitucionais, que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceituações rígidas, que acabaram por transformá-los em regras” (SILVA, 2011).

Ademais, compreende-se, como o faz Silva (2011, p. 293) que o neoconstitucionalismo tratou de introduzir no ordenamento jurídico elementos de natureza moral e axiológica. Por conseguinte, a proteção trazida pela Constituição Federal aos indivíduos, na virada do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo ultrapassa os fundamentos puramente principiológicos e transforma a ideia de justiça substantiva em dogma.

No seio do neoconstitucionalismo, observa-se que os princípios constitucionais são tidos como aspectos fundamentais na aplicação do direito ao caso concreto. Desta feita, ocorre uma verdadeira celeuma doutrinária e jurisprudencial quando tais princípios, considerados norte, não tem seu conceito bem definido, tal qual ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre a compreensão dos direitos fundamentais no seio do neoconstitucionalismo, insta consignar que tratam--se de direitos judiciáveis, ou seja, a limitação de sua eficácia em razão da inércia do Poder Público possibilita ao particular tirar o Judiciário de sua condição estanque, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecido constitucionalmente no artigo 5º, XXXV da Carta Política.

O caráter ‘judicável’ dos direitos fundamentais, para Bøeckenföorde vem como decorrência da conexão entre o conteúdo jurídico-objetivo e o conteúdo jurídico-subjetivo. Nessa esteira, preleciona que *“los derechos fundamentales como derechos de libertad tienen caracter de pretensión frente al poder público [...] Su violación puede ser atacada ante el procedimiento judicial ordinario”*. (BÖECKENFÖRDE, 1993, p. 117)

Canotilho (2003, p. 1176) afirma que a Constituição estabelece “em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas”.

Nesse sentido, e também com base em Habermas (2003), os direitos fundamentais são possuidores uma natureza deontológica, fazendo surgir para o Estado o mister de agir.

Assim, o movimento neoconstitucional trouxe o entendimento de que os direitos fundamentais não contem apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas expressam postulados de proteção (*Schutzgebote*). Sob o prisma do Estado, os direitos fundamentais se revestem tanto de uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), como em proibição de omissão (*Untermassverbot*).

Nesse diapasão, afirma-se: em razão dos direitos fundamentais se configurarem como baluartes do Estado de Direito e, por conseguinte, implicarem na existência de direitos positivos vinculados, estes, ao passo que limitam a obrigação do Estado – gerando um dever de não fazer – coagem o mesmo Estado a tomar providências positivas – o que, no plano das políticas públicas acaba por gerar o debate em torno do ativismo judicial.

Com efeito, o neoconstitucionalismo revela o terceiro paradigma do constitucionalismo, tido como o do Estado Democrático do Direito e, de forma diversa aos paradigmas anteriores, aqui incumbe ao Poder Judiciário regular assegurar e proteger os direitos fundamentais. A perspectiva atual, talvez influenciada pela pós-modernidade e pela formação de sociedades pluralistas é de abandonar a desconfiança para com o Poder Judiciário e, em sentindo oposto, espera-se um Judiciário forte, apto a atuar na defesa do cidadão.

É nesse momento histórico em que o Poder Judiciário tem o maior desdobramento em relação à teoria do Separação dos Poderes, justamente por ser aquele que tem interferência direta na esfera privada do indivíduo. Nesse diapasão, não cabe mais conceber o Poder Judiciário como *longa manus* do Executivo, como o fora na Idade Média.

Para além do Poder Judiciário, o neoconstitucionalismo possibilitou uma ampliação da compreensão finalística da atuação dos demais atores do sistema de justiça, especialmente a Defensoria Pública, tendo em vista o já referenciado “compromisso com os pobres” assumido pelo constituinte.

3 ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA E A DEFENSORIA PÚBLICA

A teoria acerca das ondas renovatórias de acesso à justiça surgiu dos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que posteriormente compuseram o denominado relatório ao Projeto Florença de Acesso à Justiça (*Florence Access-to-Justice Project*), obra produzida com o objetivo de analisar os diversos obstáculos que tornavam difícil ou impossível o acesso e utilização do sistema jurídico, além de averiguar os esforços envidados pelos vários países do mundo destinados a superar os mencionados obstáculos.

O relatório foi patrocinado pela Fundação Ford e até hoje é considerado referencial teórico no estudo do acesso à justiça, tendo sido traduzido pela Min. Ellen Gracie Northfleet e publicada, e publicado em *terrae brasillia*, em 1998.

É a partir do relatório de Florença que o acesso à justiça é considerado direito humano – nas palavras de Cappelletti e Gatti “o mais básico dos direitos humanos” (1988, p 67-68) -, na

medida em que deve ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico que se pretenda moderno e igualitário; que não se limite a proclamar direitos mas que busque maneiras efetivas de assegurá-los.

No relatório, consignou-se o direito ao acesso à justiça como de natureza diversa dos demais direitos, como moradia, educação, alimentação, dentre outros. Isso porque consiste o acesso à justiça em verdadeiro direito-garantia, instrumento para a realização dos demais direitos, imprescindível para o exercício da cidadania.

Com o foco na efetivação do acesso à Justiça, Cappelletti e Garth (1988, p. 167-168), apontam três principais barreiras que dificultam o acesso daqueles que buscam a realização da justiça: i) a barreira financeira; ii) barreira cultural; e iii) a barreira psicológica. A partir da análise desses obstáculos é que surgiu o conceito de ondas renovatórias de acesso à justiça, como soluções práticas aos problemas observados.

A esse respeito, Esteves e Roger (2017, p. 18):

Em linhas gerais, a estrutura analítica da evolução do movimento mundial de acesso à justiça delineada pelo Projeto Florença foi desenvolvida em torno da metáfora de três ondas: (i) a primeira referente à assistência jurídica; (ii) a segunda traduzida pela tutela de interesses metaindividuais, com a articulação da representação de direitos coletivos mediante ações de classe e de interesse público; (iii) e, por fim, a terceira onda abordando os procedimentos judiciais, seus custos e o tempo de duração.

Nesse diapasão, a primeira onda de acesso à justiça encontra-se atrelada à capacidade postulatória individual das pessoas que têm problemas econômicos, de modo que o conceito de acesso estaria relacionado àqueles que comprovassem insuficiência de recursos econômicos.

A primeira onda da justiça, que traz o ideal de justiça para pobres, encontra intensa aproximação axiológica com os debates acerca da efetivação da Defensoria Pública.

É nesse cenário que se fala em justiça para pobres, existindo estudos recentes justamente com esse objeto, a exemplo do desenvolvido pela Comissão do Empoderamento Legal do Pobre, denominado de “Fazendo a lei trabalhar para todos. No relatório, há a apresentação do conceito de empoderamento legal do pobre, *in verbis*:

Empoderamento legal é o processo pelo qual o pobre torna-se protegido e é capaz de usar a lei para proteger seus direitos e seus interesses, tanto em relação ao Estado como em relação ao mercado. Ele inclui o pobre tornando expressos seus plenos direitos e consolidando as oportunidades que surgem a partir disso, por meio de apoio público e de seus próprios esforços, assim como de esforços de apoiadores e de redes mais amplas. Empoderamento legal é uma abordagem baseada no país e no contexto específico, que tem lugar tanto em níveis nacionais como locais.

No Brasil, além da criação a Defensoria Pública, a primeira onda de acesso à justiça remonta à edição da Lei nº. 1.060/50, que regulamenta a assistência judiciária e, bem assim, a instituição dos juizados especiais, que possibilitam a propositura de ações independentemente

da constituição de advogados, além de prever isenção das despesas de sucumbências.

A segunda onda de acesso à justiça, por sua vez, se preocupa com o problema cultural de acesso à justiça, protraindo-se pela necessidade de tratamento coletivo do processo. Com efeito, Cappelletti e Garth (1988) perceberam a necessidade de serem tuteladas três situações, que até então não eram protegidas pelo sistema: a1) a questão dos bens ou direitos de titularidade indeterminada; a2) bens ou direitos individuais cuja tutela não é aconselhável sob um ponto de vista economicamente e; e a3) bens ou direitos cuja tutela coletiva é recomendável por uma questão de economia.

Em relação aos bens e direitos de titularidade indeterminada, a exemplo do meio ambiente e o patrimônio público, entendeu-se que, por via de regra, eram bens que frequentemente ficavam sem tutela, sendo necessária a criação de instrumentos (i.e., lei de ação civil pública) e legitimados coletivos (i.e., a defensoria pública) específicos para o processo coletivo.

No que concerne aos bens ou direitos individuais cuja tutela individual não é coletiva sob um ponto de vista econômico, Garth e Cappelletti (2018), apontam que, não obstante possível, no plano jurídico, o exercício da tutela, esta não ocorria em razão da inviabilidade econômica ou pouco recompensa do direito, devendo-se realçar, aqui, elementos como os custos psicológicos e financeiros.

Por fim, a terceira hipótese apontada refere-se aos bens ou direitos cuja tutela coletiva seja recomendável por questões de economia; trata-se de situações em que a tutela coletiva é recomendável, justamente em razão da molecularização dos conflitos. Aqui, a preocupação não é com a parte, mas com o sistema, que deve potencializar a solução de conflitos.

É nesse diapasão que se apresenta o processo coletivo brasileiro, iniciado com a Lei de Ação Popular, mas impulsionado com a promulgação da Lei de Ação Civil Pública e posterior edição do Código de Defesa do Consumidor. O que é característico dessa onda renovatória é a premente necessidade de representação em juízo dos direitos metaindividuais.

Importante de se destacar no tocante à segunda onda de acesso à justiça é a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações judiciais versando sobre direitos e interesses transindividuais, sejam difusos, coletivos e individuais homogêneos, como já conhecido pelos Tribunais Superiores.

Quanto à terceira onda de acesso à justiça, esta está relacionada ao denominado novo enfoque do acesso à justiça, na perspectiva de identificação, elaboração e aplicação de técnicas extrajudiciais.

A terceira onda renovatória de acesso à justiça, por sua vez, compreende que o foco do processo deve estar na sua efetividade. Deve-se buscar, com efeito, um processo menos técnico e que produza mais resultados.

Nas palavras de Franlyn Roger e Diogo Esteves (2017, p. 35):

A terceira onda renovatória expõe o problema dos procedimentos judiciais, seus custos e seu tempo de duração, sendo formuladas propostas alternativas, como a prevalência da oralidade e a concentração dos ritos processuais; a redução dos custos do processo, seja pela supressão das custas processuais e da taxa judiciária ou pela instituição de órgãos jurisdicionais autônomos que possam solucionar questões de pequenas causas de modo gratuito; a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos com a arbitragem, a conciliação e a mediação.

É nessa conjectura que surge a teoria do sistema multiportas, que reclama uma compreensão multifacetada do processo, de sorte que, sob essa perspectiva, não cabe mais pensar na decisão judicial como única resposta ao conflito. Ao lado da tutela jurisdicional, tem-se meios diversos de solução de conflitos, equivalentes entre si, a exemplo da conciliação e mediação. Incorporando esse espírito é que a Lei Complementar nº. 80/94, que cria regras gerais que regulam a Defensoria Pública, estatui ser função institucional da Defensoria Pública a solução extrajudicial de conflitos. É nesse jaez, inclusive, que a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul criou no ano de 2017 Câmara Extrajudicial de Conciliação e Mediação.

Com base no exposto, verifica-se que a Defensoria Pública, enquanto instituição vocacionada à promoção dos direitos humanos, se encontra presentes em todas as três ondas renovatórias de acesso à justiça pensadas por Cappelletti e Garth.

À GUIA DE CONSIDERAÇÕES

O neoconstitucionalismo, dentre outras conquistas epistêmicas, caracterizou-se por trazer os direitos fundamentais ao centro da tutela jurídica. Ademais, representou, de forma hialina, o compromisso com o pobre, adotado pelo constituinte de 1988.

É sob uma perspectiva do neoconstitucionalismo e do reconhecimento da irradiação da força normativa da Constituição, então, que devem a compreensão de ordenamento jurídico centrado na pessoa humana e na proteção dos seus direitos fundamentais. Essa visão reclama um processo civil eficaz.

Com a Constituição Federal de 1988 a Defensoria Pública recebeu tratamento especial, especificamente a partir da Emenda Constitucional de nº. 80/2014, o que mais uma vez comprova o compromisso com os pobres firmado pelo constituinte. É que a Defensoria Pública é a instituição vocacionada à promoção e resguardo dos direitos fundamentais dos necessitados, aqui considerados aqueles em situação de vulnerabilidade, seja econômica ou de outro viés (teoria *custos vulnerabilis*).

A própria concepção de Defensoria Pública vem como forma de responder a crises no acesso à justiça, tal qual verificado por Cappelletti e Garth, no Relatório para Florença, documento responsável por difundir a teoria das ondas renovatórias do acesso à justiça.

Nesse diapasão, para cada problema verificado, apresentou-se uma onda de acesso à justiça: para as condições econômicas enquanto óbice, a ideia de justiça para os pobres

como primeira onda renovatória de acesso à justiça; para a tutela de bens de titularidade indeterminada ou cuja tutela judicial não se afigura conveniente quando individual, a segunda onda renovatória de acesso à justiça, que cuida da tutela coletiva; e, por fim, em relação à feita de efetividade do processo judicial, a terceira onda renovatória de acesso à justiça, que traz a ideia de efetividade no processo por meio do sistema de justiça multiportas.

Volta-se, assim, ao neoconstitucionalismo. Momento constitucional que torna a Defensoria Pública instituição permanente, instrumento do Estado Democrático de Direito, aproximando as suas funções institucionais ao cumprimento da vontade do constituinte.

Conjugando o perfil (neo)constitucional da Defensoria Pública com as ondas renovatórias de acesso à justiça, tem-se que a instituição encontra-se presente e atuante em todas as esferas desse ciclo de renovação do direito fundamental ao acesso à justiça. Com efeito, a própria compreensão de “justiça para os pobres” é o que justifica o surgimento da Defensoria Pública, de sorte que há forte aproximação entre a primeira onda e as funções institucionais; avançando, a segunda onda renovatória traz instrumentos para tornar viável a tutela de direitos e interesses metaindividuais, prevendo ações e legitimados coletivos, dentre os quais a Defensoria Pública, tal qual previsto no art. 5º, II da Lei de Ação Civil Pública, sendo a jurisprudência dos Tribunais Superiores se consolidado para não haver restrição da legitimidade da instituição à defesa de necessitados econômicos, mas depender, de outro norte, da análise da hipossuficiência, que se pode dar de diversas formas (teoria *custos vulnerabilis*); por fim, a terceira onda renovatória de acesso à justiça está voltada a questões atinentes à efetividade do processo, buscando a compreensão do processo a partir de equivalentes judiciais.

Também essa atuação para além do processo é ínsita à Defensoria Pública, que tem como função institucional promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos e se comprova em hipóteses concretas, com a criação de do SUS Mediado, programa implementado pela Defensoria Pública do Estado de Rondônia e que reduziu em 80% o número de ações propostas.

Com base nos dados levantados e, utilizando-se do método tópico-problemático, pode-se chegar à conclusão de que a Defensoria Pública, atuando de forma consentânea ao perfil institucional traçado pelo neoconstitucionalismo, encontra-se relacionada às três ondas renovatórias de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme de. Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar. São Carlos, v. 2, n. 1, jan-jun 2012, pp. 83-102.

BARROS, Carlos Alberto Galvão. *A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: Biblioteca24horas, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In: Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza*, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Novos Verlagsgesellschaft Baden-Baden: Novos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007.

CANOTILHO, João José Joaquim. *O direito constitucional como ciência de direção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade* (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *In: CANOTILHO, João José Joaquim; CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIRA, Marcus Orione Gonçalves. (org.) Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Metodología «fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *In: Derechos y libertades revista del instituto Bartolomé de las casas*, p.35-50, vol. Feb. 1998. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319?show=full#preview>. Acesso em: 02 out. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas*. *Revista Forense* (318). Rio de Janeiro, Forense, Abril/Maio/Junho, 1992, pp. 120-128.

CRORIE, Benedita Mac. Os Direitos Sociais em Crise? *In: CALVÃO, Filipa; GOMES, Carla Amado; GONÇALVES, Pedro; MELO, Helena. (orgs.) A crise e o Direito Público: VI encontro de professores portugueses de DIREITO PÚBLICO*. Instituto de Ciências Jurídico- Políticas: Lisboa, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e Pós-Modernidade. *In: Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI*. Anais, Manaus, 2006. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf. Acesso em 19 mar. 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 3a Ed, 2005, p. 35.

HABERMAS, Jürgen. *Más allá del estado nacional*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

HAYEK, F. A. *O Caminho da servidão*. Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 1984.

HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e Direitos Sociais*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região. Campinas-SP, 2008.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000,

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 85.

ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2011.

STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

SUSTENTABILIDADE: A NOVA PERSPECTIVA DA ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA PARA COMPRAS PÚBLICAS

José Arimatéia Araújo de Queiroz¹

Francisco Júnior Ferreira da Silva²

RESUMO: O artigo tem por objeto analisar a sustentabilidade como norteadora das licitações do Poder Judiciário para a compra de bens, serviços e obras. Os objetivos da pesquisa são: demonstrar a evolução internacional da sustentabilidade, segundo as deliberações da Organização das Nações Unidas; evidenciar como ocorre a internalização, no Brasil, do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 12, 12.7, com a promoção de compras públicas sustentáveis; abordar os critérios sustentáveis dispostos no ordenamento jurídico brasileiro; exemplificar situações em que o Poder Judiciário efetivou licitações sustentáveis. O estudo justifica-se para difundir o conhecimento sobre práticas sustentáveis nas contratações públicas, de modo a elevar o percentual de aquisições desta natureza. No cenário, são efetuados estudos doutrinários, jurisprudenciais e normativos afetos às aquisições sustentáveis. Por fim, como hipótese, conclui-se que os parâmetros de sustentabilidade devem integrar os atos de licitação da Administração Judiciária para que possa realizar compras públicas com benefícios à sociedade, à economia e ao meio ambiente, em garantia aos direitos das presentes e futuras gerações de vida no Planeta. O método é indutivo, por pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-Chave: Sustentabilidade. Administração Judiciária. Compras Públicas.

ABSTRACT: *The article aims to analyze the sustainability as a guiding of the bids of the Judiciary for the purchase of goods, services and building. The research objectives are: to demonstrate the evolution of international sustainability, according to the deliberations of the United Nations Organization; show how occurs the internalization, in Brazil, the objective of sustainable development, objective 12, 12.7, with the promotion of sustainable public procurement; address the sustainable criteria set forth in the Brazilian legal system; illustrate situations in which the Judiciary make sustainable procurement. The study is justified in order to spread the knowledge about sustainable practices in public procurement, in order to raise the percentage of acquisitions of this nature. In the scenario, are made doctrinal studies, normative and jurisprudential affections to sustainable procurement. Finally, it is concluded that the parameters of environmental, social and economic sustainability*

¹ Doutorando do Programa de Pós-Graduação, Stricto Sensu, em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre do Programa de Pós-Graduação, Stricto Sensu, em Ciência Jurídica (PPCJ) da UNIVALI. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia (FARO). Master in Business Administration (MBA), em Gestão Estratégica de Pessoas: Desenvolvimento Humano de Gestores pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduação em Direito pela FARO. Advogado, Assessor Técnico e Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO). Porto Velho, Rondônia, Brasil. E-mail: josearimateiaraujo@gmail.com.

² Doutorando do Programa de Pós-Graduação, Stricto Sensu, em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Master in Business Administration (MBA), em Gestão Estratégica de Pessoas: Desenvolvimento Humano de Gestores pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduação em Direito pela Associação de Ensino Superior da Amazônia. Professor Universitário. Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), Porto Velho, Rondônia, Brasil. E-mail: audtce@gmail.com

should compose bids of Judicial Administration, so that you can make purchases that do not adversely affect the present and future generations of life on the Planet. The method is inductive, for bibliographic and documental research.

Keywords: *Sustainability. Judicial Administration. Public Purchases.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto analisar a sustentabilidade como norteadora dos procedimentos de licitação deflagrados, administrativamente, no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, visando à compra de bens e à contratação de serviços ou obras de engenharia. Por essas bases, questiona-se: os critérios e as práticas sustentáveis devem compor os atos de licitação da Administração Judiciária ao efetivar compras públicas?

Os objetivos da pesquisa são: a) demonstrar a evolução internacional da sustentabilidade, principalmente em face das conferências e dos documentos produzidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), tais como o relatório Brundtland; b) evidenciar como ocorre a internalização, no Brasil, do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) n. 12, Meta n. 12.7, o qual trata do consumo sustentável, com a promoção de compras públicas; abordar os critérios e as práticas sustentáveis dispostos no ordenamento jurídico brasileiro; c) exemplificar situações em que o Poder Judiciário efetivou licitações sustentáveis.

O estudo justifica-se como forma de difundir o conhecimento sobre licitações e contratações públicas sustentáveis, de modo a elevar o percentual de aquisições desta natureza no âmbito Judiciário e em toda a Administração Pública³.

No primeiro capítulo, abordam-se os contextos internacional e nacional relacionados ao consumo sustentável, até a fixação dos objetivos voltados à promoção de Compras Públicas Sustentáveis (CPS), tal como definiu a ONU. Já o segundo capítulo busca estabelecer os conceitos operacionais de sustentabilidade, licitação e CPS, tempo em que se revelam os parâmetros das aquisições nesses moldes, ou seja, a teor de fatores ambientais, sociais e econômicos. Por fim, no último capítulo, descrevem-se as vantagens de se efetivar CPS, exemplificando-se casos práticos do âmbito da Administração Judiciária. E, em todo o estudo, há o levantamento das disposições doutrinárias, jurisprudenciais, constitucionais e infralegais que tratam de aquisições sustentáveis no Brasil.

Por fim, como hipótese, conclui-se que os critérios e as práticas de sustentabilidade devem compor os atos de licitação da Administração Judiciária, para que se possa realizar compras públicas de bens, serviços e obras com benefícios à sociedade, à economia e ao meio ambiente.

Quanto à Metodologia, na investigação foi utilizado o Método Indutivo⁴; e, para o

3 Segundo dados de 2018, o valor das aquisições públicas federais correspondeu a R\$ 48.077.079.945,07 (quarenta e oito bilhões, setenta e sete milhões, setenta e nove mil, novecentos e quarenta e cinco reais e sete centavos), sendo que, deste montante, apenas 1% foram de compras sustentáveis. (sem grifos no original). BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). PAINEL DE COMPRAS DO GOVERNO FEDERAL. Disponível em: <<http://painelcompras.planejamento.gov.br>>. Acesso em: 04 maio 2019.

4 “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica. p. 104.

tratamento dos dados, o Método Cartesiano. O relatório dos resultados, por sua vez, tem base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica⁵.

1 EVOLUÇÃO DO CONSUMO E DA PROMOÇÃO DE COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

Em 1972, com o foco voltado principalmente à defesa do meio ambiente, emerge a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, conhecida como Conferência de Estocolmo, na qual foi lavrada a Proclamação n. 2⁶, que estabeleceu a proteção ambiental como essencial ao bem-estar dos povos e ao desenvolvimento econômico, com o direcionamento deste dever a todos os Países.

Pouco tempo depois, em 1987, surge a sustentabilidade como se propaga hodiernamente, com a divulgação do Relatório de Brundtland, conhecido como “Nosso Futuro Comum”, em que se destacaram os limites ao consumo e ao uso dos recursos naturais. Em seguida, no ano de 1992, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e o Desenvolvimento, na cidade do Rio de Janeiro (Rio-92), em que houve a divulgação da Agenda 21, como programa de ação e planejamento do futuro de forma sustentável⁷. E, na Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável (Rio+10), foram abordados os resultados da Agenda 21, época em que surgiu o denominado Processo Marrakesh. O objetivo desse processo foi a criação de metodologias para o consumo sustentável, no período de 10 anos, com atuação em sete áreas, dentre as quais aquela relativa às CPS⁸.

O relatório Marrakesh foi aprovado na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Natural (Rio+20), época na qual se criou o documento denominado: “O Futuro que Queremos”. Ainda, nessa conferência, estabeleceu-se o *International Sustainable Public Procurement*, direcionando às despesas públicas para compras e contratações de produtos e serviços que trouxessem máximos benefícios ambientais e sociais⁹.

Por fim, também foram definidos pela ONU os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), como parte dos objetivos do milênio, no que diz respeito à sustentabilidade (Agenda 2030). E, tendo por base os ODS, a Comissão da União Europeia estabeleceu metas aos Estados-Membros para alcançarem o percentual de 50% de aquisições sustentáveis¹⁰.

Ao seu turno, o Governo Australiano, na forma do *Sustainable Procurement Guide* (Guia de Compras Sustentáveis)¹¹, estabeleceu que todos os custos e benefícios financeiros e não

5 PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 14 ed. rev., atual., e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

6 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2019.

7 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferências de meio ambiente e desenvolvimento sustentável: um miniguia da ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conferencias-de-meio-ambiente-e-desenvolvimento-sustentavel-miniguia-da-onu/>>. Acesso em: 03 maio 2019.

8 “O Processo de Marrakesh foi concebido para dar aplicabilidade e expressão concreta ao conceito de Produção e Consumo Sustentáveis (PCS)”. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Processo de Marrakesh. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/plano-nacional/processo-de-marrakesh>>. Acesso em: 03 maio 2019.

9 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/plano_joanesburgo.pdf>. Acesso em: 04 maio 2019.

10 EUROPEAN COMMISSION. Green Public Procurement. Eurostat – Unit E7, 2011. Disponível em: <https://circabc.europa.eu/webdav/CircaBC/ESTAT/envirmeet/Library/meeting_archives_1/meetings_2011_archive/environment_29-30032011/GPP_WG2011.pdf>. Acesso em: 04 maio 2019.

11 AUSTRALIAN GOVERNMENT. Sustainable Procurement Guide. 2013, p. 08-10. Disponível em: <<http://www.environment.gov.au/system/files/>>

financeiros relevantes devem ser levados em conta no procedimento da aquisição. Assim, refletindo a necessidade de ser considerada a relação custo-benefício durante todo o ciclo de vida útil do objeto a ser licitado e não apenas os valores iniciais empregados.

Na América do Sul, também se identificam iniciativas para a promoção de CPS, segundo o previsto no *Proyecto Piloto Compras Públicas Sustentables en el Mercosur do Instituto Argentino para el Desarrollo Sustentable*¹².

No Brasil, entre os anos de 2007 e 2008, passou-se a aderir às diretrizes do Processo de Marrakesh, com a instituição do Comitê Gestor Nacional de Produção e Consumo Sustentável, do qual resultou, no ano de 2011, o Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis¹³, que, dentre suas linhas de ação, previu a necessidade da realização de compras públicas e construções sustentáveis.

Nessa linha, foi aprovado outro documento importante, qual seja: a Agenda Ambiental na Administração Pública - A3P¹⁴, na qual se buscou implementar os seguintes princípios: Repensar, Reduzir, Reaproveitar, Reciclar e Recusar consumir produtos que gerem impactos socioambientais significativos. Por fim, saliente-se que a internalização do Objetivo n. 12, Meta 12.7, da Agenda 2030, que visa à promoção de CPS, vem sendo implementada gradativamente no ordenamento jurídico brasileiro. Neste particular, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem atuado firmemente, a exemplo do julgado no Acórdão n. 1968/2017 – Plenário¹⁵, o qual tratou da avaliação e do monitoramento do cumprimento dos ODS por parte do Governo Brasileiro.

Frente a esta breve explanação, percebem-se as preocupações e as ações adotadas, nos cenários internacional e nacional, voltadas à produção e ao consumo, com o fomento à promoção das CPS, em respeito ao princípio da sustentabilidade.

2 A SUSTENTABILIDADE COMO FUNDAMENTO DAS LICITAÇÕES PARA COMPRAS PÚBLICAS

Freitas e Araújo¹⁶ lecionam que a palavra “Sustentabilidade”, pela etimologia, “[...] configura característica ou condição de um processo ou sistema que permite a sua permanência, em certo nível e por um determinado lapso temporal”. De acordo com as autoras, “a sustentabilidade da natureza como *Nachhaltigkeit*¹⁷, já havia sido concebida há mais

resources/7b8df2bd-3bb9-49cc-b417-5f2eb6e0ce37/files/sustainable-procurement-guide.pdf>. Acesso em: 04 maio 2019.

12 INSTITUTO ARGENTINO PARA EL DESARROLLO SUSTENTABLE (IADS). Proyecto Piloto Compras Públicas Sustentables en el MERCOSUR: Las Compras Públicas en el MERCOSUR, Propuesta para la incorporación de criterios de sustentabilidade. Argentina, 2008. Disponível em: <http://www.iadsargentina.org/pdf/Documento_base.pdf>. Acesso em: 05 maio 2019.

13 “O Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS), lançado em 23 de novembro de 2011, é o documento ‘vertebrador’ das ações de governo, do setor produtivo e da sociedade que direcionam o Brasil para padrões mais sustentáveis de produção e consumo”. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS). Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/plano-nacional>>. Acesso em: 04 maio 2019.

14 “A Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P) é um programa do Ministério do Meio Ambiente que objetiva estimular os órgãos públicos do país a implementarem práticas de sustentabilidade”. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P). Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cartilha_a3p_36.pdf>. Acesso em: 04 maio 2019.

15 BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão n. 1968/2017 – Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisa/jurisprudencia/>>. Acesso em: 04 maio 2019.

16 FREITAS, Ana Carla Pinheiro e ARAÚJO, Liane Maria Santiago Cavalcante. Apontamentos acerca da pré-história e da história da sustentabilidade, do desenvolvimento sustentável e da inserção da água no cenário da proteção ambiental. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. POMPEU, Gina Vidal Marcílio. FREITAS, Ana Carla Pinheiro (org.). Gestão das águas: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 157.

17 Tradução Livre do Alemão: Sustentabilidade.

de 400 anos, na Alemanha”. Entretanto, o Conceito Operacional (COP)¹⁸ mais conhecido de sustentabilidade, em âmbito global, foi o definido pela Comissão de Brundtland, qual seja: suprir as necessidades da geração presente sem afetar a habilidade das gerações futuras de suprir as suas próprias necessidades¹⁹.

Em relação à sustentabilidade, Meneguzzi²⁰ defende que a aquisição pública deve integrar os aspectos ambientais, sociais e econômicos a todos os estágios do processo de licitação. Nessa ótica, Freitas²¹ explica que a dimensão social da sustentabilidade é a que “[...] não se coaduna com práticas excludentes e métodos iníquos de desenvolvimento”; a dimensão ambiental visa a garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, em benefício das presentes e das futuras gerações; e, por último, a dimensão econômica deve observar a ponderação e o “[...] adequado *trade-off* entre eficiência e equidade [...]” com o sopesamento dos custos diretos e indiretos, que constituem as externalidades.

Ao tratar de licitações para CPS, Milaré apresentou o termo “licitação verde”, indicando ser:

O processo pelo qual as organizações adquirem suprimentos ou contratam serviços levando em consideração aspectos como: (i) o melhor valor para considerações monetárias que incluam a análise de preço, qualidade, disponibilidade, funcionalidade, dentre outras; (ii) aspectos ambientais (“licitação verde”), que constituem os efeitos sobre o meio ambiente que o produto e/ou serviço tem em todo o seu ciclo de vida, ou seja, do berço ao túmulo; (iii) o ciclo de vida integral dos produtos; (iv) aspectos sociais: efeitos sobre questões sociais tais como a erradicação da pobreza, equidade internacional na distribuição de recursos, direitos trabalhistas, direitos humanos.²²

Diante do posicionamento dos autores referenciados, entende-se que as licitações para CPS na Administração Judiciária devem ser realizadas por critérios e práticas de sustentabilidade nas dimensões ambiental, social e econômica.

Na sequência, destaque-se que a licitação tem por instrumento o ato administrativo²³ deflagrado pelo Poder Público, na forma de edital, geralmente contemplando umas das modalidades definidas na Lei n. 8.666/93²⁴ (concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão); na Lei n. 10.520/02²⁵ (pregão presencial ou eletrônico); e, ainda, na Lei n. 12.462/11²⁶, que trata do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

Tendo em conta os desdobramentos do conceito em voga e os ensinamentos de

18 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 2018, p. 41.

19 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Report of the World Commission on Environment and Development. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 04 maio 2019.

20 MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan, VILLAC, Teresa (Org.). Licitações e contratações públicas sustentáveis. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 27.

21 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 52-70.

22 MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

23 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 167.

24 Art. 3º A licitação destina-se a garantir [...] a promoção do desenvolvimento nacional sustentável [...]. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010). (sem grifo no original). BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de julho de 1993. BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 04 maio 2019.

25 BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 04 maio 2019.

26 BRASIL. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: 04 maio 2019.

Meirelles²⁷, compreende-se que as aquisições públicas, com base nos atos administrativos formalizados em editais de licitação, devem obedecer aos requisitos da competência, finalidade, forma, motivo e objeto. E, principalmente no que concerne ao atendimento da finalidade do ato de licitação (requisito vinculante), tem-se que as compras públicas devem ser norteadas pelo princípio da sustentabilidade.

Portanto, após efetivados os devidos estudos e o planejamento da aquisição pela Administração Judiciária, depreende-se que é no citado ato licitatório que devem ser inseridos, previamente, ou seja, na fase interna do certame, todos os critérios e as práticas de sustentabilidade multidimensional.

Nesse cerne, a teor do conjunto normativo a ser referenciado neste estudo, propõe-se o seguinte COP para a categoria Licitação: procedimento administrativo destinado à escolha de contratante para fornecer bens, serviços ou realizar obras de interesse da Administração Judiciária, com observância aos princípios da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa; e, substancialmente, da promoção de CPS.

Por sua vez, as CPS são aquelas realizadas pela Administração Judiciária junto às pessoas físicas ou jurídicas, reguladas por normas de Direito Público Administrativo, visando à satisfação de necessidades com a aquisição de bens, serviços ou obras de engenharia, sempre com a utilização de parâmetros de sustentabilidade ambiental, econômica e social²⁸.

Com isso, restam estabelecidas as definições de sustentabilidade, licitação e CPS. E, para que o procedimento da Administração Judiciária possa contemplar o atendimento conjunto de todas as dimensões da sustentabilidade, faz-se necessária a manifestação de vontade do gestor administrativo, no sentido de que as aquisições considerem os custos e os benefícios, diretos e indiretos, sociais, econômicos e ambientais²⁹. Para tanto, o mencionado gestor encontra-se subsidiado por um conjunto normativo amplo e que viabiliza a realização de licitações em bases sustentáveis.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), *verbi gratia*, contempla diversas disposições que tratam de sustentabilidade, como o destaque para o art. 225, que prima pela proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em benefício das presentes e futuras gerações³⁰. E, especificamente quanto às CPS, cabe considerar o art. 7º, XI, da Lei n. 12.305/2010³¹, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Em igual sentido, observam-se os artigos 31, *caput*, e 27, §§1º e 2º, da Lei n. 13.303/2016³² – que versa sobre as licitações deflagradas pelas Empresas Públicas e Sociedades de Economia

27 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. p. 169-173.

28 COP por composição. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p.40.

29 COP por composição com base na obra: FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 257; e, ainda, a definição constante do livro: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 167.

30 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 maio 2019.

31 Art. 7 [...] XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: a) produtos reciclados e recicláveis; b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis; XII - integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; (sem grifo no original). BRASIL. Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 05 maio 2019.

32 BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 05 maio 2019.

Mista – os quais deixam claro que as aquisições devem atender à função social de interesse coletivo, compreendida pela alocação socialmente eficiente de recursos, além da adoção de práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social compatíveis com o mercado.

Ainda, sobre esse viés, cabe considerar o art. 4º, §1º, I a VI, da Lei n. 12.462/2011³³, (Lei do RDC), que delineou a necessidade dos atos licitatórios respeitarem as normas ambientais (disposição adequada dos resíduos, licenciamento ambiental); sociais (acessibilidade às pessoas com deficiência) e econômicas (redução do consumo de energia e recursos naturais). E, afeto às licitações e aos contratos administrativos, o marco mais importante no Brasil, de certo, consta³⁴ do art. 3º da Lei n. 8.666/93³⁵, com redação dada pela Lei n. 12.349/2010, ao prever o princípio do “Desenvolvimento Nacional Sustentável”.

O mencionado princípio, inclusive, já foi objeto de regulamentação por vários entes públicos, na esfera da União, por exemplo, tem-se o Decreto n. 7.746/2012³⁶ e a Instrução Normativa n. 01/2010³⁷, do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão; e, no Estado de Rondônia, o Decreto n. 21.264/2016³⁸. Inclusive, muitos desses Poderes e órgãos públicos criaram Planos de Gestão e de Logística Sustentável para suas aquisições e contratações, na linha do que definiu a União, na Instrução Normativa 10/2012³⁹. O Poder Judiciário também já regulamentou diversos parâmetros ambientais, sociais e econômicas para suas compras públicas, em atenção ao princípio da sustentabilidade. Nessa senda, destaquem-se os seguintes normativos: a Resolução n. 201/2015⁴⁰, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); e a Resolução n. 23.474/2016⁴¹, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Considerado os cenários doutrinário e normativo tratados neste capítulo, vislumbra-se que a Administração Judiciária está alicerçada para o desenvolvimento de licitações, por critérios e práticas sustentáveis.

Com isso, entende-se que o Judiciário brasileiro deve se fortalecer, ainda mais, na

33 BRASIL. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: 04 maio 2019.

34 Os artigos 4º e 108 do novo Projeto de Lei (PL 6814/2017), o qual busca revogar a Lei nº 8.666/1993, mantêm o princípio da sustentabilidade como fundamento das licitações e contratações públicas. BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 6814/2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>>. Acesso em: 05 maio 2019.

35 Art. 3º A licitação destina-se a garantir [...] a promoção do desenvolvimento nacional sustentável [...]. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010). (sem grifo no original). BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de julho de 1993. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 04 maio 2019.

36 [...] art. 4: São diretrizes de sustentabilidade, entre outras: I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras. BRASIL. Decreto n. 7.746, de 5 de junho de 2012 (redação dada pelo Decreto n. 9.178/2017). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm>. Acesso em: 05 maio 2019.

37 BRASIL. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão (MPOG). Instrução Normativa n. 01 de 19 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/legislacaoDetalhe.asp?ctdCod=295>>. Acesso em: 05 maio 2019.

38 RONDÔNIA. Decreto n. 21.264, de 20 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.diof.ro.gov.br/data/uploads/2016/09/Doe-20-09-2016.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2019.

39 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). Instrução Normativa 10, de 12 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/394-instrucao-normativa-n-10-de-12-de-novembro-de-2012>>. Acesso em: 05 maio 2019.

40 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução n. 201, de 3 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2795>>. Acesso em: 05 maio 2019.

41 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Resolução n. 23.474, de 19 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2016/RES234742016.htm>>. Acesso em: 05 maio 2019.

composição da rede de governança para a promoção de CPS, na linha dos demais órgãos que integram o Poder Público⁴², o que pode ser uma das soluções ao grande desafio de Souza⁴³, qual seja: “construir comunidades sustentáveis e ambientes sócio-culturais onde se possa satisfazer as necessidades e aspirações da sociedade, sem diminuir as chances das gerações futuras”.

3 COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS NA ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

O entendimento de que a Administração Pública deve eleger a proposta mais vantajosa é a regra do art. 3º da Lei n. 8.666/93. Porém, a vantagem em questão não pode ser interpretada apenas pelo parâmetro de menor preço. Segundo Freitas⁴⁴, a licitação para CPS é aquele que visa “[...] à seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, ponderados, com a máxima objetividade possível, os custos e benefícios sociais, econômicos e ambientais.”⁴⁵.

Portanto, quando da aquisição de bens, serviços ou obras, a Administração Judiciária deve primar pela escolha da proposta que contenha o melhor preço, sob a diretriz da sustentabilidade, pois, em relação aos custos, Freitas⁴⁶ ensina que “[...] melhor preço é aquele que implica os menores impactos e externalidades negativas e, concomitantemente, os maiores benefícios globais”.

Altounian⁴⁷ também defende que a “[...] proposta mais vantajosa é aquela que assegure os critérios da sustentabilidade em todos os seus aspectos”. Assim, em referência ao mencionado autor, afere-se que a proposta mais vantajosa deve ser formulação por parâmetros sustentáveis.

Dessa forma, ao tempo das licitações para CPS, incube à Administração Judiciária inserir nos editais os critérios e as práticas ambientais, sociais e econômicas, pois o menor preço será sempre o que se revelar melhor em termos sustentáveis. Ao caso, a Resolução n. 201/2015 do CNJ deixa bem claro alguns dos critérios e práticas sustentáveis que devem nortear as aquisições por parte do Judiciário. Vejamos:

[...] Art. 17. As contratações efetuadas pelo órgão ou conselho deverão observar: I – critérios de sustentabilidade na aquisição de bens, tais como: a) rastreabilidade e origem dos insumos de madeira como itens de papelaria e mobiliário, a partir de fontes de manejo sustentável; b) eficiência energética e nível de emissão de poluentes de máquinas e aparelhos consumidores de energia, veículos e prédios públicos; c) eficácia e segurança dos produtos usados na limpeza e conservação de ambientes; d) gêneros alimentícios. II – práticas de sustentabilidade na

42 QUEIROZ, José Arimatéia Araújo de. Tribunais de Contas na rede de governança para a promoção de compras públicas sustentáveis. Artigo Científico aprovado para Publicação em E-Book, na linha de pesquisa: o Estado do Bem-Estar Social, os Tribunais de Contas e a boa governança pública, relativo ao VIII Fórum de Direito Constitucional e Administrativo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (no prelo). Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/wp-content/uploads/2019/05/Resultado-n%C2%B001-2019-TCE-RO.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2019.

43 SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. 20 Anos de Sustentabilidade: Reflexões sobre Avanços e Desafios. Revista da Unifebe, 2012. 11 (dez): 239-252. Disponível em: <http://www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/>. Acesso em: 05 maio 2019.

44 PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 37.

45 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. p. 268-269.

46 FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 05 maio 2019.

47 ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização: (Legislação, decretos, jurisprudência e orientações normativas atualizados até 30 nov. 2015). 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.478.

execução dos serviços; III – critérios e práticas de sustentabilidade no projeto e execução de obras e serviços de engenharia [...].⁴⁸

Em análise ao transcrito, extrai-se um rol exemplificativo com alguns parâmetros a serem observados nas licitações para CPS, sem prejuízo dos diversos outros requisitos definidos em leis e regulamentos, tal como já abordado.

Nessa visão, recentemente, o Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina inovou nas suas compras de papel A4, na forma do edital de Pregão Eletrônico n. 74/2018⁴⁹, no qual se exigiu que o material fosse composto de “fibras extraídas da reciclagem do bagaço de cana de açúcar”. Noutro caso, tem-se o edital de Pregão Eletrônico n. 014/19, deflagrado pelo Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, para a aquisição de formulários e reposição de estoques, que, principalmente a teor do art. 3º da Lei n. 8.666/93, estabeleceu o seguinte:

[...] **12 - DOS CRITÉRIOS DE SUSTENTABILIDADE** 12.1 - Visando à efetiva aplicação de critérios, ações ambientais e socioambientais que contribuam para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, [...] 12.1.1 priorizar o emprego de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias primas de origem local [...], [...]; 12.1.4 - não possuir inscrição no cadastro de empregadores flagrados explorando trabalhadores em condições análogas às de escravo [...]; 12.1.5 - não ter sido condenada, a licitante vencedora ou seus dirigentes, por infringir as leis de combate à discriminação de raça ou de gênero, ao trabalho infantil e ao trabalho escravo [...]. 12.2 - A licitante vencedora deverá apresentar [...] declaração de atendimento aos requisitos de sustentabilidade previstos para a presente licitação. [...].⁵⁰

Como se vê, os referidos Tribunais efetivaram aquisições de forma sustentável. E, nesse norte, devem servir de referência aos demais órgãos do Judiciário. No contexto, frente a estas boas práticas, compreende-se que a Administração Judiciária deve elevar o percentual de Licitações para CPS, em atendimento ao princípio da sustentabilidade multidimensional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo demonstrou a evolução das preocupações ambientais, sociais e econômicas relacionadas às boas práticas de consumo sustentável, nos cenários internacional e nacional, com especial destaque às deliberações da ONU, no Objetivo n. 12, Meta 12.7, que trata da promoção de CPS.

Nesse caminho, após definidos os conceitos de sustentabilidade, licitação e CPS, a pesquisa passou a delinear o contexto doutrinário e normativo que trata da necessária inserção de critérios e práticas sustentáveis nos atos de licitação deflagrados pela Administração Judiciária. Além disso, foram exemplificados alguns casos práticos de processos licitatórios,

48 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução n. 201, de 3 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2795>>. Acesso em: 05 maio 2019.

49 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ/SC). Pregão Eletrônico n. 74/2018, Processo n. 39701/2017. Disponível em: <<http://webcache.tjsc.jus.br/csp/wl/webblink.csp?SISTEMA=LICITACAO&EP=SALInterCons03B&EXERC=2018>>. Acesso em: 05 maio 2019.

50 PERNAMBUCO. Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco (TER/PE). Edital de Pregão n. 014/19 -Eletrônico. Disponível em: <<http://www.tre-pe.jus.br/transparencia/licitacoes/pregao-eletronico-1/tre-pe-edital-do-pregao-eletronico-no14-2019-aquisicao-de-formularios-continuos>>. Acesso em: 05 maio 2019.

realizados pelo Poder Judiciário, com plena observância ao cumprimento do princípio a sustentabilidade em suas múltiplas dimensões.

Posto isso, tendo a sustentabilidade como o primeiro norte para o desenvolvimento; e, ainda, considerando o conjunto doutrinário, jurisprudencial e normativo estudado, confirma-se a hipótese de que os critérios e as práticas sustentáveis devem compor os atos de licitação da Administração Judiciária, para que se possa realizar compras públicas de bens, serviços e obras com benefícios à sociedade, à economia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essenciais à garantia dos direitos das presentes e futuras gerações de vida no Planeta.

REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização: (Legislação, decretos, jurisprudência e orientações normativas atualizados até 30 nov. 2015). 5. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

AUSTRALIAN GOVERNMENT. Sustainable Procurement Guide. 2013, p. 08-10. Disponível em: <<http://www.environment.gov.au/system/files/resources/7b8df2bd-3bb9-49cc-b417-5f2eb6e0ce37/files/sustainable-procurement-guide.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 6814/2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122766>>. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução n. 201, de 3 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2795>>. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. Decreto n. 7.746, de 5 de junho de 2012 (redação dada pelo Decreto n. 9.178/2017). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm>. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>

ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P). Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cartilha_a3p_36.pdf>. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS). Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/plano-nacional>>. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/plano_joanesburgo.pdf>. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Processo de Marrakesh. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentavel/plano-nacional/processo-de-marrakesh>>. Acesso em: 03 maio 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão (MPOG). Instrução Normativa n. 01 de 19 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/legislacaoDetalhe.asp?ctdCod=295>>. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). Instrução Normativa 10, de 12 de novembro de 2012. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/394-instrucao-normativa-n-10-de-12-de-novembro-de-2012>>. Acesso em: 05 maio 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). Painel de Compras do Governo Federal. Disponível em: <<http://paineldecompras.planejamento.gov.br>>. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão n. 1968/2017 – Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisa/jurisprudencia/>>. Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Resolução n. 23.474, de 19 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2016/RES234742016.htm>>. Acesso em: 05 maio 2019.

EUROPEAN COMMISSION. Green Public Procurement. Eurostat – Unit E7, 2011. Disponível em: <https://circabc.europa.eu/webdav/CircaBC/ESTAT/envirmeet/Library/meeting_archives_1/meetings_2011_archive/environment_29-30032011/GPP_WG2011.pdf>. Acesso em: 03 maio 2019.

FREITAS, Ana Carla Pinheiro e ARAÚJO, Liane Maria Santiago Cavalcante. Apontamentos acerca da pré-história e da história da sustentabilidade, do desenvolvimento sustentável e da inserção da água no cenário da proteção ambiental. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. POMPEU, Gina Vidal Marcílio. FREITAS, Ana Carla Pinheiro (org.). Gestão das águas: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 157.

FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=76861>>. Acesso em: 05 maio 2019.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

INSTITUTO ARGENTINO PARA EL DESARROLLO SUSTENTABLE (IADS). Proyecto Piloto Compras Públicas Sustentables en el MERCOSUR: Las Compras Públicas en el MERCOSUR, Propuesta para la incorporación de criterios de sustentabilidade. Argentina, 2008. Disponível em: <http://www.iadsargentina.org/pdf/Documento_base.pdf>. Acesso em: 05 maio 2019.

LEITE, Eduardo de oliveira. A monografia jurídica. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan, VILLAC, Teresa (Org.). Licitações e contratações públicas sustentáveis. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Agenda 2030. Disponível em: <www.nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 03 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferências de meio ambiente e desenvolvimento sustentável: um miniguia da ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conferencias-de-meio-ambiente-e-desenvolvimento-sustentavel-miniguia-da-onu/>>. Acesso em: 03 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Report of the World Commission on Environment and Development. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 04 maio 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 14 ed. rev., atual., e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018

PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

QUEIROZ, José Arimatéia Araújo de. Tribunais de Contas na rede de governança para a promoção de compras públicas sustentáveis. Artigo Científico aprovado para Publicação em E-Book, na linha de pesquisa: o Estado do Bem-Estar Social, os Tribunais de Contas e a boa governança pública, relativo ao VIII Fórum de Direito Constitucional e Administrativo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (no prelo). Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/wp-content/uploads/2019/05/Resultado-n%C2%B0-01-2019-TCE-RO.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2019.

RONDÔNIA. Decreto n. 21.264, de 20 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.diof.ro.gov.br/data/uploads/2016/09/Doe-20-09-2016.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ/SC). Pregão Eletrônico n. 74/2018, Processo n. 39701/2017. Disponível em: <<http://webcache.tjsc.jus.br/csp/wl/weblink.csp?SISTEMA=LICITACAO&EP=SALInterCons03B&EXERC=2018>>. Acesso em: 05 maio 2019.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. 20 Anos de Sustentabilidade: Reflexões sobre Avanços e Desafios. Revista da Unifebe, 2012. 11 (dez): 239-252. Disponível em: <http://www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/>. Acesso em: 05 maio 2019.

A DISFUNCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL EM FACE DA SEGURANÇA JURÍDICA

Marcos Alaor Diniz Grangeia¹

Alexandre Miguel²

RESUMO: A reflexão aqui exposta trata de tema relativo à disfuncionalidade que tem permeado a atuação do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os reflexos desta atuação na segurança jurídica, por meio de uma abordagem que justificou a sua criação e função determinadas pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Com considerações pragmáticas, o estudo passa pelo campo da análise, por amostragem, da relevância de julgados, pesquisas e estatísticas que refletem o comportamento da Corte Suprema Brasileira e o grau de satisfação da população com o Poder Judiciário, tudo com o escopo de sugerir uma melhora no atual modelo de gestão da atuação da Corte, por meio de medidas a serem por ela adotadas.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Disfuncionalidade. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: The reflection presented here addresses the issue of dysfunctionality that has permeated the actions of the Federal Supreme Court and its repercussions on the legal certainty, through an approach that justifies its creation and function determined by the Brazilian Federal Constitution of 1988. With pragmatic considerations, the study approaches the field of analysis of the relevance of judgements, surveys and statistics that reflect the behavior of the Brazilian Supreme Court and how satisfied the population is with the Judiciary, all with the purpose of suggesting an improvement in the current pattern of action management, through measures to be taken.

Keywords: Federal Supreme Court. Dysfunctionality. Legal Certainty.

INTRODUÇÃO: Após a Proclamação da independência do Brasil, a Constituição de 25 de março de 1824, no art. 163, estabeleceu que: “Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação

1 Doutorando em Ciências Jurídicas, pela Universidade do Vale do Itajaí e Faculdade Católica de Rondônia; Mestre em Poder Judiciário, pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio; MBA em Poder Judiciário pela FGV Direito Rio; especialista em Direito Civil e Processo Civil, pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília; professor Adjunto da Universidade Federal de Rondônia; desembargador do Tribunal de Justiça de Rondônia; membro conselheiro da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam; atual Diretor da Escola da Magistratura de Rondônia - Emeron.

2 Doutorando em Ciências Jurídicas, pela Universidade do Vale do Itajaí e Faculdade Católica de Rondônia; Mestre em Poder Judiciário, pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio; (2009). Especialista em Direito Penal pela Fundação Universidade Federal do Estado de Rondônia Unir (2001), em Direito Constitucional pela Associação de Ensino Superior da Amazônia-Faro (2002) e Poder Judiciário pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (2008). Graduado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Alta Paulista (1987). Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia-Emeron, onde também já ministrou as disciplinas de Direito Administrativo, Direito Agrário, Direito Civil, Processo Penal e Prática de Sentença Criminal. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

de Supremo Tribunal de Justiça, composto de Juízes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título de Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles que se houverem de abolir". Composto por 17 juízes, a instalação na capital do Império ocorreu em 9 de janeiro de 1829.

Percebe-se no Supremo Tribunal Federal, desde a independência do Brasil, passando pela Proclamação da República Brasileira, ocorrida em 15 de novembro de 1889, traços marcantes de sua atuação como Poder Moderador no campo do controle da constitucionalidade das leis.

Julgamentos como: Revolta da Armada e Revolução Federalista (*Habeas Corpus* n. 300, n. 406 e n. 410, entre outros); Expulsão da família real do Brasil (*Habeas Corpus* n. 1974 e n. 2437) e; revolta das vacinas (Recuso em *Habeas Corpus* n. 2244) demonstraram a vocação constitucionalista, moderadora e produtora da segurança jurídica desejada de uma Corte Constitucional.³

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro, como concebido na Constituição Federal de 1988, nos artigos 101 a 103, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro e possui entre suas responsabilidades aquela que é fundamental para caracterizar sua atuação judicante: traduzir em segurança jurídica a guarda da Constituição.

Sua recente atuação, porém, tem-se revelado disfuncional para a geração e manutenção da segurança jurídica.

Há vários motivos determinantes para o resultado de incertezas e todos identificados neste artigo estão ligados à gestão de processos e comportamento da Corte e refletem diretamente na credibilidade e legitimidade do Poder Judiciário.

1. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL E A SEGURANÇA JURÍDICA

O mais alto órgão investido da função jurisdicional no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, tem os papéis que lhe incumbe a Constituição Federal. O primeiro é o zelo pela Constituição, dizendo a última palavra sobre o Direito público e privado. Outra, também precípua, é assegurar a supremacia da Constituição, impedindo especialmente, que contra ela prevaleça a inconstitucionalidade de leis. (Filho, 1984).

Para a democracia contemporânea, Barroso (2018) defendeu que as Supremas cortes e tribunais constitucionais em todo o mundo desempenhem, ao menos potencialmente, três grandes papéis ou funções: contramajoritário, representativo e iluminista⁴.

O papel contramajoritário identifica o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. Trata-se de um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade

3 Supremo Tribunal Federal. Recuperado em 5 de março, 2019, de <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFHistorico>

4 Barroso, L. R. (2015). O papel das Cortes Constitucionais. Luis Roberto Barroso Jurisdição Constitucional e Debates Públicos. Recuperado em 15 de novembro, 2018, de <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>.

das maiorias.

O papel representativo ocorre quando as cortes constitucionais em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, atuam para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, bem como para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador.

Por fim, o papel iluminista que deve ser desempenhado com parcimônia e consiste em promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população.

Silva (2006) defendeu como condição da segurança jurídica a relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

Da mesma forma, Canotilho (2002, p. 257) associou a segurança jurídica ao princípio da confiança e, de modo geral, indica que:

O indivíduo tem como direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses atos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.

As ideias desenvolvem-se em torno de dois conceitos: a estabilidade e a previsibilidade da segurança jurídica.

A busca pela estabilidade e pela proteção da confiança depositada pela sociedade alcança o direito como um todo e, no Supremo Tribunal Federal, atinge diversas áreas do Direito. Assim, tal busca interfere na jurisprudência dos tribunais inferiores, moldando suas decisões, como mais um importante reflexo da irradiação principiológica promovida em prol da Constituição Federal – tornando-a essencial ao ordenamento brasileiro, não somente de maneira vertical e normativa, mas também de maneira horizontal, atingindo diretamente o caso concreto.⁵ Esta horizontalidade nas decisões, desejada pelos operadores jurídicos público e privado, deflui agora de exigência legal prevista no Código de Processo Civil de 2015, nos artigos 498, 926 e 927 que determinam a integralidade do sistema de solução de conflitos. Integralidade que somente pode ser rompida mediante argumentação adequada e extrema, justificada pelo caso concreto. (Dworkin, 2003, p. 275-277)

Há segurança jurídica, portanto, ao se constatar a garantia da estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas, mesmo se houve modificação da base legal regente.

Nesse sentido, Marinoni (2012) classificou a segurança jurídica como “direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito.”⁶

5 Balarini, F. G & Camargo, M. M. L. (2012). A segurança jurídica na doutrina e nos tribunais. The legal certainty in doctrine and in the courts. Publica Direito. Recuperado em 16 de novembro, 2018, de <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f9b616fadedc02>.

6 Marinoni, L. G. (Coord.). (2012). O precedente na dimensão da segurança jurídica. A força dos precedentes. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed., p. 565. Salvador: Juspodivm

Porém, quando a Corte que deveria ser a bússola para todas as demais instituições passa a não mais observar sua própria missão existencial, estabelece-se a insegurança jurídica que, em efeito cascata, atinge o sistema jurídico, a organização social e a economia por inteiro.

2. A DISFUNCIONALIDADE NA ATUAÇÃO E O REFLEXO DA SEGURANÇA JURÍDICA BRASILEIRA

Mendes (2018) alertou que o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado uma paulatina perda de reverência pelo jurisdicionado no curso dos anos, o que tem sido acolhido como maturidade política por doutrinadores; mas também é surpreendido com a perda do respeito, perigo esse que o tribunal criou para si mesmo.⁷

Com efeito, a atuação da Corte no cenário de incertezas políticas, jurídicas, econômicas e sociais produzido pela falta de atuação dos Poderes Executivos e Legislativo, tem-se revelado impróprio para a geração e manutenção da segurança jurídica nos cenários político, econômico e social. Urge, portanto, que o Supremo Tribunal Federal deixe de ser refratário às críticas e realize a autocrítica.

É certo que há julgados que merecem destaque positivo na atuação da Corte Suprema Brasileira, dentre os quais cita-se: a) Pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 29/05/2008); b) liberdade de informação jornalística (ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 30/04/2009); c) cotas para negros em concursos públicos (ADC 41/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julg. 08/06/2017) e, mais recentemente, d) alteração de registro civil de prenome e gênero sem transgenitalização [Plenário. ADI 4275/DF, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 28/02 e 1º/03/2018 (Info 892)].

Em retrospectiva de 2018, intitulada “Atravessando a tempestade em direção à nova ordem”, Barroso (2018) selecionou outras dez decisões que julgou “emblemáticas” com o mesmo destaque, dentre as quais citou: *Habeas corpus* coletivo para gestantes e mães (HC 143.641, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento concluído em 20.02.2018) e Liberdade de manifestação em universidades (ADPF 548, Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento concluído em 31.10.2018).⁸

A escolha dos demais casos por Barroso foi comentada em artigo de Mendes (2019):

Descrever o cânone de decisões acertadas é uma forma tradicional e legítima de defender o trabalho das cortes, desde que se tome o cuidado de não se apropriar por completo do mérito pela vitória e reconheça a pluralidade de fatores sociais e políticos que a tornaram possível – sem presumir que, na ausência da corte, nenhum desses avanços teria ocorrido.⁹

Continuou Mendes na mesma publicação o alerta à Corte: “o cacoete da

7 Mendes, C. H. (2018). Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP. Folha de São Paulo on line. Recuperado em 14 de novembro, 2018, de <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>.

8 Barroso, L. R. (2018). Atravessando a tempestade em direção à nova ordem. Consultor Jurídico. Recuperado em 13 de fevereiro, 2019 de <https://www.conjur.com.br/2018-dez-28/luis-roberto-barroso-atravesando-tempestade>.

9 Mendes, C. H. (2019). Uma proposta com dez medidas elementares de ética para o STF. Consultor Jurídico. Recuperado em 13 de fevereiro, 2019, de <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/02/uma-proposta-com-dez-medidas-elementares-de-etica-para-o-stf.shtml>

autocomplacência não ajudará o tribunal a neutralizar os ataques em curso, nem a se preparar para o que vem pela frente. Seu senso de urgência e gravidade não está sintonizado com o do país”.

Logo, quando um juiz da Suprema Corte cria insegurança ao proferir sua decisão, a vida em sociedade e a atuação dos magistrados de instâncias inferiores é dificultada, pois o reflexo é imediato.

O Poder Judiciário vive da sua credibilidade, de sua legitimação. A falta de funcionalidade do STF se traduz em falta de legitimidade, que redundará em menos aceitação e pouca efetividade.

Para tanto, a análise da atuação da Corte passa, necessariamente, pela detecção de alguns motivos que se julga determinantes para o resultado da sua disfuncionalidade com produção de incerteza jurídica.

2.1 A MOROSIDADE NOS JULGAMENTOS: O CONTROLE DA PAUTA NAS MÃOS DO PRESIDENTE DA CORTE

Até a gestão do Ministro Jobim, quem organizava a pauta era o Secretário-Geral e essa gerência de processos era aceita por todos os ministros. Então, para uma racionalização do trabalho, o então secretário começou a centralizar a organização da pauta na presidência e, desde então, isso acontece rotineiramente. Portanto, quem determina a pauta do que vai ser julgado é o presidente do Supremo Tribunal Federal.

Vários ministros já reclamaram sobre essa atividade imperial de impor uma pauta com falta de funcionalidade¹⁰. A exemplo disso, recentemente, todos sabiam que existia densidade para rediscutir a questão do início do cumprimento de pena a partir do esgotamento do julgamento no segundo grau de jurisdição, mas no Supremo Tribunal Federal a preocupação era não pautar duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC n. 43/DF e ADC n. 44/DF), ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio que tratavam do assunto.

Claramente, a opção por não pautar referidos casos se deve ao fato de que a decisão poderia afetar o processo eleitoral e o caso da prisão do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Entretanto, centenas de réus mensalmente condenados são afetados por falta de uma decisão clara do plenário da Corte, já que nas turmas a questão se mostra controversa e produz resultados diferentes para os diversos réus, implantando uma jurisprudência lotérica ao sabor da distribuição dos processos.

2.2 A OPÇÃO POR DECISÕES UNIPessoais EM DETRIMENTO DAS DECISÕES COLEGIADAS

O Supremo Tribunal Federal é um colegiado e, nesta perspectiva, deveria sempre atuar nesta composição. Todavia, a atuação é expressada por meio de decisões unipessoais ou contrárias às definidas pelo plenário.

Os ministros são tidos como onze ilhas e essa característica de personalismo finda por

¹⁰ Consultor Jurídico. Ministros cobram mudanças na elaboração da pauta de julgamentos no Pleno do STF. Recuperado em 22 de março, 2018, de <https://www.conjur.com.br/2018-mar-21/ministros-cobram-mudancas-elaboracao-pauta-pleno-stf>

prejudicar o conjunto. Mendes (2018), defende que o Supremo Tribunal Federal se tornou um tribunal de onze bocas e onze canetas dotadas de poder para, sozinhas, tomar decisões que geram efeitos irreversíveis.

Em pesquisa realizada em 2018¹¹, ficou demonstrado o grau de insatisfação do jurisdicionado com a atuação da justiça como um todo e, por certo, o do principal órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A estatística a respeito da confiabilidade da instituição Poder Judiciário revela que foi atingida a significativa marca de 89,3% das pessoas entrevistadas que desconfiam do Poder Judiciário e 90,3% que afirmaram que ele [o Poder Judiciário] não trata a todos de maneira igual.

Os números corroboram as críticas de que ministros, aparentemente, jogam contra o plenário do Supremo. Esta tendência da Corte em se transformar num somatório de atuações individuais, que nem sempre formam um conjunto, já foi bem descrita, por exemplo, em texto de Falcão e Arguelhes (2017) ao escrever “O Supremo de 2016”, onde indicaram que os ministros agem contra o colegiado e, por ação ou omissão, assumem um poder de fazer política e políticas públicas que não lhes pertence, e a Constituição não deu poder decisório a ministros individualmente, apenas ao tribunal. “Quem deveria exercer o poder de ‘guarda da Constituição’ é o conjunto dos ministros reunidos em sessão”¹².

Justifica-se, então, as críticas ao processo de indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal e delas afloram ideias de, por exemplo, criar-se parâmetros objetivos quanto aos requisitos capacitários à investidura do cargo, em substituição aos conceitos indeterminados de notável saber jurídico e reputação ilibada. (Peixoto, 2017, p. 137).

Ribeiro (2015) elencou várias propostas de emenda à Constituição que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal que passam desde o estabelecimento de fixação de mandato para o Ministro do Supremo Tribunal Federal; disciplina do processo de escolha; alternância de escolha entre o Presidente da República e o Congresso Nacional; impedimento de exercício de mandato eletivo, cargo de Ministro de Estado ou presidente de partido político por um período de quatro anos após o afastamento, e inelegibilidade pelo mesmo prazo, a partir do afastamento efetivo de suas funções judiciais; criação de conselho para a escolha dos ministros; criação de Corte Constitucional.¹³

A evolução do problema ao ponto de se questionar a investidura no cargo, cujo pensamento, portanto, é de que “se não tem jeito, então troca”, demonstra a insatisfação com o modelo de atuação da Suprema Corte existente no país.

11 Murakawa, F. & Di Cunto, R. (2018). CNT/MDA: Quase 90% desconfiam da Justiça; Igreja é a mais confiável. Valor Econômico. Recuperado em 15 de novembro, 2018, de <https://www.valor.com.br/politica/5523181/cntmda-quase-90-desconfiam-da-justica-igreja-e-mais-confiavel>.

12 Falcão, J., & Arguelhes, D. W. (2017). Onze Supremos. O Supremo em 2016. Jota. Recuperado em 14 de novembro, 2018, de <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-individualismo-do-supremo-em-numeros-20122017>

13 Ribeiro, R. da S. (2015). O processo de indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise crítica. Textos para Discussão 174. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Recuperado em 27 de fevereiro, 2019, de <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td174>.

2.3 O DESCUMPRIMENTO DAS DECISÕES DO PLENÁRIO POR PARTE DE INTEGRANTES DA CORTE

As Súmulas foram incorporadas ao direito brasileiro como um método de trabalho destinado a facilitar a tarefa de controle então exercida pelo Supremo Tribunal Federal. (Leal, 1914-1985). Foram criadas, em 1963, mediante emenda ao Regimento Interno da Corte e concebidas originariamente como enunciados gerais e abstratos que visavam a informar rapidamente os Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal a respeito de qual era a orientação da Corte sobre determinada questão.

O Código de Processo Civil de 1973 e, suas posteriores reformas, manteve as técnicas de interpretação de aplicação para a uniformidade do direito. O incidente de uniformização de jurisprudência, a possibilidade de julgamentos monocráticos fundados em jurisprudência dominante e em súmulas (CPC/73, art. 557), julgamentos liminares de improcedência (CPC/73, art. 285-A), não recebimento de recursos contrários à súmula (CPC/73, art. 518, §1º).

O Código de Processo Civil de 2015 manteve a orientação da horizontalidade das decisões em seus artigos 498, 926 e 927.

Ainda assim, o que se vê nos julgamentos são agrupamento de posições em vez de discussão construtiva para o resultado final do julgamento.

Tramitam no Supremo três Mandados de Segurança em que permeia discussão a respeito da possibilidade de os Tribunais de Contas apreciarem a inconstitucionalidade de leis. A Súmula 347, traz em seu enunciado: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. (STF, Súmula 347. Enunciado aprovado na Sessão Plenária de 13/12/1963).

No Mandado de Segurança n. 25.888 MC/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi proferida decisão liminar, em 22/03/2006, suspendendo cautelarmente a decisão proferida pelo TCU (Acórdão nº 39/2006 /Processo TC nº 008.2010/2004-7), até o julgamento final do MS. Já no Mandado de Segurança n. 31.439 MC/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em 19/07/2012, foi indeferida liminar requerida em Medida Cautelar e o relator, quanto à ótica da inconstitucionalidade da Súmula 347, afirmou: “certo ato normativo há de ser apreciado em definitivo pelo Colegiado, prevalecendo, até aqui, porque não revogado”.

Por sua vez, no Mandado de Segurança n. 35.410 MC/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, em 15/12/2017, foram suspensos cautelarmente os efeitos do ato impugnado na TC 021.009/2017-1, em relação aos substituídos. No mais, foi determinado que, nos casos concretos submetidos à apreciação do TCU, este se abstenha de afastar a incidência dos §§2º e 3º dos artigos 7º e 17º da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017.

Ao que se nota é que nenhum destes julgamentos foi concluído pelo plenário, a Súmula 347 continua em vigor, o novo Código de Processo Civil impõe sua observância, os ministros individualmente descumprem a Súmula e a lei, gerando perplexidade entre os operadores do direito.

Da mesma forma ocorreu com a aplicação do enunciado da Súmula Vinculante 11:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Na prática, a despeito do tema sumulado (e vinculante), a realidade indica um total descompasso no caminho da Corte. Enquanto na Reclamação n. 19.501 AgR/SP, o Ministro-Relator Alexandre de Moraes validou a aplicação da algema em réu de 60 anos, durante audiência¹⁴, na Reclamação n. 24.756/SP, o Ministro-Relator Marco Aurélio anulou atos processuais porque o réu foi algemado indevidamente.¹⁵

Campos (2019), em alusão ao livro *A corrupção da inteligência*, do antropólogo Flávio Gordon, estabeleceu um paralelo com a ideia para gerar a expressão “a corrupção da jurisprudência”. Defendeu o autor:

A corrupção da jurisprudência é exatamente isso: um processo que degrada o pensamento dos magistrados, da jurisprudência e a médio prazo da própria lei. A princípio, lastreado na ideia de mudança, crítica e rejeição dos parâmetros estabelecidos, os quais foram conhecidos e aceitos pela sociedade (leia-se pelo homem de bem, talhados ao longo dos anos pelos saberes inerentes à realidade da vida), esse fenômeno tem provocado sérias distorções na interpretação e julgamento dos variados casos da Justiça Brasileira.¹⁶

O atual Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) foi aprovado também com o intuito de impor à Corte Suprema Brasileira o ônus a que ela é obrigada de gerar e manter a segurança jurídica, por meio de uma interpretação retrospectiva e unidade ao direito. Sobre o assunto, ressaltou Mitidiero (2017):

É claro que o Código conta com técnicas repressivas para outorgar unidade ao direito (recurso extraordinário, recurso especial, arts. 102, III, 105, III, CF, e 1.029, e embargos de divergência, art. 1.043) e uniformizar a sua aplicação (apelação, art. 1.009, agravo de instrumento, art. 1.015, e agravo interno, art. 1.021). Nada obstante, o que sobressai da sua leitura é o dever de as Cortes Supremas outorgarem unidade ao direito a fim de que a ordem jurídica passe a ser segura e capaz de prover liberdade e igualdade de todos perante o direito (art. 926), sendo instrumento para tanto o precedente (art. 927). Avulta da sua leitura ainda o dever de as Cortes de Justiça uniformizarem a interpretação de questões relevantes (art. 947) e repetidas (arts. 976 a 987), sendo instrumento para tanto a jurisprudência. Em ambos os casos, precedente e jurisprudência poderão ser objeto de súmulas (art. 926, §§ 1.º e 2.º). Além disso, manteve e ampliou os poderes do relator para estimular a adesão aos precedentes e à jurisprudência (art. 932).¹⁷

Nesse paralelo de ideias, a conclusão não poderia ser diferente. A perceptível ausência de consciência colegiada por parte dos “guardiões” da Constituição Federal, aliada à sujeição da

14 Consultor Jurídico (2018). STF valida algema em réu de 60 anos, durante audiência, sem fundamentação. Recuperado em 27 de fevereiro, 2019, de <https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/stf-valida- algema-reu-durante-audiencia-fundamentacao>.

15 Consultor Jurídico (2018). Marco Aurélio anula atos processuais porque réu foi algemado indevidamente. Recuperado em 27 de fevereiro, 2019, de <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/marco-aurelio-anula-atos-processuais-porque-reu-foi-algemado>.

16 Campos, P. dos R. (2019). A corrupção da jurisprudência. Estadão Blogs. Coluna Fausto Macedo. Publicado em 16 de janeiro, 2019. Recuperado em 17 de janeiro, 2019, de <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-corruptao-da-jurisprudencia/>

17 Mitidiero, D. (2017). Precedentes: da persuasão à vinculação. [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Suprema Corte a possíveis pressões do cenário atual em que foi envolvida, culminam em um Poder Judiciário sem autoridade, fraco, desprotegido, exposto e, pior, gerador de insegurança jurídica.

2.4 O EXERCÍCIO DO PEDIDO DE VISTAS TORNANDO INCONCLUSO O PENSAMENTO DA CORTE

O Supremo ainda se arrasta em relação aos pedidos de vista que não retornam à pauta e liminares que permanecem sem a apreciação do plenário.

A exemplo, dois importantíssimos casos pendentes de apreciação que tratam da outorga de medicamentos de alto custo, chamado de “Caso dos remédios” (RE 566.471/RN e RE 657.718/MG, ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio).

Este tema teve seu início de julgamento registrado como Repercussão Geral em 2007. Em 2016, foi à plenária e, na ocasião, após o voto dos Ministros Luiz Roberto Barroso e Edson Fachin, foi dada a vista para o gabinete do falecido Ministro Teori Zavascki, ocupado, atualmente, pelo Ministro Alexandre de Moraes, sem data definida para retornar à pauta.

Enquanto isso a preferência do Supremo Tribunal Federal foi julgar briga de galo (ADI 1856/RJ), furto de um galo e uma galinha (HC 121903/MG), briga de vizinhos (HC 82895/RJ), título de Campeão/1987 para o Flamengo ou Sport Club do Recife (RE 881864 AgR/DF), e vaquejada (ADI 5772/DF e ADI 5728/DF).

Que preferência é essa quando, na realidade, se tem um tema tão sensível à população brasileira a ser apreciado?

Falcão, Hartmann e Chaves (2014), ao elaborarem o “III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo”, publicado pela Fundação Getúlio Vargas, constataram que o Supremo Tribunal Federal demora, em média, 3,7 anos para apreciar pedidos de vista¹⁸, mesmo sabendo que pelo Regimento (art. 134)¹⁹, o prazo de apresentação para o prosseguimento da votação é até a segunda sessão ordinária subsequente.

Enquanto isso, acumulam-se sem solução casos afetados ao regime da Repercussão Geral. Considerando que as decisões tomadas até 22/05/2017 havia solucionado 400.625 processos nas instâncias de origem, o saldo é bastante negativo: há ao menos três processos sobrestados para cada um resolvido por julgamento de mérito de repercussão geral.²⁰ A média de julgamento atual não é suficiente para exaurir, em 8 anos, o estoque existente de temas pendentes de apreciação.

É insustentável que o Tribunal permaneça na situação atual, decidindo casos demais com celeridade de menos, e, pior, atravancando todas as demais instâncias com sobrestamentos

18 Falcão, J. Hartmann, I. A. & Chaves, V. P. (2014). III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo. FGV Direito Rio – Série Novas ideias em Direito. Recuperado em 10 de fevereiro, 2019, de <http://hdl.handle.net/10438/12055>

19 Art. 134. Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente.

20 Barroso, L. R. & Rego, F. M. (2018). Balanço de dez anos da repercussão geral: o que não funcionou e como aprimorar o sistema. Os Constitucionalistas. Recuperado em 21 de novembro, 2018, de <http://www.osconstitucionalistas.com.br/balanco-de-dez-anos-da-repercussao-geral-o-que-nao-funcionou-e-como-aprimorar-o-sistema>.

excessivos. Não há razão para que esse quadro permaneça, pois, o direito em vigor já oferece instrumentos adequados para resolver esta disfuncionalidade. Decidir menos casos com alto grau de importância, maior qualidade e mais rapidez é a principal contribuição que o STF pode dar ao País. (Barroso, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal, em face do elencado, deixou de ser um poder moderador para ser um poder tensionador da república, como asseverou Mendes (2018). Afinal, um tribunal que demora cerca de dezoito horas para julgar um Habeas Corpus (HC n. 152.752, julgado em 04/04/2018) não pode ser classificado como funcional e pacificador.

A atuação do Supremo Tribunal Federal deve gerar segurança jurídica. Para isso, deve ser um tribunal de poucas portas qualificadas de entrada, mas apenas uma saída, um único pensamento.

A insegurança jurídica econômica e social deve ser eliminada por julgamentos importantes advindos de uma pauta construída pela racionalidade do colegiado, evitando pedidos de vistas prolongados, com a visão na funcionalidade e geração de aceitação e legitimidade da Corte como parte de um sistema de solução de conflitos harmonioso, célere, eficaz e eficiente.

Cabe à doutrina alertar e coagir com a dogmática necessária, sob pena de alterações legislativas nem sempre adequadas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. O papel das Cortes Constitucionais. Luis Roberto Barroso. Jurisdição Constitucional e Debates Públicos. Recuperado em 15 de novembro, 2018, de <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>

BARROSO, L. R. Atravessando a tempestade em direção à nova ordem. Consultor Jurídico. Recuperado em 13 de fevereiro, 2019 de <https://www.conjur.com.br/2018-dez-28/luis-roberto-barroso-atravesando-tempestade>.

CAMPOS, P. dos R. A corrupção da jurisprudência. Estadão Blogs. Coluna Fausto Macedo. Publicado em 16 de janeiro, 2019. Recuperado em 17 de janeiro, 2019, de <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-corrupcao-da-jurisprudencia/>

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina.

DWORKIN, R. O império do direito. Trans. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes.

FALCÃO, J., & Arguelhes, D. W. Onze Supremos. O Supremo em 2016. Jota. Recuperado em 14 de novembro, 2018, de <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-individualismo-do-supremo-em-numeros-20122017>.

FILHO, M. G. F. Comentários à Constituição Brasileira. 5ª edição. São Paulo: Saraiva.

LEAL, V. N. (1914 – 1985). Passado e Futuro da Súmula do STF. Revista de Direito Administrativo. (1981, p. 1, 145). Rio de Janeiro: FGV.

MARINONI, L. G. (Coord.). O precedente na dimensão da segurança jurídica. A força dos precedentes. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed., p. 565. Salvador: Juspodivm

MENDES, C. H. Na prática, ministros do STF agriem a democracia, escreve professor da USP. Folha de São Paulo on line. Recuperado em 14 de novembro, 2018, de <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>

MENDES, C. H. Uma proposta com dez medidas elementares de ética para o STF. Recuperado em 13 de fevereiro, 2019, de <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/02/uma-proposta-com-dez-medidas-elementares-de-etica-para-o-stf.shtml>

PEIXOTO, L. S. D. Supremo Tribunal Federal 16 - Composição e Indicação de seus Ministros. 1ª edição. São Paulo: Método.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília. Recuperado em 20 de fevereiro, 2019, de http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf.

RIBEIRO, R. da S. O processo de indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise crítica. Textos para Discussão 174. Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Recuperado em 27 de fevereiro, 2019, de <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td174>.

SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

Supremo Tribunal Federal. Histórico do Supremo Tribunal Federal. Última atualização em 9 de novembro, 2012. Recuperado em 5 de março, 2019, de <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFHistorico>

ENGENHARIA SOCIAL TRANSNACIONAL E SUSTENTABILIDADE: UMA REVISÃO DA LITERATURA

Mário Jonas Freitas Guterres ¹

RESUMO: A engenharia social está inserida também nas agências internacionais de desenvolvimento, cabendo, assim, uma discussão ampla e pragmática quanto ao transnacionalismo e a sociedade moderna. As mudanças globais que se surgiram e as singularidades em que as ciências sociais e humanas, trazem para a discussão de reflexões sobre a experiência humana de integração global. Este estudo busca compreender, de forma mais profunda, as relações da engenharia social sob as perspectivas transnacionais e a sustentabilidade, mediante a constante necessidade de acompanhar a evolução das novas tecnologias e seus impactos na sociedade. As organizações supranacionais, transnacionais e nacionais, em torno da sustentabilidade, buscam soluções para os problemas globais, para uma vida humana sustentável. A natureza como conhecemos é interligada, não sendo dever apenas de uma nação, mas de todas cuidar para a sua preservação, bem como também o impacto a sua degradação também seja refletido em todos os países. Por fim, conclui-se que o debate para a sustentabilidade, bem como sobre o papel da engenharia social, assim como a segurança cibernética e de dados, é uma realidade a ser vivenciada pela sociedade moderna na busca pelo desenvolvimento da humanidade.

Palavras-chave: Engenharia social. Transnacional. Sustentabilidade.

ABSTRACT: Social engineering is also embedded in international development agencies, and thus a broad and pragmatic discussion of transnationalism and modern society. The global changes that have arisen and the singularities in which the social and human sciences bring to the discussion of reflections on the human experience of global integration. This study seeks to understand, in a deeper way, the relationships of social engineering under transnational perspectives and sustainability, through the constant need to follow the evolution of new technologies and their impacts on society. Supranational, transnational and national organizations around sustainability seek solutions to global problems for a sustainable human life. The nature as we know it is interconnected, it is not only the duty of a nation but of all care for its preservation, as well as the impact its degradation is also reflected in all countries. Finally, it is concluded that the debate on sustainability, as well as on the role of social engineering, as well as cybernetic and data security, is a reality to be experienced by modern society in the search for the development of humanity.

Keywords: Social engineering; Transnational; Sustainability.

¹ Licenciado em História, bacharel em Direito, mestre em relações internacionais. E-mail: mariojonasguterres@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

A construção de uma sociedade é baseada por meio de preceitos culturais, sociais e antropológicos. As relações com outros povos, outras nações, sempre foram importantes para a heterogeneidade das sociedades. A história da humanidade é marcada por conflitos de poder por diferentes povos, nações e culturas diversas.

As interações de poder entre Estados, nações, povos e empresas transnacionais resultaram em diversas zonas de conflito pelo mundo, bem como jogos de interesses tanto comerciais como políticos que buscaram o controle social da população na perspectiva do exercício do poder em países subdesenvolvidos e até mesmo em países de primeiro mundo.²

Com o advento das novas tecnologias e, neste contexto, o fato da internet ser global e ilimitada, é susceptível que a engenharia social se torne transnacional, e suas ações e reflexos sejam compreendidos em mais de uma nação, e o efeito colateral seja sentido em outros lugares.³

Assim como a engenharia social, a sustentabilidade vem ganhando espaço nas discussões políticas uma vez que muitos problemas ambientais vêm causando prejuízos financeiros e na saúde da população. A vida sustentável antes utópica por ambientalistas se tornou uma bandeira de governo.⁴

Atualmente, 25% das mortes de crianças e jovens no mundo estão relacionadas com as condições de degradação do meio ambiente, principalmente em países e grupos sociais pobres. As infecções respiratórias, doenças infectocontagiosas devido a falta de saneamento e acesso a água, desmatamento e mudanças na dinâmica climática, dentre outros aspectos, atingem a saúde da população mundial, e são consequências da degradação do meio ambiente em escala local e global.⁵

Desta forma, percebe-se que os prejuízos na qualidade de vida humana são uma realidade frente ao desequilíbrio na relação homem/meio ambiente. A perda da diversidade biológica, o uso de patentes, o desmatamento desenfreado, a poluição dos lençóis freáticos, o uso de pesticidas, dentre outras atividades, causam danos ao meio ambiente, diminuem a qualidade de vida da população, bem como dificultam o processo da prática do desenvolvimento sustentável em sua magnitude.

Freitas⁶ destaca que o período mais marcante de transformação do homem no meio ambiente ocorreu durante o século XX, a necessidade por alimentos foi dobrada frente ao crescimento da população mundial. O período que compreende os anos de 1960 a 2000 foi marcado pela duplicação da população mundial, que alcançou o quantitativo de 6 bilhões

2 VIANNA, C.. A Trilha de Papéis da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: tecnologias de cálculo e a obliteração da perspectiva dos povos impactados. Revista Antropológicas, 25, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.revista.ufpe.br/revistaantropologicas/index.php/revista/article/view/384/263>>. Acesso em: 30 Abr. 2018. Página.02, 2015.

3 FAVERA, R. B. S.; SILVA, R. L. Cibersegurança na União Europeia e no Mercosul: BIG data e Surveillance versus privacidade e proteção de dados na internet. Revista de Direito, governança e novas tecnologias. V. 2, n. 2. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/1490/pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018. Página.02 2016.

4 CASELLA, D. M. A.; LIZ, E. C. L. Estado ambiental de direito. Revista da UFSC. 2016. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/26916-26918-1-PB.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2018. Página.03, 2016

5 FREITAS, C. M. Um equilíbrio delicado: crise ambiental e a saúde no planeta. Rio de Janeiro: Garamond, 2011. Página.03, 2011

6 FREITAS, C. M. Um equilíbrio delicado: crise ambiental e a saúde no planeta. Rio de Janeiro: Garamond, 2011. Página.03, 2011

de pessoas. Com toda essa população vem as necessidades por alimentos, água, energia, e demais produtos que exigem diretamente os recursos naturais.

É, por meio da engenharia social transnacional, que o debate acerca da sustentabilidade ganha força, sobretudo com o advento de tecnologias de informação e comunicação como as redes sociais, ou ainda aplicativos de mensagens para celulares, que conectam o mundo e se transformam em uma ferramenta revolucionária da sociedade.⁷

Assim este estudo busca compreender, de forma mais profunda, as relações da engenharia social sob as perspectivas transnacionais e a sustentabilidade, mediante a constante necessidade de acompanhar a evolução das novas tecnologias e seus impactos na sociedade.

1 ENGENHARIA SOCIAL TRANSNACIONAL E SUSTENTABILIDADE

A sociedade transforma-se conforme as necessidades e interações pluriculturais que surgem. A necessidade de mudança e transformação é constante na sociedade moderna. As novas tecnologias, as mudanças climáticas, as novas relações sociais, de consumo e entre Estados, constituem um caminho na construção de uma sociedade mais humana e heterogênea.

Há ainda um comportamento mundial moldado sob o pensamento europeu de governança transnacional, sendo necessária uma análise quanto ao comportamento latino americano desta construção social, que é a transnacionalidade dos governos e das relações entre os Estados. Sendo uma região influenciada por governanças transnacionais, mas que não exprimem esta mesma característica.⁸

Esta afirmação aponta para características latino-americanas de governar, baseadas em influências exteriores, sem estabelecer e construir uma governabilidade transnacional originária, indicando como a administração regional está sempre na retaguarda dos avanços diplomáticos e influências mercadológicas de outras Nações mais desenvolvidas e influentes.

Neste contexto, o Brasil, que possui maior protagonismo no Mercosul, tem investido em ações multinacionais de forma a contribuir e construir relações que possam desenvolver projetos transnacionais, este projeto regional está sendo trabalhado no Brasil por muitos anos, na busca por um maior protagonismo regional e melhores acordos econômicos e desenvolvimento do país.⁹

A integração regional entre países, muitas vezes, mistura-se com o transnacionalismo, efetivamente diferentes, com uma nova cultura globalizada de participação em conjunto de políticas que possam contribuir para o desenvolvimento coletivo, e ao mesmo tempo, favorecer a aplicação de normativas em ambas as partes, de maneira a contribuir com interesses em

7 VIANNA, Catarina Morawska. Lições em engenharia social: a lógica da matriz de projeto na cooperação internacional. Horiz. antropol., Porto Alegre, v. 20, n. 41, p. 87-115, June 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832014000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 mar. 2018. Página.04, 2014

8 GOMES, M V P; MERCHAN, C R. Governança Transnacional: Definições, Abordagens e Agenda de Pesquisa. Rev. adm. contemp., Curitiba, v. 21, n. 1, p. 84-106, Feb. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552017000100084&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 mar 2018. Página.04, 2017

9 VIGEVANI, Tullo; RAMANZINI JUNIOR, Haroldo. Mudanças da inserção brasileira na américa latina. Lua Nova, São Paulo, n. 78, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452009000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 mar. 2018. Página.05, 2009

comum. Assim, a integração se transpõe para transnacionalismo.¹⁰

Os países sempre terão o desafio de compreender e se adaptar às mudanças globais, aprender a trabalhar em conjunto com outras nações e, principalmente, estarem preparados para as práticas dolosas de grupos internacionais, tanto empresas como países, que visem explorar de forma abusiva e ilegal o território de outra nação, bem como de grupos criminosos que transpõem suas práticas a outros países, como na atualidade podemos destacar o Estado Islâmico e o tráfico internacional de drogas.

Neste ponto, Lago et. al.¹¹ destacam que o tráfico de drogas tem se tornado um grande investimento ao crime organizado transnacional, e que conjuntamente com outras organizações criminosas que se cooperam como o mercado negro de venda de armas, o Estado brasileiro precisa estar preparado para combater e cooperar internacionalmente com outras instituições e países na desarticulação de uma organização criminosa transnacional. Sendo, inclusive, um dos pontos fundamentais na colaboração entre as polícias da maioria dos países.

Esta relação entre organizações policiais brasileiras e do exterior é de constante atualização e importância, em virtude que o crime está cada dia mais transnacional. Desta forma, não pode o Estado estar refém da jurisprudência territorial, se é possível estabelecer ações e acordos que vislumbram ações de combates a estes crimes organizados.

Por outro lado, a engenharia social, também inserida em estratégias e políticas afim de construir cooperações entre nações e sua aplicabilidade, compreende, dentre outras coisas, a capacidade social e institucional da mobilização de propostas e ações de maneira a utilizar a informação e a comunicação, por meios diplomáticos ou não, para atingir o objetivo final.¹²

A engenharia social está inserida também nas agências internacionais de desenvolvimento, cabendo, assim, uma discussão ampla e pragmática quanto ao transnacionalismo e a sociedade moderna. As mudanças globais que se surgiram e as singularidades em que as ciências sociais e humanas, trazem para a discussão de reflexões sobre a experiência humana de integração global.

Atualmente a sociedade global tem vivido uma crise ambiental devido o processo civilizatório moderno e as alterações realizadas pela humanidade no meio ambiente, ao longo dos séculos. A forma como a maior parte da população mundial vive, baseada no consumo exagerado e no descarte contínuo de resíduos que poluem a natureza colocam em risco a qualidade de vida do homem e o equilíbrio do meio ambiente.¹³

A autoproclamação do homem como único ser detentor de todas as formas de vida serviu como base para justificar o uso predatório dos recursos naturais, entretanto, mesmo após

10 MALLMANN, Maria Izabel; CLEMENTE, Isabel. Transnacionalismo, paradiplomacia e integração regional: o caso do Brasil e Uruguai. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, [S.l.], v. 16, n. 3, p. 417-436, nov. 2016. ISSN 1984-7289. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/23485/15064>>. Acesso em: 08 mar. 2018. Página.05, 2016

11 LAGO, T. R. et al. O tráfico de drogas como modalidade de crime organizado transnacional e as políticas sobre drogas no Brasil. *Cadernos de Direito Actual*. N. 6, 2017. Disponível em: <<http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/179/110>>. Acesso em: 9 mar 2018. Página.06, 2017

12 VIANNA, C.. A Trilha de Papéis da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: tecnologias de cálculo e a obliteração da perspectiva dos povos impactados. *Revista Antropológicas*, 25, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.revista.ufpe.br/revistaantropologicas/index.php/revista/article/view/384/263>>. Acesso em: 30 Abr. 2018 Página.06, 2015

13 CASELLA, D. M. A.; LIZ, E. C. L. Estado ambiental de direito. *Revista da UFSC*. 2016. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/26916-26918-1-PB.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2018. Página.07, 2016

a ocorrência de fenômenos ambientais nunca previstos e a sua associação com o uso irracional e irresponsável da natureza, o homem ainda tem se colocado no centro da questão ambiental. Alguns autores destacam que o atual pensamento preservacionista e ambientalmente correto ainda se encontra ancorado nos velhos hábitos antropocêntricos.¹⁴

Lago *et al.*¹⁵ destacam que o início da degradação ambiental começou com o sentimento de antropocentrismo, no qual o homem passou a se sentir orgulhoso da sua condição de superioridade em relação às outras espécies, e de total controle da natureza. Entretanto, após a constatação da degradação do meio ambiente, e a sua relação direta com as atividades do homem moderno, a condição de temporalidade da humanidade, a qual encontra-se ligada a existência de uma natureza equilibrada, ganhou destaque.

O pensamento do homem quanto a sua coexistência com a natureza sempre foi de dominação da fauna e da flora, e exploração dos recursos naturais para reserva de alimentos e de matéria-prima para as atividades humanas, sejam elas para subsistência ou para comercialização. A concepção de que a natureza é uma dádiva divina concedida por Deus para que o homem possa usufruir livremente e se desenvolver com base nos seus recursos, foi amplamente difundida durante séculos, servindo como argumento para a prática predatória ambiental.¹⁶

Entrando na esfera jurisdicional, é de difícil resolução as determinações para a regulação do mecanismo digital, uma vez que, sendo uma estrutura internacional, um site pode estar hospedado em outro país, com outra legislação e, assim, de difícil punibilidade. Por outro lado, é sempre complexo se discutir a regulação dos meios digitais sem adentrar no ferimento de direitos individuais e do espaço particular criando um ambiente de censura.¹⁷

E esta análise se estende ao meio empresarial, que deve se transformar e assimilar os mecanismos digitais de forma a se adaptar a esta nova realidade de mercado e de conversão ao entendimento das evoluções sociais a que a sociedade converge.

As empresas devem então estabelecer parâmetros de inteligência e informação de forma a se inserirem neste meio digital, em contraponto a desinformação e contribuindo para a construção de um ambiente digital seguro e com premissas confiáveis.¹⁸

Em meio a globalização da informação e a transformação da engenharia social para meios políticos, deve-se ao Estado fazer o uso qualificado e direcionado para a formação de pontes sociais e sustentáveis.

Estas compreensões estabelecem um contraponto de medidas da engenharia social, não somente no quanto a empresas devem estar preparadas e atualizadas, mas como os governos

14 ARANTES, E. B. O direito ambiental contemporâneo e a superação da perspectiva antropocêntrica. Revista Esmat, ano 3, n. 2. 2011. Disponível em: < http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/download/105/11>. Acesso em: 1 maio 2018. Página.07, 2011

15 LAGO, C. et al. Reflexões acerca da crise ambiental e condição humana. Revista eletrônica do mestrado em Educação Ambiental. v. 30, n. 1. 2013. Disponível em: < <https://periodicos.furg.br/remea/article/view/3458/2225>>. Acesso em: 1 maio 2018. Página.07, 2013

16 ARANTES, E. B. O direito ambiental contemporâneo e a superação da perspectiva antropocêntrica. Revista Esmat, ano 3, n. 2. 2011. Disponível em: < http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/download/105/11>. Acesso em: 1 maio 2018. Página.08, 2011

17 SILVA, E. R.; MENKE, F. Fake News, algoritmos e democracia: o papel do direito na defesa da sociedade aberta. Dissertação (bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 81 f. Porto Alegre, 2018. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/174556>>. Acesso em: 1 maio 2018. Página.08, 2018

18 MATSUSHITA, G. L. Monitoramento de redes sociais: análise de ferramenta com foco no retorno estratégico empresarial. Cornell University, 2016. Disponível em: < <https://arxiv.org/abs/1606.02545>>. Acesso em: 1 maio 2018. Página.08, 2016

e instituições, de maneira geral, nesta nova perspectiva da globalização, são fundamentais na construção de ferramentas sociais.

Neste sentido, sem se distanciar dos conceitos teóricos Torelly¹⁹, o autor complementa que:

Embora, evidentemente, distintas cortes apresentem distintos critérios de acesso, como tendência o elemento central a ser destacado é essa enorme abertura de possibilidades e, especialmente, o fato da articulação entre atores no espaço transnacional impactar inclusive os Estados nacionais. A ampliação e emergência de novos atores ilustra a mudança de um sistema eminentemente interestatal, no início do Século XX, para outro, altamente transversal, ao seu final. Como consequência, as categorias de legitimação tanto do direito doméstico, quanto do Direito Internacional, passam a ser questionadas. Perspectivas substantivas são gradualmente substituídas por outras, funcionais, em um processo em que projetos descritivos e normativos muitas vezes se confundem na formulação de categorias jurídicas.

Esta influência externa contribui na formação de constituintes importantes na integralidade da justiça. Sem ônus a ordem constitucional ou da perda da segurança jurídica, permite que a intervenção pontual dos atores do direito possa construir entendimentos em torno de conceitos e ideais já propagados e agregados na cultura nacional, sem deixar de ter a identidade nacional.

As tecnologias mudaram a forma como o mundo se integrou, como as sociedades e populações trocaram informações e interagem entre si. Estas novas tecnologias, avançaram as fronteiras dos Estados e tornaram-se uma questão global, não somente sob o ponto de vista da segurança da informação como também em relação aos crimes cibernéticos.²⁰

Os ciber ataques, antes relacionado com grupos de hackers procurando uma forma de roubar cidadãos, tornaram-se cada dia mais uma ferramenta do Estado na nova era das guerras modernas de informação. Nas eleições norte americanas, de 2016, houve rumores de que foi utilizada uma fake News na internet para favorecer o candidato Donald Trump. Ainda em fase de investigação, há a especulação de que o governo russo influenciou os eleitores americanos por meio das redes sociais com o objetivo de favorecer o candidato do seu interesse, sendo uma clara demonstração do transnacionalismo das ações cibernéticas.²¹

É, desta forma, uma análise profunda e compreensiva quanto ao direito como ciências humanas, que converge diante das mudanças sociais de uma sociedade, e não se restringe a letra fria da lei, mas sendo respaldado pela constituição história das leis e do reflexo que a sociedade imprime.²²

19 TORELLY, Marcelo. Do Direito Internacional a governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. Revista de Direito Brasileira, [S.l.], v. 15, n. 6, p. 20-46, dez. 2016. ISSN 2358-1352. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2990/2762>>. Acesso em: 25 mar. 2018. Página.09, 2016

20 FAVERA, R. B. S.; SILVA, R. L. Cibersegurança na União Europeia e no Mercosul: BIG data e Surveillance versus privacidade e proteção de dados na internet. Revista de Direito, governança e novas tecnologias. V. 2, n. 2. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/1490/pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018. Página.10, 2016

21 FAVERA, R. B. S.; SILVA, R. L. Cibersegurança na União Europeia e no Mercosul: BIG data e Surveillance versus privacidade e proteção de dados na internet. Revista de Direito, governança e novas tecnologias. V. 2, n. 2. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/1490/pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018. Página.10, 2016

22 PAZ, V. C.; LUZ, V. C. Novo constitucionalismo e mundialização do direito: notas sobre a atuação jurisdicional transnacional. Revista Justiça do Direito. V. 25, n. 2. 2011. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4003>> Acesso em: 25 mar. 2018. Página.10, 2011

2 METODOLOGIA

Este artigo faz uso do método de revisão da literatura. Este método de estudo ocorre mediante a seleção de diversas dissertações que tratam do tema pesquisado, possibilitando uma compreensão aprofundada do objetivo delimitado pelo pesquisador.

Segundo Prodanov e Freitas,²³ uma revisão da literatura busca reunir informações e resultados de diversos estudos que tratam sobre o tema, como uma forma de aprofundar a sua compreensão, e fornecer subsídios científicos para a formulação de novas hipóteses.

Foram selecionadas somente as dissertações disponíveis na íntegra nos bancos de dados de revistas e universidades brasileiras, portuguesas, espanholas e inglesas.

3 DISCUSSÃO

O transnacionalismo ambiental, por meio das estratégias de engenharia social, propõe, a partir dos novos modelos digitais e de comunicação do século XXI, uma outra forma de debater e negociar as composições de estratégias de desenvolvimento, sem esbarrar nos diálogos de preservação ambiental, e assim também corroborar com o direito internacional.

A sustentabilidade busca estabelecer parâmetros de sobrevivência da espécie humana, de forma a fomentar a governabilidade consciente, pautada nos moldes transnacionais de direitos humanos, ambientais e institucionais, e de responsabilidade das sociedades com o futuro.

O transnacionalismo está presente em diversos extratos sociais e institucionais, e é necessário que o espaço nacional esteja preparado para esta mudança que o multiculturalismo oferece, conforme ressaltado por Farias e Aquino²⁴:

Incapaz de lidar com a complexidade das dificuldades reveladas, os espaços nacionais pouco a pouco cedem lugar para a criação de uma esfera pública global, apta a enfrentar um novo tipo de cidadão, os cidadãos mundiais, transfronteiriços. Mas como toda fase de transição, o caminho a seguir revela-se incerto, envolto em intrigantes dilemas, porém, embora ainda desconhecida a moldura da nova engenharia social, é incontroverso que o momento histórico vivido requer atenção, consciência e ação voltados para a construção ou reconstrução de um novo espaço.

Com o avanço dos meios tecnológicos e de comunicação, a engenharia social surge como um problema de segurança e do direito internacional, uma vez que grupos maliciosos se utilizam desta estratégia para a prática de crimes cibernéticos, aumentando a vulnerabilidade dos sistemas e órgãos governamentais.

A transformação da dinâmica entre países com as mesmas características regionais trouxe um modelo de blocos econômicos, políticos, e, até mesmo, com regulamentação de

23 PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2 ed. Rio Grande do Sul: Universidade FEEVALE. 2013. Página.11, 2013.

24 FARIAS, D. G; AQUINO, S. R. F. O devir da cidadania mundial e sua engenharia social no século XXI: reflexões. Cadernos Zygmunt Bauman. V. 3, n. 5. 2013. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/1696/2556>> Acesso em: 25 mar. 2018. Página 11; 2013.

constituição jurídicas únicas. Entre elas está o surgimento da União Europeia, em 1993, do Mercosul – Mercado Comum do Sul fundado em 1991, da ANSEA – Associação das Nações do Sudeste Asiático, em 1967, dentre outros blocos regionais.²⁵

O Estado pode lançar-se na utilização da engenharia social para angariar apoio popular, e até mesmo de estados terceiros, afim de garantir o alcance de metas de interesse do governo. Estes métodos são muito utilizados em governos populistas, autoritários e, muitas vezes, compreende na guerra de informação e contrainformação para atingir seus objetivos.²⁶

Apesar do tema e temática não ser abordada em períodos pré-internet, é discutível que países como a Alemanha e Estados Unidos, no período da Segunda Guerra Mundial, utilizaram-se, profundamente, da engenharia social para angariar apoio popular para a guerra e, por outro lado, conseguir apoio de outras nações.

Farias e Aquino²⁷ discutem sobre a cidadania mundial, estabelecem que sujeitos atores globais estão inseridos na sociedade de maneira complexa e integral, de forma que a sua intrínseca relação social com o outro e com a sociedade em que vivem transforma as mudanças pragmáticas na construção de um mundo melhor e, conseqüentemente, na evolução da sociedade e da humanidade como um todo. Desta forma, os autores ressaltam que:

A Alteridade é a Esperança que viabiliza a constituição da Cidadania Mundial. Entretanto, é preciso esclarecer que esse projeto é um desafio permanente porque a cada diálogo, dificuldade, fragilidade, perda, comunhão haverá a necessidade de compreensão, de religação, de uma postura habitual na qual saiba o lugar da complexidade humana. A Engenharia Social – e axiológica – demanda a reconstrução de novos espaços capazes de tornar possíveis os (des) encontros entre a Terra e a tríade indivíduo-sociedade-espécie. A Cidadania Mundial é um fenômeno improvável. Essa é a característica que anima a sua constituição na vida de todos. A ausência da Esperança enquanto princípio político inviabiliza qualquer projeto de integração humana. A convivência torna-se incapaz de modificar e proteger o fenômeno humano, bem como as suas fragilidades. Sem o inconformado, o indignado contra as manifestações que descaracterizam a experiência de Ser humano não existirão utopias e tampouco esperanças capazes de viabilizar os devires nos quais constituem a vida planetária que pode vir a ser de Todos, com Todos e para Todos.²⁸

As mudanças interpostas na sociedade moderna não passam despercebidas pelos grupos dominantes, ou por grupos de extrema direita, sempre enraizados na construção de uma sociedade homogênea, mas que não recebe e percebe a identidade de uma cidadania mundial.

Em um momento em que as redes sociais e mídias sociais são constantemente manipuladas pelas Fake News, notícias falsas pulverizadas pela internet com o objetivo de

25 HERZ, M. et al. Organizações internacionais: história e práticas. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. Página 12; 2015.

26 PEREIRA, S. As representações territoriais e o processo de gestão do semiárido brasileiro (Sertão), 1985-2016. L'Ordinaire des Amériques [En ligne], 221 | 2016, mis en ligne le 17 novembre, 2016.
Disponível em: < <http://journals.openedition.org/orda/3032>>.
Acesso em: 1 maio 2018. Página 12; 2016.

27 FARIAS, D. G; AQUINO, S. R. F. O devir da cidadania mundial e sua engenharia social no século XXI: reflexões. Cadernos Zygmunt Bauman. V. 3, n. 5. 2013. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/1696/2556>>
Acesso em: 25 mar. 2018. Página 12; 2013.

28 FARIAS, D. G; AQUINO, S. R. F. O devir da cidadania mundial e sua engenharia social no século XXI: reflexões. Cadernos Zygmunt Bauman. V. 3, n. 5. 2013. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/1696/2556>>
Acesso em: 25 mar. 2018. Página 12; 2013.

manipular a informação para um objetivo específico, é natural que se entenda que a engenharia social possa estar inseparável da conjuntura política da construção eleitoral do país.

Esta compreensão se pontua na percepção de que a sociedade vem se tornando mais crítica à informação que lhe é fornecida pelos meios digitais, em um processo de zumbificação, onde toda informação é assimilada como verdadeira e fidedigna, como afirmam Leite e Matos:

O processo de zumbificação da informação tem a ver principalmente com a apatia gerada pelo ambiente digital. A falta de atenção ao lidar com a informação, seja produzindo, compartilhando ou consumindo, gera consequências desastrosas para o ato de se informar e para o desenvolvimento do conhecimento. A saída para este problema é, acima de tudo, uma retomada do pensamento crítico, uma conscientização ética dentro do meio digital e uma reflexão sobre qual futuro se deseja para a própria sociedade.²⁹

A construção de uma sociedade sustentável nasce de uma composição crítica do sujeito perante o meio em que vive, e esta visão crítica e construtivista deve partir inclusive das análises individuais em que o sujeito tem sobre si mesmo, e das estruturas organizacionais a que está submetido. Por outro lado, o Estado deve também atentar para a proteção do indivíduo, diante da exposição a conteúdo malicioso.

O homem moderno, com a utilização dos mecanismos digitais, transformou-se em ser mais conectado, socialmente ativo diante das interações a que é exposto. Neste sentido, as relações sociais do Estado e da sociedade expõem as composições ideológicas e narrativas sociais e, segundo Vianna:

[...] considera-se uma composição aquilo que os atores vislumbram como o campo do possível, definido por elementos (pessoas, coisas, categorias, nomes) recorrentemente postos em relação dentro de fronteiras de mundo continuamente delineadas, a cada atualização. As composições, constantemente constituídas no dia a dia e referência para a ação, são sucessivamente reconfiguradas a partir das conexões que efetivamente se dão no mundo dos beneficiários. Inscritas na diacronia, elas são intrinsecamente maleáveis e efêmeras. No caso da composição representada pela matriz, esta é iterada sucessivamente na forma como projetada, e não redelineada a cada atualização (a cada atividade realizada). Há o prolongamento no tempo de uma mesma composição (representada pela matriz) como referência para a ação. Eis a temporalidade subjacente ao trabalho de engenharia social: uma composição (representada pela matriz) que carrega em si uma dimensão diacrônica (a sucessão de eventos) é iterada sucessivamente tendo como suposto o vácuo social (sempre sincrônico).³⁰

Este entendimento se coloca na contramão da social participação do Estado, cada vez mais nos ambientes sociais, indica um vácuo da participação do Estado, que é preenchida por atores que compõem entidades e instituições, que visam seus próprios objetivos por meio da engenharia social.

29 LEITE, L. R. T.; MATOS, J. C. Zumbificação da informação: a desinformação e o caos informacional. Anais da CBBB, v. 26, 2017. Disponível em: <<https://anaiscbbd.emnuvens.com.br/anais/article/view/1961/1962>>. Acesso em: 1 maio 2018. Página 12; 2017.

30 VIANNA, Catarina Morawska. Lições em engenharia social: a lógica da matriz de projeto na cooperação internacional. Horiz. antropol., Porto Alegre, v. 20, n. 41, p. 87-115, June 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832014000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 mar. 2018. Página 13; 2014.

Sob uma perspectiva do direito internacional, Torelly³¹ compreendeu teorias que se puseram nos períodos históricos do direito internacional, conforme destaca a seguir:

[...] elemento diferenciador a ser destacado são os tipos de abordagens teóricas preponderantes ao longo de cada período. A primeira fase caracterizou-se pela influência do positivismo jurídico, de uma ideia de engenharia social e do atrelamento entre legitimidade e estatalidade. A segunda, pela ideia de balanço de poder, realismo funcionalista, e de disputa na construção de uma ordem global. A terceira fase mantém a influência funcionalista, mas se caracteriza pelo pragmatismo, pelo atrelamento entre legitimidade e expertise, e pelo humanismo de matriz liberal implícito na ideia de um discurso técnico dos direitos fundamentais capaz de superar contextos políticos hostis.

Desta maneira, discute-se como a engenharia social pode contribuir no direito internacional e como pode ser um elemento transformador, seguindo uma corrente transnacional de mudanças na jurisprudência, e ainda dentro da concepção pragmática, de uma construção de sustentabilidade.

Por outro lado, é possível conceber que as empresas transnacionais utilizaram da engenharia social para se manterem em condições de explorações constantes desenfreados, em uma ótica desenvolvimentista de governos que abriram mão da fiscalização e controle dos recursos hídricos para buscarem essas empresas, como afirma Alves:

Até o presente momento, a comunidade internacional se absteve da criação de normas jurídicas específicas de cumprimento obrigatório que submetesse as empresas transnacionais, apesar da gravidade das atividades violadoras de direitos humanos e de direitos ambientais que essas empresas realizam com elevado grau de impunidade. Acompanhamos um processo relativamente rápido e intenso de crescimento de preocupação com o meio ambiente, sobretudo a partir da década de 1970, mas ainda assim nenhuma medida vinculante foi imposta às empresas transnacionais, e muito disso se deve ao poder econômico e político exercido por atividades de lobby e pressão sobre o mercado. E é esse mesmo fator que continuará constituindo o maior óbice à punição eficaz dessas grandes empresas. As diversas atividades internacionais e os tratados assinados em alguns momentos da história chegaram a cogitar a criação de normas limitadoras a essas empresas, mas ao primeiro sinal de reação vívida por parte desses atores mundiais a comunidade internacional recuava. A bandeira hasteada pelas grandes empresas sempre adota o discurso do liberalismo econômico e, sob esse pretexto, continua bebendo incansavelmente da fonte limitada dos recursos naturais e destruindo o meio-ambiente, violando direitos humanos e praticando transgressões de toda espécie.³²

Desta maneira, a engenharia social utilizada procurou estabelecer um campo fértil de exploração sem qualquer compreensão de sustentabilidade ou preocupação de preservação ambiental.

Ruediger³³ compreende que a utilização da tecnologia em prol do antagonismo

31 TORELLY, Marcelo. Do Direito Internacional a governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. Revista de Direito Brasileira, [S.l.], v. 15, n. 6, p. 20-46, dez. 2016. ISSN 2358-1352. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2990/2762>>. Acesso em: 25 mar. 2018. Página 13; 2017.

32 ALVES, B. M. Crimes ambientais corporativos e a necessidade de regulamentação das empresas transnacionais. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/185385>>. Acesso em: 30 abr. 2018. Página 14; 2017.

33 RUEDIGER, M. A. Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos a democracia e processo eleitoral de 2018. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18695/Robos-redes-sociais-politica-fgv-dapp.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 25 mar. 2018. Página 14; 2017.

democrático possibilita então a inserção de mecanismos não legítimos ao Estado de direito, e assim constituir uma ferramenta para confundir o público e manipular a opinião pública, sendo cada vez mais utilizada no exterior:

A internet e as redes sociais se converteram em campo importantíssimo, crescente, e dinâmico do debate público e da disputa de narrativas, que levam à busca de hegemonias na política. Essa realidade abre espaço para discussões legítimas e factuais, mas também para discursos corsários, não legítimos e não factuais (fake news). Somado a este ambiente fértil para a disseminação opiniões, a automatização de ferramentas de publicação possibilitou o surgimento e a propagação de robôs — contas controladas por softwares se fazendo passar por seres humanos que já dominam parte da vida nas redes sociais e participam ativamente das discussões em momentos políticos de grande repercussão.

Esta questão é tão recente que nem mesmo os governos e órgãos de Estado estavam preparados para este evento. As especulações avançam ainda no sentido de governos autoritários, como o da Coreia do Norte, que utilizam da ferramenta hacker para atacarem outros países, afim de garantir, não somente informações privilegiadas, mas também para praticar atos de ciberterrorismo.

A engenharia social visa o planejamento e, mesmo diante das mudanças de objetivos, precisa seguir nos trilhos do que antes fora planejado e, assim, dentro de uma organização delineada e estruturada, busca estabelecer pilares de ações de engenharia social.

Pode-se ver então a engenharia social no campo da educação ambiental, de forma a conscientizar e promover a sustentabilidade por meio de ações e estratégias comunicativas de interlocução para suplantar no indivíduo a retórica de construção de um espaço desenvolvido com uma sensibilização do pensamento sustentável.³⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo como conhecemos hoje não será o mesmo daqui alguns anos, e assim foi em séculos anteriores, a cada ano as transformações sociais e climáticas da Terra vem se transformando em ritmo acelerado, as tecnologias e a exploração humana aos recursos naturais vem crescendo, tornando-se um problema para as futuras gerações.

A engenharia social surge tanto como problema para as nações e sociedades, como também como solução para a resolução das questões de sustentabilidade e da mudança de panorama socioambiental das nações.

A segurança cibernética desenvolvida e aprimorada faz parte de uma nova perspectiva de debates transnacionais, em tempos de terrorismo e ciberterrorismo a segurança nacional e das pessoas é tema frequente nos programas políticos e de governo.

As organizações supranacionais, transnacionais e nacionais, em torno da sustentabilidade, buscam soluções para os problemas globais, para uma vida humana

34 DUARTE, R. M. Legislação ambiental, educação ambiental e formação do sujeito ecológico. Dissertação (Especialização em Educação Ambiental) – Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2014. 38 f. Disponível em: <<http://repositorio.ufsm.br/handle/1/757>>. Acesso em: 1 maio 2018. Página 15; 2014.

sustentável. A natureza como conhecemos é interligada, não sendo dever apenas de uma nação mas de todas cuidar para a sua preservação, bem como também o impacto a sua degradação também seja refletido em todos os países.

Por fim, conclui-se que o debate para a sustentabilidade, bem como sobre o papel da engenharia social, assim como a segurança cibernética e de dados, é uma realidade a ser vivenciada pela sociedade moderna na busca pelo desenvolvimento da humanidade.

O uso de novas tecnologias pode estar inserido em um contexto de bem estar social, assim como na busca pela sustentabilidade, nas camadas populares e de governos. Sendo importante o homem, o Estado, e as organizações não governamentais, nacionais e transnacionais, estarem aptos a compreender, estudar e aplicar estas tecnologias para o bem da humanidade e do planeta.

REFERÊNCIAS

ALVES, B. M. Crimes ambientais corporativos e a necessidade de regulamentação das empresas transnacionais. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/185385>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

ARANTES, E. B. O direito ambiental contemporâneo e a superação da perspectiva antropocêntrica. Revista Esmat, ano 3, n. 2. 2011. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/download/105/11>. Acesso em: 1 maio 2018.

CASELLA, D. M. A.; LIZ, E. C. L. Estado ambiental de direito. Revista da UFSC. 2016. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/26916-26918-1-PB.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2018.

DUARTE, R. M. Legislação ambiental, educação ambiental e formação do sujeito ecológico. Dissertação (Especialização em Educação Ambiental) – Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, 2014. 38 f. Disponível em: <<http://repositorio.ufsm.br/handle/1/757>>. Acesso em: 1 maio 2018.

FARIAS, D. G; AQUINO, S. R. F. O devir da cidadania mundial e sua engenharia social no século XXI: reflexões. Cadernos Zygmunt Bauman. V. 3, n. 5. 2013. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/1696/2556>> Acesso em: 25 mar. 2018.

FARIAS, D. G; AQUINO, S. R. F. O devir da cidadania mundial e sua engenharia social no século XXI: reflexões. Cadernos Zygmunt Bauman. V. 3, n. 5. 2013. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/1696/2556>> Acesso em: 25 mar. 2018.

FAVERA, R. B. S.; SILVA, R. L. Cibersegurança na União Europeia e no Mercosul: BIG data e Surveillance versus privacidade e proteção de dados na internet. *Revista de Direito, governança e novas tecnologias*. V. 2, n. 2. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/1490/pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

FREITAS, C. M. Um equilíbrio delicado: crise ambiental e a saúde no planeta. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

GOMES, M V P; MERCHAN, C R. Governança Transnacional: Definições, Abordagens e Agenda de Pesquisa. *Rev. adm. contemp.*, Curitiba, v. 21, n. 1, p. 84-106, Feb. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552017000100084&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 mar 2018.

HERZ, M. et al. Organizações internacionais: historia e praticas. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

LAGO, C. et al. Reflexões acerca da crise ambiental e condição humana. *Revista eletrônica do mestrado em Educação Ambiental*. v. 30, n. 1. 2013. Disponível em: < <https://periodicos.furg.br/remea/article/view/3458/2225>>. Acesso em: 1 maio 2018.

LAGO, T. R. et al. O tráfico de drogas como modalidade de crime organizado transnacional e as políticas sobre drogas no Brasil. *Cadernos de Direito Actual*. N. 6, 2017. Disponível em: <<http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/179/110>>. Acesso em: 9 mar 2018.

LEITE, L. R. T.; MATOS, J. C. Zumbificacao da informação: a desinformação e o caos informacional. *Anais da CBBB*, v. 26, 2017. Disponível em: <<https://anaiscbbd.emnuvens.com.br/anais/article/view/1961/1962>>. Acesso em: 1 maio 2018.

MALLMANN, Maria Izabel; CLEMENTE, Isabel. Transnacionalismo, paradiplomacia e integração regional: o caso do Brasil e Uruguai. *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, [S.l.], v. 16, n. 3, p. 417-436, nov. 2016. ISSN 1984-7289. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/23485/15064>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

MATSUSHITA, G. L. Monitoramento de redes sociais: analise de ferramenta com foco no retorno estratégico empresarial. Cornell University, 2016. Disponível em: < <https://arxiv.org/abs/1606.02545>>. Acesso em: 1 maio 2018.

PAZ, V. C.; LUZ, V. C. Novo constitucionalismo e mundialização do direito: notas sobre a atuação jurisdicional transnacional. *Revista Justiça do Direito*. V. 25, n. 2. 2011. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4003>> Acesso em: 25 mar. 2018.

PEREIRA, S. As representações territoriais e o processo de gestão do semiárido brasileiro (Sertão), 1985-2016. *L'Ordinaire des Amériques* [En ligne], 221 | 2016, mis en ligne le 17 novembre, 2016. Disponível em: < <http://journals.openedition.org/orda/3032>>. Acesso em: 1 maio 2018.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2 ed. Rio Grande do Sul: Universidade FEEVALE. 2013.

RUEDIGER, M. A. Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos a democracia e processo eleitoral de 2018. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18695/Robos-redes-sociais-politica-fgv-dapp.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 25 mar. 2018.

SILVA, E. R.; MENKE, F. Fake News, algoritmos e democracia: o papel do direito na defesa da sociedade aberta. Dissertação (bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 81 f. Porto Alegre, 2018. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/174556>>. Acesso em: 1 maio 2018.

TORELLY, Marcelo. Do Direito Internacional a governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. *Revista de Direito Brasileira*, [S.l.], v. 15, n. 6, p. 20-46, dez. 2016. ISSN 2358-1352. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2990/2762>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

VIANNA, C.. A Trilha de Papéis da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: tecnologias de cálculo e a obliteração da perspectiva dos povos impactados. *Revista Antropológicas*, 25, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.revista.ufpe.br/revistaantropologicas/index.php/revista/article/view/384/263>>. Acesso em: 30 Abr. 2018

VIANNA, Catarina Morawska. Lições em engenharia social: a lógica da matriz de projeto na cooperação internacional. *Horiz. antropol.*, Porto Alegre , v. 20, n. 41, p. 87-115, June 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832014000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 mar. 2018.

VIGEVANI, Tullo; RAMANZINI JUNIOR, Haroldo. Mudanças da inserção brasileira na América latina. *Lua Nova*, São Paulo , n. 78, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452009000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 mar. 2018.

UNDERCRIMINALIZATION E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Newton Ramon Cordeiro De Lucena¹
José Alberto Oliveira de Paula Machado²

RESUMO: A subincriminação da improbidade administrativa apresenta reflexão sobre a judicialização da política e o equilíbrio dos poderes do Estado, já que se trata de instrumento sancionatório administrativo-político de controle do princípio republicano e da moralidade administrativa exercido pelo Poder Judiciário em face de atos administrativos dos demais poderes. Busca-se compreender a *undercriminalization* (subincriminação), desenvolvido na Oxford University Press, ou seja, o fenômeno que ocorre quando o regime jurídico não-penal prevê sanções mais rigorosas que no âmbito penal, e questiona-se se diante disso deve submeter ao mesmo regime de garantias processuais que o criminal. Ademais, será demonstrado a sobreposição de normas do direito penal em relação aos ilícitos de improbidade administrativa e as implicações jurídicas advindas, ou seja, quando contém a mesmo conteúdo de norma, no fenômeno denominado direito penal envergonhado. Portanto, estabelecer a harmonização e coerência técnica do procedimento sancionatório no ordenamento jurídico brasileiro evitando-se a fragilização de garantias e uma dupla punição pelo mesmo fato é o grande objetivo da pesquisa, estabelecendo limites ao poder punitivo do Estado.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. *Undercriminalization*. Subincriminação. Direito criminal.

ABSTRACT: The undercriminalization of the administrative action against misconduct in public office reflects on the judicialization of politics and the balance of the powers of the State, since it is an administrative and political sanctioning instrument to control the republican principle and administrative morality exercised by the Judiciary in the face of administrative acts of the other powers. It seeks to understand undercriminalization, developed at Oxford University Press, that is, the case that was submitted to the non-criminal legal regime of actions more stringent than the criminal law, and the questionnaire was submitted to the same system of procedural guarantees that the criminal. In addition, there will be an overlapping of norms of criminal law in relation to those disregarded by administrative improbity and the legal policies arising, that is, when it contains the same content of norm, without processes called criminal law embarrassed. The harmonization and technical coherence of the sanctioning in the Brazilian rules order avoiding a weakening of guarantees and a double punishment for the same effect

1 Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí-SC. Defensor Público do Estado do Amazonas. E-mail: newton.ramon.lucena@gmail.com

2 Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC/PR. Membro da Associação Brasileira de Direito e Economia. Defensor Público do Estado de Rondônia. Email: <jose.machado@defensoria.ro.def.br>

is the great objective of the research, defining limits to the punitive power of the State.

Keywords: Action against improbity conduct. Undercriminalization. Criminal law.

INTRODUÇÃO

A pesquisa científica apresenta o método dedutivo e dialético, a partir do referencial teórico discutido do instituto da *undercriminalization*, desenvolvido na Oxford University Press.³ Tal fenômeno verifica-se no regime sancionatório brasileiro através do diploma legislativo da improbidade administrativa. A distinção entre ilícito penal e administrativo ditou a tônica no direito alemão com reflexos no português, a concepção da contraordenação como sanção para-penal que emerge nesse cenário como instrumento punitivo distinto do penal.

Essa diretriz não fora seguida pelo Brasil, que não se pautou em critério técnico apto para distinguir o ilícito administrativo do penal, o que muito se assemelha ao modelo espanhol, ou seja, não há diferenciação substancial entre eles.

Como objetivo periférico demonstrar o conceito e as espécies dos atos de improbidade administrativa como instrumento sancionatório brasileiro de controle do regime de governo republicano e da Administração Pública. Com efeito, em seguida será demonstrada a configuração do *checks and balances* brasileiro, em que há o efetivo controle judicial da moralidade administrativa pelo Poder Judiciário de atos da Administração Pública.

Como terceiro objetivo se buscará identificar a natureza ontológica da improbidade administrativa e assim averiguar o regime sancionatório aplicável, para tanto, é essencial resolver a seguinte pergunta: quando o regime jurídico administrativo prevê sanções mais rigorosas que no âmbito penal, necessariamente deve se submeter ao mesmo regime de garantias fundamentais que o criminal?

Em concreto, o principal problema residirá em saber a interação e sobreposição de normas do direito penal em relação aos ilícitos de improbidade administrativa, ou seja, quando contém a mesmo conteúdo de norma, no fenômeno denominado *direito penal envergonhado*.⁴

1 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTRUMENTO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 FUNDAMENTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A nova ordem constitucional brasileira de 1988, manifestamente previu a moralidade como princípio orientador da Administração Pública, e por reflexo, consagrou a necessidade de tutelar a probidade administrativa.⁵

3 Ashworth Andrew and Zedner Lucia. Preventive orders: A problem of undercriminalization? In: The Boundaries of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2010.

4 Termo utilizado para designar quando a mesma norma e mesma redação é tipificada no direito penal e no direito administrativo. NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 27.

5 FIGUEIREDO, Marcelo. Comentários ao art. 37, §4º da Constituição federal de 1988. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p.832.

Não é pacífico na doutrina o grau de relação entre a probidade e moralidade administrativa. A moralidade, para alguns, assume uma concepção mais ampla, na qual a probidade seria um subprincípio. Por outro lado, há entendimento de que moralidade e probidade são equivalentes, de modo que a improbidade é a flagrante lesão à moralidade.⁶

O princípio republicano é um dos fundamentos da defesa da moralidade da Administração Pública, porque rompe com a lógica de privilégios hereditários monárquicos, dimensionando a igualdade entre todos os indivíduos no Estado democrático de Direito na lógica do exercício da função pelos agentes públicos.

Como decorrência da ideia republicana de zelo pela *res pública* implica inegavelmente a existência de regime jurídico de responsabilização, pautado pelo atingimento cuidado e pela coisa e interesse público.

Sobre o princípio republicano, Canotilho pontua com propriedade:

“A República Portuguesa incorpora aquilo que sempre se consolidou como princípio republicano por excelência: a concepção de função pública e cargos públicos estritamente vinculados à prossecução dos interesses públicos (art.269) e do bem comum (*res pública*) e radicalmente diferenciados dos assuntos ou negócios privados dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes dos poderes públicos (*res privada*). Por isso se estabelecem inelegibilidades destinadas a garantir a isenção e independência do exercício dos cargos públicos e se prescreve a responsabilidade criminal, civil e disciplinar dos titulares dos cargos políticos”. E ainda consigna: “A forma republicana de governo recolhe e acentua a ideia antiprivilégio no que respeita à definição dos princípios e critérios ordenadores ao cargo público”⁷.

Consequência disso é a tutela da probidade quando o constituinte originário brasileiro quando afirma que é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º da Constituição Federal.

2.2 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: CONCEITO E ESPÉCIES

A sanção do ato de improbidade administrativa tem baliza constitucional na moralidade administrativa, de modo que importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, conforme previsão constitucional sobredita.

O critério utilizado pelo legislador foi da *ratione materiae*, ou seja, classificou os atos de improbidade em três categorias de acordo com os valores ofendidos pelos atos.⁸ Desse modo, houve a preocupação da Constituição do Brasil em estabelecer as penas para o ato de improbidade administrativa, em específico consagrou que são sanções basilares da improbidade: a suspensão dos direitos políticos; a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo, Atlas, 2005. p. 709.

7 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. p 229.

8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 162-163.

A partir da lei nº. 8.429/92 houve a concretização da tipificação dos atos de improbidade administrativa quando importam enriquecimento ilícito (art.9º); causem prejuízo ao erário (art.10º), ou atentam contra os princípios da administração pública (art.11º).

O legislador infraconstitucional tipificou variadas condutas que importem enriquecimento ilícito. Para essa categoria, o critério pautou-se no acréscimo indevido do patrimônio pelo agente público em razão do exercício do cargo, não implicando necessariamente uma perda patrimonial da Administração Pública, devendo para tanto existir o dolo da conduta.

Já os atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário, por outro lado, têm outro critério determinante, pois não se verifica o enriquecimento ilícito ao agente público, mas sim o prejuízo ao patrimônio público.

Por fim os atos de improbidade que atentem contra os princípios da administração pública referem-se à infringência da norma prevista no artigo 11º, aplicando somente residualmente caso não incida na violação dos princípios nas outras modalidades, tratando-se, assim, de soldado de reserva.⁹

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CHECKS AND BALANCES

Gradativamente três poderes foram se estruturando, no que se denomina de teoria *tripartition des pouvoirs*.¹⁰ Como consequência disso, deve-se operar a irradiação princípio liberal da legalidade, e subordinação da Administração ao princípio da juridicidade (lei e Direito), o que pressupõe controle e tutela jurídica plena e efetiva.¹¹

A depender da opção de cada constituinte originário, pode haver um controle externo maior ou menor a ser exercido pelo Poder Judiciário em face da Administração Pública, o que nos permite desde já refletir qual opção política brasileira. A constituição brasileira decorreu da transição de um período de ditadura militar para o regime democrático. Verificou-se uma tendência de desconfiança do Poder executivo, em razão do quadro de arbítrio e abuso de garantias.¹²

Diante disso, quanto ao modo de estabelecer a harmonização entre os outros poderes e o Poder executivo, optou-se por um maior controle do Poder Executivo, pautado no pensamento *Whig* inglesa (*whiggism*) que via no executivo “um real perigo de cometimento de arbitrariedades públicas e de corrupção”.¹³

9 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa. 3ª.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 370-390.

10 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Trad.: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

11 “o princípio da tutela judicial plena e efetiva – o poder judicial, actualmente dotado de poderes de plena jurisdição (apreciação, anulação e condenação), pode e deve controlar, quer a legalidade (em sentido estrito, de conformidade às normas escritas de valor legislativo ou regulamentar), quer a juridicidade (no sentido de conformidade ao Direito, incluindo os princípios jurídicos fundamentais) da atividade administrativa” VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Lições de Direito Administrativo. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017. p. 50-52.

12 O tema do controle judicial da Administração Pública não foi objeto de um projeto específico pela Assembleia nacional constituinte de 1987/88. O depósito de confiança em determinadas instituições em detrimento de outras explica várias escolhas tomadas pela Assembleia Nacional Constituinte, dentre elas a ampliação de controle. Assim, as instâncias controladoras em geral foram as grandes vitoriosas do processo constituinte. No vácuo da derrocada do Executivo autoritário, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas e Polícia tiveram, de modo geral, atribuições e poderes expressamente na carta constitucional. NETO, Floriano de Azevedo Marques; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Controle judicial da Administração Pública: um projeto constitucional? In Poder judiciário: políticas públicas, v. 2. São Paulo: Almedina, 2018. ISBN 978-858-49-3325-9. p. 23-25.

13 Shapiro, Scott. Legality. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

3 PROBLEMA CIENTÍFICO – NATUREZA JURÍDICA DO ILÍCITO DE IMPROBIDADE

3.1 TEORIAS QUANTO AO CARÁTER ONTOLÓGICO DA IMPROBIDADE

Há quem sustente a natureza cível (político-administrativa) da improbidade administrativa.¹⁴ O conhecimento da temática implica efeitos pragmáticos quanto ao regime sancionatório aplicável.

Em que pese a afirmação categórica, não há fundamentação do caráter ontológico quanto ao ilícito de improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. Esse ponto chega a ser enfrentado por Celso Antônio Bandeira de Mello para quem “não haveria um grau material ou substancialmente falando para diferenciar o ilícito administrativo do penal”.¹⁵ Assim, o sistema jurídico brasileiro adotou o mesmo critério do direito espanhol em não distinguir as infrações administrativas das penais.

Com base nisso construiu-se uma concepção formalista para caracterizar a relação jurídica. Se o órgão tivesse imbuído de funções predominantemente administrativas estaria diante de uma decisão administrativa e conseqüentemente se trataria de ilícito administrativo, ao passo que se houvesse uma decisão punitiva com emanando uma decisão judicial, já seria ilícito penal.¹⁶

Assim, os respeitáveis doutrinadores brasileiros, na fundamentação do critério ontológico, adotam o critério organicista-formalista para distinguir os ilícitos, passando necessariamente pelo critério do órgão prolator da decisão.¹⁷

Tal critério encontra embasamento numa concepção de rígida separação dos poderes em que o Poder Judiciário tem o múnus punitivo como órgão estatal, não cabendo ao poder executivo ou legislativo essa incursão nos direitos em face de terceiros particulares.

No sistema espanhol, os ilícitos administrativos estão submetidos a um regime de garantias fundamentais semelhantes aos de natureza penal, já que não há critério técnico diferenciando as duas infrações e, portanto, ambos devem estar sujeitos ao mesmo regime jurídico.¹⁸

O sistema brasileiro se distanciou do modelo espanhol, de modo que, em regra, as punições decorrentes de infrações administrativas serão realizadas pela autoridade administrativa no exercício da função correlata. Contudo, quanto à improbidade administrativa, o sistema é convergente, pois consagrou a punição do ilícito pela autoridade judicial, tratando-se de um critério misto.

Com efeito, quanto ao órgão que faz o controle, o sistema, especialmente quanto à improbidade administrativa e alguns ilícitos administrativos teve reflexos do direito francês que permite as sanções administrativas jurisdicionais. Em outras palavras, permite-se o controle

14 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Improbidade administrativa – Prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Atlas, 2012.

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 863.

16 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e sanções administrativas. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p.397.

18 PUERARI, Adriano Farias. O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro. Dissertação de Mestrado em ciência jurídico-políticas, menção em direito administrativo. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. p. 33-34.

punitivo pelo Poder Judiciário de ilícitos administrativos, apesar de não observar a simetria quanto ao modelo francês de jurisdição administrativa.¹⁹

A partir dessa visão, poder-se-ia sustentar a natureza penal, uma vez que a lei de improbidade administrativa previu expressamente como atribuição do Poder Judiciário a apreciação e julgamento de todos os atos de improbidade administrativa.

Por outro lado, ganha força a concepção materialista quanto ao ilícito de improbidade. Por essa corrente, tendo como expoente o doutrinador Osório, para quem:

A sanção administrativa é um mal ou castigo, porque dela tem efeitos afilitivos, com alcance geral e potencialmente para o futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado.²⁰

Por essa teoria é possível justificar a natureza administrativa da sanção de improbidade, mesmo que haja o controle pelo poder judiciário. Portanto, a imputação de sanção administrativa ocorre não apenas por parte da Administração Pública, mas também das autoridades judiciárias, tratando-se assim de ponto marcante da principal característica do regime jurídico do direito administrativo sancionador brasileiro.

3.2 UNDERCRIMINALIZATION E OS ILÍCITOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A crítica científica deste trabalho é quanto ao *frankenstein* jurídico praticado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em razão da incoerência e com efeitos nefastos para o sistema de garantias fundamentais em matéria *jus puniendi* do Estado quando transplanta a mesma norma do direito penal para o direito administrativo.

O direito penal brasileiro tipifica como crime contra a administração pública a figura da corrupção passiva afirmando que 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, conforme previsão do art. 317, Código Penal Brasileiro.

Com efeito, a lei de improbidade administrativa semelhantemente pune a conduta de receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, consoante disposto no art. 9º, I, da Lei nº. 8.429.

No exemplo acima, assim como em parte significativa dos dispositivos da lei de improbidade administrativa, ocorreu o fenômeno da sobreposição das normas penais ao regime jurídico administrativo.²¹ Não bastasse a mesma tipificação, é preocupante quando a

19 OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 96.

20 OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 106-107.

21 O sobreposição traz à "tona um grupo de modalidades sancionadoras administrativas que, pelo seu alto grau de lesividade, não se limitam à função de complementar os ilícitos penais. sobrepondo, talvez, a incidência de sanções em razão da proteção de interesses coletivos idênticos".

sanção civil ou administrativa assume rigor punitivo mais amplo que a penal, no que denomina *undercriminalization*.²² Assim, esse contexto fomentou doutrinadores de renome brasileiro a se posicionar quanto natureza penal dos ilícitos de improbidade.²³

3.3. REGIME SANCIONATÓRIO ADMINISTRATIVO GARANTISTA E *NON BIS IN IDEM*

O direito penal protege os bens jurídicos fundamentais e com o tempo consagrou a ideia de intervenção mínima e subsidiariedade na esfera criminal, operando um movimento de descriminalização.

O problema da sobreposição de normas penais associado a *undercriminalization* não se adequa a esse movimento, pelo contrário, tenta fragilizar o sistema de garantias processuais penais. No direito civil já houve o acalorado debate sobre a incidência de direitos e garantias fundamentais de um particular em face do particular.²⁴

Com o decorrer dos anos, percebeu-se a ampliação do campo de incidência dos direitos e garantias fundamentais na esfera do direito civil, rompendo a lógica do indivíduo contra o Estado, passando a entender também a aplicação no binômio indivíduo-indivíduo, no que se denomina de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Por muito mais razão podemos falar da incidência de garantias fundamentais em matéria de ilícito de ilícito administrativo (improbidade administrativa), dada a figura do Estado em um dos polos da demanda. O caso jurídico concreto²⁵ da transposição de normas do penal para o administrativo apresenta a proteção do mesmo bem jurídico, reproduzindo semelhantes tipificações com diferentes esferas e regimes jurídicos sancionatórios.

Assim, verifica-se que a intenção do legislador foi permitir a análise da mesma conduta por mediação de um sistema com menos direitos e garantias fundamentais, no que se denominou chamar de *direito penal envergonhado*.²⁶ Sob esse prisma, a resposta ao problema científico perpassa pelo crivo do princípio da proporcionalidade.

Observando tal dinâmica teórica, é possível concluir ofensa na perspectiva da proibição do excesso, pois a partir do momento em que o regime jurídico permite essa dupla punição por normas equivalentes, só que em esferas diferentes, implica dizer que pelo aspecto da necessidade e adequação, o regime com mais garantia processual deve ser aplicado.

Isso porque o sistema normativo brasileiro permite o compartilhamento de provas. Em que pese a independências das esferas administrativa e penal, há o liame jurídico que une as duas esferas em razão da tutela do mesmo bem jurídico, em que a investigação e apreciação

PUERARI, Adriano Farias. O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro. Dissertação de Mestrado em ciência jurídico-políticas, menção em direito administrativo. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. p. 33-34.

22 Ashworth Andrew and Zedner Lucia. Preventive orders: A problem of undercriminalization? In: DuffRA, Farmer L, Marshall S, Renzo M and Tadros V. The Boundaries of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press. 2010.

23 WALD, Arnald. MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. In: Revista de Informação Legislativa, v.35, n.138, abr./jun. 1998.

24 SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 323.

25 Adotando a metodologia jurisprudencialista, parte-se do problema para o sistema. NEVES, A. Castanheira. O Papel do Jurista no Nosso Tempo. In: Dígita: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, a sua Metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 12.

26 NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 27.

na esfera administrativa num sistema com poucas garantias, traz nítidas consequências para a esfera criminal.

A doutrina e jurisprudência espanhola vêm enfrentando a temática da transposição de normas penais ao direito administrativo. E a resposta perpassa pela aplicação do *non bis in idem*, “propugnando-se, inclusive pela jurisprudência, que um mesmo fato não possa ser punido pelo direito penal e pelo direito administrativo sancionador ao mesmo tempo, devendo o último dar lugar ao primeiro”.²⁷

Diante disso, quando o rigor punitivo por ilícito administrativo como é o caso da improbidade se apresentar tão rigoroso ou mais que o âmbito penal, necessariamente se justificará a adoção de um sistema de direitos e garantias fundamentais. Tal raciocínio permitiu-nos caracterizar a natureza jurídica do ilícito de improbidade como ilícito administrativo. Com efeito, a confusão científica em caracterizá-la como de natureza penal decorreu da interpretação equivocada da necessidade de adoção do regime de garantias correlatos, o que são situações totalmente distintas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo o italiano Umberto Eco, a pesquisa científica deve fornecer os elementos para a confirmação ou para a rejeição das hipóteses que apresenta.²⁸ O ordenamento jurídico brasileiro encampou como a república como forma de governo, o que implica a incidência de regime de responsabilidades e a preocupação com a defesa da moralidade da Administração Pública.

O poder originário constituinte criou o instituto da improbidade como instrumento da tutela da moralidade administrativa, definindo em norma específica algumas sanções basilares. No Brasil, diante do regime de transição, o modelo em destaque de repartição de funções, migrou do regime de exceção de ditadura militar, e na abertura democrática optou pelo modelo de controle de ilícitos da Administração público, incumbindo ao Poder Judiciário essa árdua missão no *checks and balances*.

Como problema principal trouxe ao debate a ênfase ao instituto da *undercriminalization*. Demonstrou-se que no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu a subincriminação da improbidade administrativa, apresentando muitas sanções com gravidade tão quanto ao do ilícito penal, o que levou doutrinadores consagrados a deduzir inadequadamente pelo posicionamento da natureza penal da improbidade.

A partir disso, a pesquisa conseguiu solucionar o problema e comprovar a hipótese de que os ilícitos administrativos de improbidade, quando estiver no cenário de transposição de normas do direito penal para o direito administrativo, pode ofender a garantir do *non bis in idem* e, portanto, devem estar submetidos a um regime de direitos e garantias fundamentais, em especial a incidência do princípio da proporcionalidade na vertente proibição do excesso e os princípios penais e processuais penais.

27 ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador. Madrid: Iustel, 2008.

28 ECO, Umberto. Como se faz uma tese em ciências humanas. 13ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 2007, p.54-56.

A segunda hipótese comprovada consiste em afirmar que o fato de se submeter a um regime de garantias de princípios do direito penal ou processual penal não desnatura a natureza do ilícito administrativo da improbidade.

Por tudo isso, o presente estudo traz um novo enfoque no debate do aspecto ontológico da improbidade administrativa, de modo a compatibilizar com um modelo do ilícito administrativo distinto do penal, adotada por Osório, no qual há perfeitamente a opção política-legislativa em conferir competência do Poder judiciário para julgar tais ilícitos de improbidade.

Com isso, demonstra-se que a confusão quanto a natureza pode ser decorrência da falta de tecnicismo do legislador em punir o mesmo fato por dois dispositivos análogos- *bis in idem*, que pode ser aperfeiçoado a partir do modelo contraordenacional de Portugal.

Dessa forma, a partir do momento em que houver convergência entre dispositivos análogos do direito administrativo sancionador e do direito penal como no caso de corrupção passiva, há que se adotar um sistema de garantias fundamentais, não se admitindo o argumento da independência de esferas administrativa da criminal para justificar a fragilização e arbítrio estatal durante o exercício da persecução punitiva.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador. Madrid: Iustel, 2008.

Ashworth Andrew and Zedner Lucia. Preventive orders: A problem of undercriminalization? In: Duff RA, Farmer L, Marshall S, Renzo M and Tadros V. The Boundaries of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press. 2010.

Canotilho, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Improbidade administrativa – Prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo, Atlas, 2005.

ECO, Umberto. Como se faz uma tese em ciências humanas. 13ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. Comentários ao art. 37, §4º da Constituição federal de 1988. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK. Lenio Luiz. (Org.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Limite da Improbidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/1992. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Trad.: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- NETO, Floriano de Azevedo Marques/PALMA, Juliana Bonacorsi De. Controle judicial da Administração Pública: um projeto constitucional? In Poder judiciário: políticas públicas, v. 2. São Paulo: Almedina, 2018.
- NEVES, A. Castanheira. O Papel do Jurista no Nosso Tempo. In: Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, a sua Metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e sanções administrativas. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PUERARI, Adriano Farias. O Direito de Mera Ordenação Social português como rumo de criação de um espaço próprio ao Direito Administrativo Sancionador brasileiro. Dissertação de Mestrado em ciência jurídico-políticas, menção em direito administrativo. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.
- RIZZARDO, Arnaldo. Ação civil pública e ação de improbidade administrativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.
- SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- Shapiro, Scott. Legality. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Lições de Direito Administrativo. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.
- WALD, Arnald. MENDES, Gilmar Ferreira. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. In: Revista de Informação Legislativa, v.35, nº.138, abr./jun. 1998.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DISCURSOS DE ÓDIO A PARTIR DA CONCEPÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Breno Azevedo Lima¹
Stênio Castiel Gualberto²

RESUMO: O presente estudo discorre acerca da liberdade de expressão em relação à dignidade humana enquanto garantia fundamental constitucionalmente inserida em uma sociedade estabelecida a partir de valores democráticos. Inicialmente se analisa o contexto democrático contemporâneo, bem como as possibilidades de conflito entre as garantias fundamentais delimitadas para a presente análise. No mesmo sentido se analisa os limites à liberdade de expressão, especificamente no que tange à discursos de ódio, fenômeno cada vez mais frequente em tempos de sociedade tecnológica. A metodologia utilizada no trabalho teve como base pesquisa bibliográfica produzida a partir do método indutivo, ao final, demonstrando que a liberdade de expressão não possui caráter absoluto, sendo mitigada por limites legais impostos pelo ordenamento jurídico estabelecidos constitucionalmente.

Palavras-chave: Democracia. Liberdade. Discurso de ódio. Dignidade humana.

ABSTRACT: The present study talks though freedom of expression. In the relation to human dignity as a fundamental guarantee constitutionally inserted in a society based on democratic values. Initially we analyze the contemporary democratic context, as well as the possibilities of conflict between the fundamental guarantees delimited for the present analysis. In the same sense, it analyzes the limits to freedom of expression, specifically with regard to hate speech, an increasingly frequent phenomenon in times of technological society. The methodology used in the work was based on bibliographic research produced from the inductive method, at the end, demonstrating that freedom of expression is not absolute, being mitigated by legal limits imposed by the legal system established constitutionally.

Keywords: Democracy. Liberty. Hate speech. Human dignity.

INTRODUÇÃO

A constante evolução dos mecanismos de interação humana cada vez mais aperfeiçoados pelos constantes avanços tecnológicos traz em seu conjunto de mudanças sociais a potencialização do alcance de manifestações pessoais. As praticamente incalculáveis

1 Doutorando pela UNIVALI, Mestre em História pela PUCRS, Especialista em Direito Tributário pela ULBRA, Professor da Faculdade Católica de Rondônia – Processo Civil e Direito Civil e da Faculdade de Rondônia – FARO - Processo Civil.

2 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Luterana do Brasil – Ulbra. Graduado em Direito pela Faculdade de Rondônia – FARO. Professor de Direito Penal e Direito Processual da Faculdade Católica de Rondônia - FCR

redes de interligações sociais que se estabelecem em tempos de profundo e acelerado desenvolvimento de aparatos tecnológicos permitem mudanças no comportamento humano que não eram sequer imagináveis em tempos passados.

A partir desse contexto é importante compreender como o direito trata o necessário equilíbrio entre a manutenção da garantia da liberdade de expressão e da eventualidade de manifestação de opinião que agriam preceitos básicos relativos à dignidade humana.

Nesse sentido o presente artigo se dirige a analisar inicialmente o modelo democrático constitucional e de como os avanços históricos permitiram que se chegasse até o desenho contemporâneo de sociedades fundamentadas em Estados Democráticos de Direito. Posteriormente analisa as garantias fundamentais de natureza constitucional da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão, passando ato contínuo a descrever o fenômeno do discurso de ódio e suas nuances em tempos de sociedades amplamente envoltas em tecnologia.

1. O MODELO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Trata-se de tarefa hercúlea definir conceitos de democracia, que vão desde os conceitos de Platão e Aristóteles, até chegar ao modelo de Hans Kelsen que serviu de base para a construção do modelo que verificamos nos dias de hoje.

Platão construiu seu conceito de democracia agarrada a ideia de número de governantes, como monarquia, aristocracia e democracia (PLATÃO apud BOBBIO, 2000, p.137), ao passo que Aristóteles trouxe para o conceito do instituto, os modelos de governar, tanto para o bem comum do povo, quanto do próprio governante (ARISTÓTELES, 2001), até chegar no conceito de Kelsen, tida como a mais proveitosa dentro de uma visão política e democrática (BOBBIO, 2000, p.106).

Portanto, de forma breve, se entende a democracia como um sistema de governo com berço histórico no Grécia Antiga, ganhando feições das mais variadas ao longo do tempo e de contextos históricos, sendo o tipo ideal dentro de um determinado sistema (BOBBIO, 2000, p.135)

Assim sendo, trata-se da participação direta ou indireta do povo dentro das decisões que deverão ser tomadas dentro de seu universo administrativo, podendo evidenciar-se de forma direta, ou seja, quando não intermediários ou representantes, ou indireto quando é feito através de terceiros, como senadores, deputados ou vereadores (FERNANDES, 2016, p.295).

A democracia dos dias de hoje é umbilicalmente conectada a ideia de estado Democrático de Direito, onde o refreamento de ingerência do Estado dentro da atmosfera pessoal do povo deve ser regulado de forma equilibrada, com a realização de valores como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana (SILVA, 2008. p.112), sendo justamente este raciocínio que rejeita o ideário de Maquiavel, que compreendia que a manutenção do Estado somente é possível com o emprego da violência e da tirania como forma de evitar a

corrupção, devendo a maioria se submeter a vontade das decisões do Estado (MAQUIAVEL, 2002).

Neste sentido, o conceito de democracia se transformou ao longo do tempo e agregou conceitos de garantias constitucionais e processuais em sua inteligência, prevalecendo a regra da maioria e baseando-se em critérios qualitativos, ou seja, a decisão democrática em uma dinâmica procedimental na qual tanto autores como sujeitos da decisão possam visualizar que o resultado foi correto em arrimo com o raciocínio de “melhor argumento” (HABERMAS, 2012, p.211)

Com efeito, se vislumbra um conceito oriundo da filosofia política que é a “democracia deliberativa”, que emergiu nas últimas duas décadas do séc. XX, sendo uma opção ao conceito tradicional de democracia em que se reduz o privilégio aos interesses particulares de alguns, sendo a escolha de seus governantes o fim da participação. Num conteúdo mais aberto e atual, além da escolha de seus representantes, o processo democrático envolve uma participação mais efetiva sobre as questões que devem ser decididas, num contexto livre e igualitário, sem qualquer tipo de coação, para que direitos fundamentais sejam substancialmente respeitados, como condiz a uma verdade democracia (SOUZA NETO, 2010, p.3-4).

É justamente neste contexto principiológico que reside a discussão acerca de garantias constitucionais e até que ponto os institutos estendem suas fronteiras, num difícil equilíbrio em que a colisão de direitos acaba ocorrer, sendo o papel do Estado definir até onde tal limite se estende, em especial do direito à liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O ESTADO CONSTITUCIONAL

A partir da ideia de que o Estado Democrático de Direito vigente se estabelece mediante um modelo que convencionou-se definir como Democracia Representativa, tem-se que contemporaneamente é o padrão entendido como o mais valioso, ainda possa se estabelecer como um mecanismo de legitimação de injustiças sociais (CRUZ, 2011, p.13)

Diante dessa concepção, o direito se organiza a partir da vontade popular e encontra-se diretamente vinculado ao pensamento político da sociedade, expressando por meio dos mecanismos de consulta o que se pretende socialmente.

A liberdade, fundamento de uma sociedade que se pretenda democrática deve ser entendida a partir do que se compreende pelo chamado princípio da autonomia da vontade, que compreende não ser a liberdade um direito absoluto, pois subordinada à aspiração estatal. (HIJAZ, 2014, p.16)

Porém, é importante compreender que ainda que não possa ser entendida a partir da lógica de um direito absoluto, a liberdade é o pilar que fundamenta a ideia de democracia contemporânea e a prerrogativa ao livre exercício das autonomias, garantia, portanto, da existência de um sistema democrático.

A liberdade em um regime democrático deve ser compreendida sob vários pontos de vista tais como o direito ao livre uso do corpo, do livre pensar e sem qualquer sombra de

dúvida, o livre direito à manifestação da opinião, talvez o principal mecanismo de verificação das vontades individuais.

Nesse sentido, o conceito de liberdade deve ser pensado a partir da ideia de que uma sociedade só pode ser entendida como realmente democrática quando pode expressar livremente os ideais que pretende para si. E a partir desse ponto, a liberdade de expressão opiniões constitui fundamento essencial no que tange ao desejo de sociedades efetivamente autodeterminadas.

E nesse aspecto a liberdade de expressão em sua importância é definida por Silveira (2007, p.14) como sendo uma liberdade que “[...] não pode ser dissociada dos demais direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, pois estes dão amparo fático ao direito fundamental da liberdade de expressão e asseguram sua efetividade”.

Para tanto, ganha status de garantia fundamental petrificada no ordenamento constitucional, a fim de evitar que eventuais majorias de ocasião gerem qualquer tipo de impedimento ao exercício desse direito.

Encontra-se prevista no art. 5º inciso IX da Carta Magna Brasileira, expressando-se pelos seguintes termos: “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Não se pode esquecer que o eventual exercício de direitos individuais não pode ser confundido com a possibilidade de uso irrestrito de tais capacidades, dado que a vida em sociedade denota justamente um convívio minimamente harmônico e que se busque suficiente capacidade em permitir que todos possuam capacidade para o gozo de vidas dignas e livres.

A vida cotidiana, porém, denota o eventual conflito entre o exercício de direitos fundamentais por parte dos cidadãos, focando o presente estudo na possível colisão entre a garantia da liberdade de expressão e a necessidade precípua de garantia da inviolabilidade da dignidade humana, no mesmo sentido expressa na Constituição Federal e da mesma forma petrificada pelo legislador constituinte.

Sob este aspecto é importante entender o papel do ordenamento jurídico e de que forma o direito equilibra a eventual colisão entre direitos fundamentais exercidos por indivíduos que vislumbram o exercício legítimo de suas prerrogativas constitucionais.

As sociedades contemporâneas são cada vez mais baseadas em relações interpessoais, influenciadas por uma revolução digital que dissolveu as fronteiras nos meios de comunicação e que fica conhecida como Sociedade da Informação. (BARRETO JÚNIOR, 2007, p.62)

Nas sociedades modernas cada vez mais estabelecidas em relações humanas nascidas a partir de conexões interpessoais, o caráter multidisciplinar da vida em sociedade se amplia, estabelecendo o conceito de homem contemporâneo a partir de atividades conexas, e em um contexto democrático, dirigidas à satisfação das necessidades do todo social (CRUZ, 2003, p.59)

Ocorre que, da mesma forma como a liberdade de expressão deve ser uma garantia de um Estado Democrático de Direito não é possível se pensar uma sociedade que se pretenda

civilizada que permita violações à valores inerentes à própria existência humana. É necessário, dessa forma, estabelecer que a dignidade da pessoa humana é pilar fundamental da sociedade desenvolvida e que pode ser compreendida, brevemente, como qualidade intrínseca inseparável do ser humano que o define como tal, sendo prevista na carta magna brasileira e base para declarações internacionais de direitos humanos (SARLET, 2002, p.35).

A partir dessa realidade cada vez mais se verificam conflitos de interesses no que tange ao direito de exercer direitos fundamentais e sem dúvida uma das garantias fundamentais que mais resulta em atritos é a liberdade de expressão, dado o poder destrutivo que a convicção individual exteriorizada pode gerar em relação à terceiros.

O Direito deve ser pensado, portanto, no sentido de promover o equilíbrio entre a liberdade de expressão e o respeito que se demanda constitucionalmente ao reconhecimento de diversos valores no mesmo sentido essenciais à uma sociedade que se pretenda democrática, tais como a diversidade, o multiculturalismo e a solidariedade (PEREIRA, 2018, p.1)

É importante observar também que a própria Carta da República trouxe limites ao exercício de direitos ao estabelecer como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e, portanto, protegida de toda e qualquer agressão que possa vir a acontecer contra quem quer que seja.

Nesse sentido, a fim de contextualizar a dignidade da pessoa, é de se entender que a dignidade ultrapassa o caráter meramente normativa, se estabelecendo como um valor inerente à própria existência humana. (DA SILVA, 1998, p. 91)

Dessa forma, resta compreendido que a liberdade de expressão encontra seus limites justamente no exercício ao direito balizado pela eventual agressão à dignidade de outrem.

3. DISCURSOS DE ÓDIO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A compreensão a respeito do exercício da liberdade de expressão abrange compreender de que formas a manifestação da opinião pode resultar em danos à dignidade de terceiros e conforme demonstrado, se configurar em condutas indesejadas pelo ordenamento constitucional.

Uma das formas mais verificáveis contemporaneamente é justamente a figura do chamado discurso de ódio, tema cada vez mais debatido e aprofundado contemporaneamente. Para Brugger (2007, p. 2) a expressão “discurso do ódio” se refere a “[...] palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.

Tais comportamentos, potencializados em alcance na chamada Sociedade da Informação, tem o condão de incitar o ódio, expondo mensagens ou expressões de diminuição do outro pela sua condição pessoal, seja étnica, homofóbicas, misóginas ou xenófobas, com o objetivo de discriminar e desaprovar o indivíduo pela sua própria natureza. (MEIRA, 2011)

A convivência social que denota em determinadas sociedades a coexistência entre

grupos de diferentes características nem sempre foi um fenômeno pacífico durante a história humana. Em tempos de sociedade da informação, em que as possibilidades de meios de comunicação cada vez mais se ampliam, discursos de ódio tem cada vez mais possibilidade de serem expandidos em seus alcances.

E em tempos em que o convívio humano se dá mais estreitamente o discurso de ódio pode ser considerado uma exaltação abstrata à fúria, dado que demonstra de maneira explícita o desprezo por grupos específicos de pessoas com determinadas características em comum, sejam critérios relativos às crenças, qualidades, condições sociais, entre outros. (MEYER-PFLUG, 2009, p.21)

Entender o que leva determinadas pessoas a manifestar publicamente o ódio que nutrem por determinados grupos supera os objetivos do presente trabalho, porém a título de contextualização é de bom alvitre compreender que a partir de uma percepção do fenômeno se observa que determinados indivíduos não conseguem armazenar consigo exclusivamente os ideais de ódio que os alimenta e em determinados momentos o ódio precisa ser notado e demonstrado. (GLUCKSMAN, 2007, p. 18)

E nesse sentido, conforme afirma Žižek (2006, p.28) “nessa hora, o excesso se faz presente justamente com a finalidade de enfatizar a agressão (ainda que psicologicamente), capaz de gerar certo gozo pelo odiador, afinal, o gozo só emerge nesse excedente. Por isso, ele é constitutivamente um excesso”

Dessa maneira, é possível observar que os chamados discursos de ódio são manifestações humanas, de opinião e que transitam no limite estabelecido em relação à liberdade de manifestação do pensamento, razão pela qual é necessário compreender sob qual forma o direito deve balizar a permissão no exercício de tal liberdade.

Encontrar o equilíbrio entre a liberdade de expressão e a pretendida vida social equilibrada passa, portanto, a ser um dos desafios contemporâneos do direito, que a partir da ideia de um Estado Constitucional os limites são “fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recebe”. (ANDRADE, 1988, p. 215)

Ainda que estabelecidos como direitos fundamentais não se pode admitir o uso de tais garantias em caráter absoluto, dado que conforme exposto anteriormente, nenhuma conduta violadora da dignidade humana pode ser admitida, dada a força estruturante da dignidade no Estado Constitucional.

Nesse sentido, é necessário se estabelecer limites inclusive ao livre gozo de direitos fundamentais, sob pena de se estabelecer por vias legais normatizações e regramentos que vão de encontro ao que se pretende enquanto valores sociais. A vida em sociedade, exatamente por se estabelecer perante a necessidade de convivência plural e miscigenada admite limitação de direitos fundamentais. (DA SILVEIRA, 2007, p. 63)

O fato é que as consequências de eventual proliferação de discursos de ódio trazem efeitos nocivos à vida em sociedade, representando um óbice ao que se pretenda por bem-estar social. Em que pese se constituam precipuamente em manifestação de liberdade de pensamento, discursos de ódio ultrapassam os limites de direitos de terceiros. (WALDRON,

2010, 1611)

Sem dúvida que a regulamentação dos limites à liberdade de expressão não pode servir de condão à eventual cerceamento de possibilidade de manifestação do pensamento, porém conforme demonstrado, é necessário que se estabeleçam balizas regulatórias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em tudo que fora exposto é possível entender que a atual realidade social de Estados Democráticos de Direito enfrenta desafios inerentes à complexidade de equilíbrio entre garantias fundamentais que são pilares estruturantes do modelo constitucional democrático contemporâneo.

A liberdade de expressão em contextos de sociedades que se pretendam democráticas acaba sendo um dos principais mecanismos garantidores do respeito à eventuais manifestações sociais, tanto no sentido político propriamente dito quanto na prevenção popular face à regimes autoritários.

Por sua vez o exercício da livre manifestação do pensamento pode resultar em agressões a valores pessoais de terceiros, seja individualmente ou em relação a grupos e, a partir daí, cabe ao direito fazer a modulação necessária ao equilíbrio de um convívio social harmônico.

Uma das formas mais aviltantes de manifestação de pensamento nesse sentido são os fenômenos denominados discurso de ódio, que conforme exposto ao longo do presente artigo, se estabelecem mediante a diminuição da natureza humana de terceiros, por critérios específicos e que são inerentes à própria existência individual.

Por isso que ao se estabelecer o direito como intermediador dos conflitos humanos, é necessário que se estabeleça nesse sentido qual direito fundamental deve preponderar sobre os demais. Com a evolução do pensamento social a partir da concepção do homem enquanto sujeito de direitos, sem dúvida que a dignidade da pessoa humana deve ser o principal alicerce de qualquer sociedade que se pretenda civilizada.

Ao se contextualizar a discussão em um ambiente que se busca o desenvolvimento cada vez mais solidificado de um modelo de Estado Democrático de Direito sem dúvida qualquer conduta que agrida a dignidade humana, ainda que emitida através da expressão do pensamento deve ser coibida.

O direito ao livre expressar não pode suplantar a dignidade humana sob pena de estabelecerem-se sociedades pautadas por opiniões que diminuam o tratamento humano minimamente tolerado, razão pela qual, ainda que garantida amplamente a liberdade de expressão deve encontrar os limites aceitáveis, justamente as balizas da dignidade de terceiros.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- ARISTÓTELES. Política. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito de sociedade da informação para a pesquisa jurídica. São Paulo: Atlas. 2007.
- BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. 8. ed. Marco Aurélio Nogueira (Trad). São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 135
- BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. 8. ed. Marco Aurélio Nogueira (Trad). São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 106.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Revista de Direito Público, 2007
- CRUZ, Paulo Márcio. Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo. 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2003
- CRUZ, Paulo Márcio; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI. Univali, 2011.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 2016, p. 295.
- GLUCKSMANN, Andre. O discurso de ódio. Editora Difel, 2007
- HABERMAS, apud BRANDÃO, Rodrigo, Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais, p. 211, 2012)
- HIJAZ, Tailine Fátima. O discurso do ódio racial como limitação à liberdade de expressão no Brasil: o caso das bandas White Power. Revista Brasileira de Direito, v. 10, n. 1, p. 15-32, 2014.
- MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MEIRA, Miguel Salgueira. Limites à Liberdade de expressão nos discursos de incitamento ao ódio. Disponível em: <http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf> Acesso em junho de 2019.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

PEREIRA, Rodolfo Viana. Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio. Belo Horizonte: IDDE, 2018.

PLATÃO. O Político, Apud: BOBBIO, Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. 8. ed. Marco Aurélio Nogueira (Trad). São Paulo: Paz e Terra, 2000., p. 137.

SARLET, Wolfgang Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. Revista de direito administrativo, v. 212, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 2008. p. 112

SILVEIRA, Renata Machado da. Liberdade de expressão e discurso do ódio. 2007

_____. Liberdade de expressão e discurso do ódio. 2007. 132 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte: PUC-MG, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira, Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões, pág. 3-4, 2010)

WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation: the Visibility of Hate. Harvard Law Review, 2010.

ŽIŽEK, Slavoj. Eles não sabem o que fazem. O sublime objeto da ideologia. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2006.

GLOBALIZAÇÃO DO RIO MADEIRA, DESLEGITIMAÇÃO E DESTERRITORIALIZAÇÃO DAS COMUNIDADES RIBEIRINHAS

Jovanir Lopes Dettoni¹

Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza²

RESUMO: Este artigo tem por objetivo relacionar os impactos da globalização nas comunidades ribeirinhas, do seu universo natural, pela implantação das usinas hidrelétricas no Rio Madeira, um dos principais afluentes do Rio Amazonas, que se torna 'objeto' de apropriação econômica e de interesses nacionais e internacionais para geração e distribuição de energia elétrica e estabelecimento de futura hidrovía para interligação fluvial do eixo Peru-Brasil-Bolívia (projeto de integração de infraestruturas regionais do Conselho Sul-Americano de Infraestrutura e Planejamento – COSIPLAN). A metodologia proposta segue o viés indutivo, com abordagem qualitativa e coleta bibliográfico-documental para a definição dos conceitos operacionais necessários a partir dos referenciais teóricos propostos por Boaventura de Sousa Santos, Axel Honneth e Zygmunt Bauman. Enquanto resultado, verifica-se que a dinâmica de globalização do espaço se contrapõe às necessidades por reconhecimento e reterritorialização das comunidades tradicionais locais, estabelecendo conflito de legitimidade e representatividade jurídica e política.

Palavras-chave: Globalização. Comunidade ribeirinha. Usinas hidrelétricas. Legitimação. Desterritorialização.

INTRODUÇÃO: O presente artigo tem como objeto o estudo do espaço comum de interesses nacional e internacional constituído no Rio Madeira, a partir da construção e implementação das usinas hidrelétricas, bem como a repercussão geográfica, política e democrática nas comunidades ribeirinhas.

Tem-se por objetivo analisar se este novo espaço globalizado, multicultural e plural propiciou a (des) legitimação jurídica e política na (des ou re) territorialização das comunidades tradicionais ribeirinhas.

Para tanto, o artigo está dividido em 4 itens. O primeiro trata sobre soberania e globalização do Rio Madeira, conceituando e identificando os efeitos dos projetos de interesses internacionais para a globalização deste espaço. O segundo perpassa sobre multiculturalismo e pluralismo, diferenciando-o a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. O terceiro investiga o conceito interdisciplinar de comunidade tradicional, identidade coletiva e

¹ Professor da Fundação Universidade Federal de Rondônia -UNIR. Doutorando em Ciência Jurídica pela Univali/FCR.

² Magistrada do Tribunal de Justiça de Rondônia. Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Unir/Emeron. Doutoranda em Ciência Jurídica pela Univali/FCR.

desterritorialização. No quarto item se desenvolverá o critério de legitimidade e participação política de identidade coletiva, no Estado Democrático de Direito.

Preliminarmente, contudo, torna-se valiosa uma descrição, ainda que sucinta, desse microssistema em que está envolto o Rio Madeira e seus cidadãos tradicionais.

Considerado um dos grandes rios da bacia amazônica, afluente direto da margem direita do Rio Amazonas, o Rio Madeira está intimamente ligado à história de colonização da região territorial hoje pertencida ao Estado de Rondônia. Conforme Lima (1991), a primeira comunidade povoada às margens de seu leito remonta ao ano de 1723, com a fundação da Missão de Santo Antônio do alto Madeira.

Desde então, nesta via fluvial que o Rio Madeira possibilitava, de intercâmbio cultural, mercantil e migratório, em que os primeiros habitantes eram totalmente a ele vinculados e dependentes, por onde transitava suas mercadorias, adquiriam os insumos e retiravam e produziam seu alimento, as pessoas se reuniam e congregavam em vilas, onde, posteriormente, os missionários construíram capelas, igrejas e templos, mantendo estas pessoas vinculadas ainda mais ao território em que se estabeleceram, num modo de vida extrativista, caçador e de lavoura de várzea e de subsistência.

Durante longa data, seus principais recursos foram observados como relevantes para transporte, irrigação e pesca, havendo ainda aplicações de mineração. Entretanto, poucos anos atrás, com a implementação de políticas públicas de incentivo à globalização econômica, bem como devido ao volume alto de vazão hídrica do Rio Madeira, a exploração deste recurso passou a ser vista pelo Governo Federal como potencialmente interessante para produção hidrelétrica. Assim, utilizou-se de sua capacidade de soberania para aquilo que enseja ser satisfação pública.

1 SOBERANIA E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

É assertiva a indicação de que o plano real serviu como elemento de consolidação brasileira na inserção econômica internacional. Para tanto, foi necessário que o Brasil, como ente soberano revisse suas políticas e se direcionasse em ações voltadas às políticas monetárias restritivas, privatizações em instituições estatais, contingenciamento econômico com intuito de estabilizar a taxa de inflação. Nesse compasso de estímulo progressista, tornara-se indispensável a abertura econômica para integração com os demais países, quer seja para o estímulo direto da redução do “custo Brasil”, quer seja para a concessão da utilização de capital privado em serviços nacionais de infraestrutura (telefonias, saneamento, transportes, energia...).

Ao buscar a autossuficiência na geração de energia elétrica, o Governo brasileiro estabelecera o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) para implantação de projetos de infraestrutura e, conseqüentemente, crescimento da economia (Decreto n. 6.025, de 27 de janeiro de 2007³). Dentre as várias ações estabelecidas no PAC, visou-se a implantação de

³ Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/pac-programa-de-aceleracao-do-crescimento/visao-geral/o-que-e-o-pac>. Acesso em 23 jan. 2019.

diversas usinas hidrelétricas, sendo duas delas (Jirau e Santo Antônio) projetadas para captação hidráulica do Rio Madeira, em Rondônia.

O denominado Complexo do Rio Madeira, no eixo Peru – Brasil – Bolívia, estaria em consonância com os projetos de infraestrutura previstos no Plano de Ação Estratégico - PAE para o período 2012-2022⁴ consensuado pelos Presidentes Sul-Americanos na Sexta Reunião Ordinária do Conselho de Chefes de Estado e Governo da UNASUR⁵ (União de Nações Sul-Americanas), nos eixos de integração propostos como parte da Iniciativa para a Integração da Infraestrutura da América do Sul (IIRSA), iniciado em 2000, durante a Cúpula Presidencial Sul-Americana⁶, em Brasília.

O objetivo do IIRSA, como projeto multi-setorial, era desenvolver e integrar o transporte, a energia, a telecomunicação e a infraestrutura dos 12 países sul-americanos, criando áreas estratégicas em regiões interioranas com baixo índice populacional, mas que se constituiriam em importantes reservas de matéria-prima e biodiversidade.

Território pouco povoado, região interiorana, biodiversidade em abundância e alta vazão fluvial foram elementos determinantes que fizeram com que a região amazônica, e mais precisamente a região do Rio Madeira se encaixassem muito bem nos desígnios governamentais, em prol de um “bem maior”, ainda que alguns poucos moradores que lá habitassem tivessem que se sujeitar a tais medidas estratégicas globais.

Ressalta Rodrigues (2012, p. 290) que na utilização do território, os “recursos hídricos são considerados bens passíveis de mercantilização e, como propõem as agências e o capital, de precificação”. A apropriação dos recursos hídricos potabilizáveis e hidro energéticos tornaria a localização geográfica de fontes geradoras de energia um campo de disputa para ações hegemônicas que

[...] buscarão normalizar os territórios, influenciando nos processos de racionalização, viabilizando a permeabilização das fronteiras ou sua porosização, segundo uma geografia política que pensa de modo indissociável os sistemas de ações e objetos espaciais, econômicos, culturais, assim como os de logística militar (RODRIGUES, 2012, p. 290).

Assim, com a decisão governamental de implantação das usinas hidrelétricas Jirau e Santo Antônio no Rio Madeira, houve a colidência de interesses diversos pelo alcance do impacto socioambiental, quer seja no sentido desenvolvimentista, quanto no sentido preservacionista.

Nesse aspecto, vale ressaltar que os incentivos, de cunho eminentemente econômicos, apresentados com intuito desenvolvimentista pela economia de mercado tendem a gerar, ao menos, um enfraquecimento das relações de pertencimento coletivo. Como dito por Loch e Diniz Filho (2014, p.68): “Trata-se, pois, de um sistema econômico individualista, impessoal e contratualista que, pelo incentivo econômico, ‘suaviza’ os costumes.”

Paralelamente, mas em desígnio de interesse distinto, estas comunidades ribeirinhas estabelecidas às margens do Rio Madeira foram surpreendidas com a intensa superexposição

4 Disponível em http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rc_brasilia11_1_pae.pdf. Acesso em 12 ago 2018

5 Disponível em http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rc_brasilia11_acuerdo1_pae.pdf. Acesso em 12 ago. 2018

6 O Brasil se retirou da UNASUL, constituindo outro foro de debate e discussão que denominaram PROSUL. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/688-prosul>. Acesso em 31 mai. 2019

dos empreendimentos hidrelétricos, pouco podendo contestar politicamente, devido à frágil (senão inexistente) representatividade e influência que possuem na comunidade política, aos interesses da soberania nacional.

A soberania⁷, como modernamente construída, estabelece a necessidade de legitimidade⁸ das comunidades políticas, de forma democrática (CRUZ, 2014, p. 12).

A efetivação do princípio democrático pressupõe que as decisões públicas devem ser adotadas através da participação, direta ou indireta, dos cidadãos, e que, por isto, podem ser também modificadas ou revogadas pela vontade deles. Isto supõe a existência de canais de participação destes cidadãos na adoção de decisões públicas.⁹ Mas supõe algo mais: que a mesma organização da comunidade política encontre sua legitimidade e justificação na vontade popular. (CRUZ, 2014, p. 15)

Vale ressaltar que a sociedade vivenciada atualmente “[...] é uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir. A liquidez da vida e a da sociedade se alimentam e se revigoram mutuamente. A vida líquida, assim como a sociedade líquido-moderna, não pode manter a forma ou permanecer por muito tempo.” (BAUMAN; 2011, p. 7)

Boaventura Santos¹⁰ descreve que a modernidade ocidental se defronta com 3 tensões dialéticas em crise, tal como a política de Direitos Humanos: 1. Regulação social x emancipação social (crise do Estado regulador e do Estado-providência com a crise da revolução social e do socialismo como mecanismo de transformação social radical); 2. Estado x sociedade civil (Estado se apresenta como minimalista, mas pode se apresentar como maximalista, quando autorregula a sociedade civil e a estimula, aparentemente, sem limites, desde que observadas as regras democráticas); 3. Estado-nação x globalização (Estados-nação soberanos, coexistindo num sistema internacional de Estados igualmente soberanos).

Globalização, segundo Boaventura (SANTOS, 1997, p. 14), é “o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”. Assim, ocorreria uma “globalização bem-sucedida de determinado localismo”, pois viveríamos num “mundo de localização como num mundo de globalização”, além da “compressão tempo-espço” (processo social acelerado e difundido pelo globo) e o acentuamento da especificidade local.

7 “Sieyès concebeu o Princípio da Soberania da Nação como instrumento de legitimação para a instituição do Estado Constitucional Moderno. Assim, a proclamação da Soberania como independência ante qualquer poder externo tornou-se uma manifestação característica e essencial do Estado Constitucional Moderno desde seu início. A consolidação do princípio democrático supôs a reafirmação da Soberania com relação ao exterior, passando a ser proibida qualquer interferência nas decisões internas da comunidade, adotadas livremente por esta.” (Cruz, 2014, p. 86) (...) “A relativização do conceito de Soberania e mais ainda do poder supremo do Estado tornou-se cada vez mais evidente, principalmente por conta do fenômeno chamado de integração em comunidades supraestatais – ou supranacionais – a qual afeta, decisivamente, muitos países, principalmente os europeus ocidentais. Como escreve Dobrowolski, também deve ser objeto de consideração a real perda do poder normativo soberano do Estado, com a ascensão de novas fontes de produção jurídica. No nível externo, o fenômeno das integrações regionais exclui da capacidade decisória da organização estatal diversos tópicos, que passam a ser regidos por meio de acordos internacionais. É a segunda hipótese trazida para a discussão”. (CRUZ, 2014, p. 92)

8 “Legitimidade é o conjunto de características com fundamentos na ética, na razão ou na justiça, compatíveis com os padrões de determinada sociedade, em determinado tempo. É conceito mais amplo que o de legalidade, pois implica consenso social, independentemente de um poder coator. É a legitimidade que, acima de tudo, respalda a autoridade” (MELO, p. 73)

9 CRUZ, Paulo Márcio. Sobre el principio republicano - About the republican principle. p. 07.

10 SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 47, pp. 11-32, jun. 1997. Disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em 19 out. 2018

A partir deste parâmetro, Santos (1997) identifica a coexistência de pluralidade de globalizações¹¹, ante os diversos modos de produção da globalização, sendo eles: Localismo globalizado, globalismo localizado, cosmopolitismo, e patrimônio comum da humanidade.

Diante de tais modos de pluralidades, para referido autor, o papel da política emancipatória consiste em transformar a conceituação e prática dos direitos humanos, de um localismo globalizado, num projeto cosmopolita (SANTOS, 1997, p. 20). Alerta, contudo:

[...] que tal diálogo só é possível através da simultaneidade temporária de duas ou mais contemporaneidades diferentes. Os parceiros no diálogo são apenas superficialmente contemporâneos; na verdade, cada um deles sente-se apenas contemporâneo da tradição histórica da sua cultura. É assim sobretudo quando as diferentes culturas envolvidas no diálogo partilham um passado de sucessivas trocas desiguais (SANTOS, 1997, p. 29).

Dada a dimensão continental em que se é exercida a soberania brasileira, bem como os distintos processos colonizatórios em que este país foi submetido ao longo de sua história, forçosa seria a ideia de não existir trocas desiguais/diferentes, que demonstram a diversidade cultural e a má distribuição social existente nos dias atuais. Destaca-se, assim, perspectivas de pluralismo e de multiculturalismo na sociedade brasileira.

2 MULTICULTURALISMO, PLURALISMO, RECONHECIMENTO

A República Democrática do Brasil, no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, assegura o “exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, **pluralista** e sem preconceitos”.

O modelo desenvolvimentista declarado à época da Constituição Federal estabelece o pluralismo e o respeito ao multiculturalismo, devendo, pois, serem adotadas medidas mitigadoras ao modelo hegemônico para preservar e desenvolver as comunidades tradicionais, indígenas, quilombolas, ribeirinhos, pescadores, babauzeiros, etc., em seu respectivo território, com sua cultura e diversidade própria, vinculada ao território que legitimamente ocupam.

Necessária a diferenciação de pluralismo e multiculturalismo. Pluralismo é considerado como:

[...] convivência pacífica em um mesmo território de culturas divergentes e que preconiza a diversidade, ao passo que a comunidade como um todo é sujeita a um mesmo rol de direitos e deveres. Já o Multiculturalismo relativiza a objetividade das normas e busca uma relativização das leis de acordo com as características culturais de um povo. Ou seja, aquilo que é considerado normal e legal para uma cultura pode ser identificado como incoerente e ilegal para outra (BONISSONI, 2017, p. 196)

11 1. Localismo globalizado (determinado fenômeno local é globalizado com sucesso, ex. multinacionais, fast food); 2. Globalismo localizado (práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, que passam a ser desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais, ex. enclaves de comércio livre ou zonas francas; desflorestamento e destruição maciça dos recursos naturais); 3. Cosmopolitismo (organizações transnacionais na defesa de interesse percebidos como comuns e na possibilidade de interação transnacional criadas pelo sistema mundial entre Estados-nação, regiões, classes ou grupos sociais, ex. organizações mundiais de trabalhadores, redes internacionais de assistência jurídica alternativa, organizações transnacionais de Direitos Humanos); 4. Patrimônio comum da humanidade (temas que apenas fazem sentido enquanto reportados ao globo na sua totalidade, ex. sustentabilidade da vida humana na Terra, proteção da camada de ozônio, preservação da Amazônia, da biodiversidade) (SANTOS, 1997, p. 18).

Para Canotilho, ao analisar o Estado Social como instrumento da inclusão social¹², reporta que a “chamada individualização da sociedade significa precisamente o indeclinável direito e o dever de cada indivíduo colocar no seu plano de vida e condução da existência as responsabilidades que lhe cabem na luta pela sobrevivência”.

Defende Canotilho que a “*liberdade igual* é interpretada neste contexto como a igual possibilidade de inclusão em um sistema social diferenciado”, a “*igualdade de inclusão*” pressuporia “*justiça* quanto às possibilidades iguais de acesso”. Reitera, desta forma, que “os direitos sociais e os princípios socialmente conformadores significam, no actual contexto, a legitimação de medidas públicas destinadas a garantir a *inclusão* do indivíduo nos esquemas prestacionais dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados”.

A concepção formal de eticidade pós-tradicional, desenvolvida por Honneth, principia nas condições intersubjetivas da integridade pessoal para se chegar aos universais normativos de uma vida bem-sucedida, abrangendo o padrão de reconhecimento de uma solidariedade social, com finalidades partilhadas em comum, mas garantindo a autonomia jurídica de todos os sujeitos, os quais devem coexistir com os padrões de reconhecimento do amor e do direito.

Em busca de um conjunto de valores éticos, flexível às mais díspares metas de vida, incluindo a formação solidária e coletiva da identidade, a teoria do reconhecimento constata que:

[...] as transformações socioestruturais nas sociedades desenvolvidas ampliaram objetivamente a tal ponto as possibilidades da autorrealização que a experiência de uma diferença individual ou coletiva se converteu no impulso de uma série inteira de movimentos políticos; certamente, suas exigências só podem ser cumpridas a longo prazo quando ocorrem mudanças culturais que acarretam uma ampliação radical das relações de solidariedade. Nessa nova situação, a concepção aqui esboçada pode tirar do fracasso dos projetos de Hegel e de Mead somente o ensinamento de contentar-se com uma tensão insuperável: ela não pode renunciar à tarefa de introduzir os valores materiais ao lado das formas de reconhecimento do amor e de uma relação jurídica desenvolvida, os quais devem estar em condições de gerar uma solidariedade pós-tradicional, mas tampouco pode preencher por si mesma o lugar que é assim traçado como local do particular na estrutura das relações de uma forma moderna de eticidade – pois saber se aqueles valores materiais apontam na direção de um republicanismo político, de um ascetismo ecologicamente justificado ou de um existencialismo coletivo, saber se eles pressupõem transformações na realidade econômica e social ou se se mantêm compatíveis com as condições de uma sociedade capitalista, isso já não é mais assunto da teoria, mas sim do futuro das lutas sociais” (HONNETH, 2003, p. 280)

Bauman (2003) referencia que as guerras pelo reconhecimento trazem à tona seu potencial combativo e, por vezes, genocida, sugerindo que se deve retomar “à problemática da justiça social que lhes corresponde, as reivindicações ao reconhecimento” e à política de reconhecimento como se tornam um terreno fértil para o comprometimento mútuo e o diálogo significativo, que poderão eventualmente levar a uma nova unidade – em verdade, uma ampliação e não um estreitamento do âmbito da ‘comunidade ética’.

Para que a ideia da ‘boa sociedade’ possa reter seu sentido numa situação de

12 CANOTILHO, J. J. O Direito Constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social in CANOTILHO, J. J. Gomes. Direitos Fundamentais. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015

modernidade líquida ela precisa significar uma sociedade que cuida de 'dar a todos uma oportunidade' e, portanto, da remoção dos muitos impedimentos a que a oportunidade seja aproveitada. Agora sabemos que os impedimentos em questão não podem ser removidos de um só golpe, por um ato de imposição de outra ordem planejada – e assim a única estratégia disponível para realizar o postulado da 'sociedade justa' é a eliminação dos impedimentos à distribuição equitativa das oportunidades uma a uma, à medida que se revelam e são trazidas à atenção pública graças à articulação, manifestação e esforço das sucessivas demandas por reconhecimento. Nem todas as diferenças tem o mesmo valor, e alguns modos de vida e formas de união são eticamente superiores a outras; mas não há forma de definir qual é o que, a menos que seja dada a todas a oportunidade de defesa e fundamentar seu pleito. A forma de vida que poderá emergir ao fim da negociação não é uma conclusão determinada de antemão e não pode ser deduzida segundo as regras da lógica dos filósofos. (BAUMAN, 2003, p. 73-4)

Frisa-se que todos cidadãos, ainda que pertencentes a comunidades tradicionais ou habitantes de regiões mais remotas, buscam atingir a comunidade ética, onde todos possam ter melhores condições de educação, saúde, transporte, para se sentirem iguais e pertencentes à uma sociedade justa.

A esse propósito, a Organização das Nações Unidas - ONU, na sua missão de universalizar regras básicas mínimas a serem respeitadas por todos países, também aglutina no sentido do respeito ao meio próprio e diverso de cada cultura, além da visibilização da especificidade da comunidade tradicional.

3 COMUNIDADE TRADICIONAL, IDENTIDADE COLETIVA E TERRITORIALIZAÇÃO

A Comunidade tradicional, como grupo étnico, identifica-se como um grupo que se perpetua de modo amplo, compartilha valores culturais fundamentais, realizados em patente unidade nas formas culturais, se constitui num campo de comunicação e de interação, além de possuir um grupo de membros que se identifica e é identificado por outros como se constituísse uma categoria diferenciável de outras categorias do mesmo tipo (POUTIGNAT, 2011, p. 189-190).

Na visão liberal, a cidadania é um acessório, não um valor em si mesmo. Na visão comunitarista, os indivíduos são membros de unidades maiores do que si mesmos, e uma delas é a comunidade política" (VIEIRA, 2001, p. 40).

A comunidade, além do suporte cultural que estabelece com seus membros, se forma uma organização social como característica da autoatribuição ou da atribuição por outros a uma categoria étnica em razão de sua identidade básica mais geral, presumivelmente determinada por sua origem e seu meio-ambiente, para estabelecer interação.

Existe uma fronteira social que permite a continuidade dos traços étnicos, isto é, para que o grupo conserve sua identidade, mesmo na interação com outros, são estabelecidos critérios de pertencimento e meios de manifestação do pertencimento e exclusão, não sendo necessário que se encontre baseado na ocupação de territórios exclusivos. Pode ocorrer, ainda, a identificação de outra pessoa como pertencente a um grupo étnico, desde que compartilhe os traços culturais de avaliação e julgamento, sendo aceito como membro do grupo étnico.

As restrições impostas sobre o comportamento de um indivíduo que derivam de sua identidade étnica tendem então a ser absolutas e, nas sociedades poliétnicas complexas, bastante compreensivas; as convenções morais e sociais que as compõem tornam-se cada vez mais resistentes à mudança por estarem ligadas entre si de forma estereotipada como característica de uma identidade singular (POUTIGNAT, 2011, p. 198).

Poutignat e Streiff-Fenart (2011, p. 200) ressaltam, ainda, que:

O vínculo positivo que liga vários grupos étnicos em um sistema social englobante depende da complementaridade dos grupos no que concerne a certos traços de suas características culturais. Essa complementaridade pode fazer emergir uma interdependência ou uma simbiose e constitui as áreas de articulação.

Os povos e comunidades tradicionais possuem esta “consciência de si como grupo distinto, com identidade coletiva própria, e formas de organização intrínsecas que não se reduzem à ocupação econômica ou à relação com os meios de produção” (ALMEIDA, 2010, p. 105).

No mesmo espaço territorial, coexistem duas visões de apropriação do território, um em que a integração da Amazônia estabelece a criação de novos sistemas de objetos a serem apropriados como território de expansão do capital e das estratégias nacionais de soberania, alicerçadas no investimento de novos sistemas de objetos que aprofundam a integração territorial à dinâmica econômica nacional e continental, como rodovias, hidrovias, hidrelétricas e outros investimentos (SILVA, 2010, p. 54-55), coexistindo com a necessidade de manutenção do território tradicional das comunidades ribeirinhas.

Todavia, convém observar o impacto na reestruturação social e espacial sofrido, conforme preleciona o mesmo autor:

A leitura do território põe em relevo as tramas das transformações ou reestruturações espaciais que, sobretudo nos meios de comunicação, chegara a noticiar certa ‘esquizofrenia’ na Região Amazônica, principalmente, quando relacionado à incorporação da natureza ao processo produtivo ou, de modo simbólico, aos movimentos sociais. Nesse aspecto particular, a forma com que a natureza ou matéria física está sendo incorporada socialmente, não se dissocia das ações políticas e econômicas contemporâneas e, igualmente, da capacidade científico-tecnológica de transformar a matéria física em recurso social (RAFFESTIN, 1993; FLORIT, 2004; SEBASTIAN, 2006). Os conflitos sócio-territoriais são importantes indicadores da valorização histórica da natureza e do território, e as críticas e manifestações sociais em função da construção das hidrelétricas do rio Madeira, em Rondônia, atestam essas mudanças na região (SILVA, 2010, p. 50).

Alfredo Wagner Berno de Almeida critica a invocação de uma modernidade ou progresso para justificar que os agentes sociais atingidos por grandes projetos sejam menosprezados ou tratados etnocentricamente como primitivos e sob o rótulo de atraso, não importando se forem povos indígenas, quilombolas ou povos do cerrado brasileiro (ALMEIDA, 2010, p. 112), concretizando a desterritorialização¹³ destas comunidades tradicionais.

13 Almeida considera “desterritorialização o conjunto de medidas adotadas pelos interesses empresariais, vinculados aos agronegócios, para incorporar novas terras a seus empreendimentos econômicos, sobretudo na região amazônica. Para isso, estes interesses buscam liberar as terras tanto de condicionantes jurídico-formais e político-administrativos quanto de limitações associadas à presença de grupos étnicos ou de determinadas modalidades de uso das terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, quilombolas, seringueiros, quebradeiras de coco babaçu, castanheiros, comunidades de fundos de pasto, faxinais, ribeirinhos, ‘geraiseiros’ e outras categorias sociais” (ALMEIDA, 2010, p. 112).

Analisa a identidade coletiva, a auto atribuição e a vinculação do tradicional ao território em que se estabelece e se reconhece.

Esse advento da identidade coletiva chama a atenção para um novo padrão de relação política que está surgindo na sociedade brasileira. Isso envolve os povos indígenas, envolve o que antes se chamava de camponeses, o que antes se chamava meramente de extrativistas, e se chega numa dimensão em que novos agentes sociais aparecem com as designações que eles próprios se auto-atribuem. É o elemento da auto-atribuição aparecendo na sociedade brasileira. Isso data de 1985, depois se fortalece em 88. Depois, nós temos o advento dos novos movimentos sociais. São movimentos que têm raízes sociais profundas, raízes locais profundas, têm uma consciência ecológica, têm um critério político organizativo, repousam num fator étnico. Esse tipo de identidade coletiva que se objetiva em movimentos, depois de 88 diz respeito a seringueiros, diz respeito a quebradeira de coco babaçu, diz respeito a castanheiro, a ribeirinhos, pescadores, quilombolas, ou seja, é um conjunto de termos que antes, na nossa história, não designavam identidades coletivas, senão, de uma referência historicista. Agora, passaram a designar identidades objetivadas em movimentos. Essa passagem traz uma nova dimensão para o conceito de tradicional. (...). De 88 para cá, são poucos anos para se pensar em mudanças de instrumentos de percepção científica, mas, são suficientes para nós constatarmos que os instrumentos que estão sendo alterados são dinâmicos. Então, em vez de procedermos a uma mera separação entre terra e território, é importante trabalharmos com a idéia de processos de territorialização, é importante recorrermos a formas para percebermos o que é significativo para esses agentes sociais que estão invocando uma existência coletiva. Antes, eles tinham uma existência individual, amarrada com a natureza. Agora, eles estão com uma ruptura com essas imagens do nosso passado e estão se colocando como sujeitos (ALMEIDA, 2005, p. 3).

Há necessidade de analisar a questão dos recursos naturais, visto como espaço geográfico, e sua diferença do termo território, que indica identidade coletiva, pois ambas estão em constante inter-relação e interdependência.

O território como campo de forças, de uma teia ou rede de relações sociais, que, a par de sua complexidade interna, define, ao mesmo tempo, um limite, uma alteridade: a diferença entre nós (o grupo, os membros da coletividade ou 'comunidade', os insiders) e os 'outros' (os de fora, os estranhos, os outsiders) (SOUZA, 1995, p. 121), vinculando o conceito de território, a fronteiras comunitárias, rede de inter-relacionamento e interdependência.

Muito embora o objetivo da IIRSA, com 350 projetos nas áreas de transporte, energia e comunicação, estabeleceria a América do Sul como um importante entreposto de exportação, mas manteria a primarização da economia do "continente na medida em que reafirma a tese de que há vantagens comparativas aos países do cone sul em manterem-se especializados na exportação de produtos primários ou semielaborados, logo, com baixo valor agregado" (RODRIGUES, 2012, p. 379), o que aprofundaria a dependência das riquezas territoriais ao mercado e transformaria os "territórios em um conjunto de lugares servis e remotamente controláveis" (RODRIGUES, 2012, p. 379), influenciando diretamente no modo de vida das comunidades ribeirinhas.

4 DEMOCRACIA E COMUNIDADE POLÍTICA

Qualquer plano de integração regional ou sul-americana deve possibilitar a participação dos povos que constroem o território como recurso humano e abrigo, e não tão somente a vontade dos agentes hegemônicos exógenos ou endógenos aos territórios do continente.

O princípio democrático pressupõe a participação efetiva, direta ou indireta, dos cidadãos, nas decisões públicas, bem como que esta “mesma organização da comunidade política encontre sua legitimidade e justificação na vontade popular” (CRUZ, 2014, p. 15).

A legitimidade democrática respalda e confere a autoridade o poder, como “expressão da vontade da comunidade, que designa, por meio de regras de alcance geral, quem poderá mandar e como fará isso” (CRUZ, 2014, p. 16).

Há limites ao Poder Constituinte, quanto à representatividade da vontade da comunidade. O dado antropológico, abordado por Canotilho¹⁴, reforça que a legitimidade da Constituição estaria ameaçada se não considerados o comportamento, a motivação e cosmovisão do homem que compõe a Nação, e até mesmo “as projeções antropocêntricas do homem baseadas na razão e na capacidade do homem de realizar seus objetivos relativos ao mundo e à vida” (CRUZ, 2018, p. 86-8).

O artigo 21º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que: “A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos; e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto”.

A teoria do mandato é recepcionada em nossa Constituição Federal, no artigo 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A representação política fora o meio encontrado para viabilizar a expressão da vontade popular, em que, primeiramente, o fator da representação está na transmissão de autoridade dos eleitores aos seus representantes por meio do voto, conferindo liberdade aos mandatários para atuar em nome de um grupo, contudo, o segundo fator é que esta autorização está acompanhada do senso de responsabilidade e compromisso com os eleitores, o que impõe ao político o dever de se orientar segundo os interesses de quem ele representa (BORGES, 2018, p. 111).

Muito embora estas bases viabilizem a participação democrática dos cidadãos, isto não significa, necessariamente, que o mandato esteja sendo exercido como reprodução da vontade de um grupo. O que se observa é que, quanto maior o grau de participação popular, maior o nível de contribuição, “mais estreita é a sua relação com os políticos e mais eficaz será a representação política no atendimento a seus interesses” (BORGES, 2018, p. 114).

Problematiza-se ainda mais a participação efetiva da comunidade política, se esta não oportuniza espaço de visibilização de demandas étnicas, para que sejam representadas suas necessidades, a partir de um mundo complexo, “marcado na ordem material pela multiplicação

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, p. 116.

incessante do número de objetos e na ordem imaterial pena infinidade de relações que aos objetos nos unem (SANTOS, 2018, p. 171).

Uma comunidade política que se estabeleça como um espaço de manifestação da “mutação tecnológica e a mutação filosófica da espécie humana” (SANTOS, 2018, p. 174), com utilização democratizada da tecnologia de informação, constitucionalmente divisível, flexível e dócil, adaptável a todos os meios e culturas, atribuindo um novo sentido à existência de cada pessoa, dos espaços comuns compartilhados por diversas nações e também a todo o planeta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto de geração e integração do Rio Madeira ao sistema hidrelétrico nacional, com a possibilidade de fortalecimento da hidrovia para conexão deste eixo à Bolívia e ao Peru (IIRSA), propiciara o estabelecimento de um espaço de interesse regional e global, num território em que as fronteiras eram pouco permeáveis, impactando, sobremaneira, as comunidades ribeirinhas estabelecidas.

A criação deste espaço globalizado e plural fora firmado a partir de decisões políticas, sem a devida participação das comunidades tradicionais impactadas, e nem sua devida identificação e reconhecimento como comunidade.

Muito embora o Brasil seja adepto de uma democracia representativa, esta é carente de uma estrutura ética/filosófica de valores plurais e multiculturais, que concebam o espaço cultural, social e cosmológico na comunidade política das etnicidades vinculadas ao seu respectivo território.

Os valores definidos pela globalização econômica, objetificando o Rio Madeira, o estabelecera, e seu entorno, como valor de mercado, de estratégias empresariais e de blocos políticos, movidos por padrões éticos e de valores totalmente diversos das comunidades ribeirinhas atingidas.

Este espaço de interesses divergentes, sem o devido diálogo intercultural e solidário sobre a dignidade e cosmovisão das comunidades ribeirinhas, não oportunizara as trocas entre diferentes saberes e a concepção de um respeito mútuo entre as diversas culturas e espaços simbólicos.

Como consequência desta ausência de medidas de cooperação para proteger e preservar o meio ambiente necessário para a preservação das características étnicas (artigo 7^a, Convenção 169 da OIT), além da participação das comunidades ribeirinhas num diálogo coordenado e sistemático que garantisse o respeito pela sua integridade (artigo 2º), propiciaram a deslegitimação do discurso e desterritorialização das comunidades ribeirinhas como comunidade tradicional, afrontando a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, desrespeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, a sua cosmovisão.

A fragmentação da identidade coletiva e a falta de mecanismos de representação jurídica coletiva impossibilitam que as comunidades ribeirinhas desenvolvam um discurso unitário na comunidade política e de respeito aos seus direitos, no Poder Judiciário, judicializando sua demanda por reconhecimento como comunidade tradicional, num viés emancipatório.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; Zhou, Andréa; Loris, Antonio Augusto Rossotto; Brandão, Carlos; Bermann, Célio; Moral Hernandez, Francisco del et al. Capitalismo globalizado e recursos territoriais. Fronteiras da acumulação no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Lamparina Editora, 2010.
- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Conceito de terras tradicionalmente ocupadas. Seminário sobre questões indígenas. Revista da AGU, n. 8, set/dez. 2005, ano 4. Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/639912>, Acesso em: 17 out. 2018.
- BARTH, Fredrik. Ethnic Groups and Boundaries: The Social Organization of Culture Difference (1969). 2 ed. Long Grove/Illinois: Waveland Press, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt; Dentzien, Plínio. Comunidade. A busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BENATTI, José Heder. Das terras tradicionalmente ocupadas ao reconhecimento da diversidade social e de posse das populações tradicionais na Amazônia. Série Direito, Economia e Sociedade. Propriedades em transformação: abordagens multidisciplinares sobre a propriedade no Brasil. Débora Ungaretti, Marília Rolemberg Lessa, Diogo R. Coutinho, Flávio Marques Prol, Iagê Zendron Miola, Tomaso Ferrando (editores). São Paulo: Editora Edgard Blücher, 2018.
- BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. A inviabilidade de subsistência de um ambiente multicultural laico. Itajaí: Univali, 2017.
- BORGES, Gabriel Augusto Mendes. A representação política compartilhada entre cidadãos participativos e políticos: um princípio a fortalecer o poder legislativo. Organização CONPEDI/ UASB. Gina Esmeralda Chávez Vallejo; Lilian Márcia Balmant Emerique; Armando Albuquerque de Oliveira (coord.). – Florianópolis: CONPEDI, 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 02 dez. 2018.
- BRASIL. O que é o PAC? Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/pac-programa-de-aceleracao-do-crescimento/visao-geral/o-que-e-o-pac>. Acesso em: 19 out. 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direitos Fundamentais Sociais. O direito constitucional como ciência de direcção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social"). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHELOTTI, Manoel Cervo. Reterritorialização e Identidade Territorial. Sociedade & Natureza, 22, abr. 2010, p. 165-180. Uberlândia: EDUFU, 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/sn/v22n1/12.pdf>. Acesso em 22 mar. 2019
- CRUZ, Paulo Márcio. Sobre el principio republicano. Juridicas Manizales (Colombia), vol. 6, n. 1:

15 - 32, enero-junio 2009Disponível em file:///C:/Users/101123/Downloads/Dialnet-SobreElPrincipioRepublicano-3192116.pdf. Acesso em 31 mai. 2019. REVISTA

CRUZ, Paulo Márcio. Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI. Emanuela Cristina Andrade Lacerda (org.). Itajaí: Univali, 2014.

HONNETH, Axel; Repa, Luiz. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais. Traduzido por Luiz Repa; Apresentação de Marcos Nobre. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2015.

LIMA, Abnael Machado de. Terras de Rondônia: Geografia Física e Humana. 2ª ed. Porto Velho: editora do autor, 1991. p. 70

LOCH, F. A. S.; DINIZ FILHO, L. L. O Brasil na globalização: crítica à perspectiva de Milton Santos. Revista Geografar - Curitiba, v.9, n.1, p.63-98, jun./2014

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth. Trad. Elcio Fernandes. 2. Ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

RODRIGUES, Edmilson Brito. Território e soberania na globalização. Amazônia, jardim de águas sedento. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 48, jun. 1997. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em: 19 out. 2018.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 28ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2018.

SILVA, Ricardo Gilson. Dinâmicas territoriais em Rondônia: conflitos na produção e uso do território no período de 1970/2010. 2010 f. Tese (Doutorado em Geografia Humana) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.8.2011.tde-14092011-131342. Acesso em: 20 out. 2018.

SILVEIRA, Flávio Leonel Abreu da. As complexidades da noção de fronteira, algumas reflexões. Caderno Pós Ciências sociais, p. 17-38, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005. São Luis: UFMA, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Bens Culturais e proteção jurídica. Porto Alegre: UE/ Porto Alegre, 1977.

SOUZA, Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria; SILVA, Ricardo Gilson da Costa. O que buscam na justiça os que se reconhecem como afetados pelas usinas hidrelétricas implantadas no Rio Madeira? Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, v. 24, p. 263-280. Porto Velho, 2018.

SOUZA, Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria. Ribeirinhos do Rio Madeira e Usinas Hidrelétricas: comunidade tradicional e judicialização. Porto Velho: Unir, 2019.

VIEIRA, Liszt. Os argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001

A DIMENSÃO SOCIAL DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE E AS OCUPAÇÕES DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Victor Hugo de Souza Lima¹

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar o princípio da sustentabilidade e a sua dimensão ambiental, com enfoque da influência deste na solução de conflitos gerados pela ocupação de áreas de preservação permanente por populações de baixa renda. Realizada uma incursão no conceito do princípio da sustentabilidade, de sua envergadura constitucional, faz-se uma explanação acerca da dimensão social da sustentabilidade, que se baseia num processo de melhoria da qualidade de vida, redução das desigualdades sociais e efetivação dos direitos fundamentais sociais. A influência desse preceito é de extrema relevância para a resolução de conflitos ambientais, especialmente na hipótese objeto de enfoque neste artigo, de modo a expurgar soluções simplistas que descurem dos aspectos sociais e acabem incrementando a pobreza e, por consequência, favorecendo à ampliação das precárias condições de vida que representam um claro fator de degradação ambiental. O objeto da pesquisa é a dimensão social do princípio da sustentabilidade. O objetivo geral é analisar a influência da dimensão social do princípio da sustentabilidade na ocupação urbana das áreas de proteção permanente. Os objetivos específicos da pesquisa são demonstrar a necessidade de adoção multidimensional da sustentabilidade, focando na dimensão social. Com relação à metodologia, adotou-se o método indutivo, mediante as técnicas da pesquisa bibliográfica, do fichamento e do referente.

Palavras-Chave: Sustentabilidade, Dimensão Social da Sustentabilidade, área de proteção permanente e ocupação irregular.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao poder público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O princípio da sustentabilidade tem especial relevo na proteção ambiental e constitui valor jurídico constitucional supremo, funcionando como marco axiológico e normativo ínsito às relações do homem com o meio ambiente.

Não se resume tal princípio à dimensão puramente ambiental, extraíndo-se dele também as dimensões ética, econômica, jurídico-política e social, sendo esta última o foco do presente artigo científico, como paradigma a ser utilizado na resolução de conflitos ambientais gerados pelas ocupações irregulares de áreas de preservação permanente por populações de

¹ Defensor Público do Estado de Rondônia e mestrando em Ciências Jurídicas pela Univali.

baixa renda, em situação de vulnerabilidade.

Segundo dados do IBGE², cerca de 50 (cinquenta) milhões de brasileiros vivem na linha da pobreza, situação que contribui, e muito, para a degradação ambiental e a ocupação urbana irregular, especialmente as áreas de preservação permanente.

Nesse cenário, é comum que o Poder Público adote medidas contra os ocupantes, inclusive judiciais, no intuito de desocupar a área e demolir as moradias existentes com intuito de tutelar o meio ambiente, sem maiores preocupações com os reflexos sociais dessa medida na vida das pessoas, que tem seu estado de pobreza agravado por não ter outras alternativas de moradia.

Com efeito, o objeto do presente artigo é a dimensão social do princípio da sustentabilidade.

O objetivo geral é analisar a influência da dimensão social do princípio da sustentabilidade na ocupação urbana das áreas de proteção permanente e se o produto dessa análise pode levar a um incremento do desenvolvimento sustentável.

Com relação aos objetivos específicos, a pesquisa destina-se à demonstração da impossibilidade de se adotar uma visão oblíqua acerca da sustentabilidade, restrita ao aspecto ambiental, sem considerar a dimensão social, para, com isso, evitar-se a adoção de decisões que, sob auspícios de resguardar o meio ambiente, importem em incrementação da pobreza, como ocorre no caso de determinações judiciais que pura e simplesmente determinem a desocupação da área de proteção permanente e a demolição da edificação da moradia existente no imóvel.

Quanto à metodologia, empregou-se o método indutivo, mediante as técnicas da pesquisa bibliográfica, do fichamento e do referente.

1 O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE: CONCEITO E DIMENSÃO SOCIAL

O termo sustentabilidade é polissêmico e carregado de abstração, espalhando-se por vários campos jurídicos.

Bosselman diz que sustentabilidade “é ao mesmo tempo simples e complexa. Semelhante à ideia de justiça.” Segundo o autor “A maioria de nós sabe intuitivamente quando alguma coisa não é ‘justa’. Da mesma forma, a maioria de nós tem plena consciência de coisas insustentáveis: lixo, combustíveis fósseis, automóveis poluentes, alimentos não saudáveis (...)”. Porém, a complexidade reside no fato de não existir “(...) uma definição uniformemente aceita (...)”. A sustentabilidade “(...) não pode ser definida sem uma maior reflexão sobre valores e princípios.”³

2 OLIVEIRA, Nielmar de. IBGE: 50 milhões de brasileiros vivem na linha de pobreza. Agência Brasil, Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2017. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>. Acessado em 02/05/2018.

3 BOSSELMAN, Klaus. O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

De qualquer maneira, entende-se o princípio da sustentabilidade busca conciliar a proteção ambiental com o desenvolvimento socioeconômico, mediante o reconhecimento da finitude dos recursos ambientais.

Segundo Juarez Freitas, trata-se de um dever ético e jurídico-político de promover o bem-estar no presente, sem causar prejuízos ao bem-estar futuro, seja próprio ou de terceiros. É dizer, a sustentabilidade “consiste em assegurar, de forma inédita, as condições propícias ao bem-estar físico e psíquico no presente, sem empobrecer e inviabilizar o bem-estar no amanhã”.⁴

O termo desenvolvimento sustentável ganhou relevo no Relatório de Brundtland elaborado em 1987 pela Comissão Mundial para o meio ambiente e desenvolvimento, da Assembleia Geral das Nações Unidas, que apresentou o seguinte conceito: “O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades”⁵.

Com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, o desenvolvimento sustentável se concretizou como princípio, tendo tal documento, segundo Maria Luiza Machado Granziera, estabelecido uma conexão entre a pobreza mundial e a degradação ambiental⁶.

Gabriel Real Ferrer, ao classificar a conferência de 1992 como a segunda onda do Direito Ambiental, afirma que a partir desse documento se percebe que a solução dos problemas ambientais perpassa necessariamente pelo enfrentamento dos componentes do desenvolvimento e da pobreza.⁷

Isso porque o desenvolvimento sustentável não pode ser pensado numa linha puramente liberal, de mero crescimento econômico, despido de compromisso com as mazelas sociais, daí porque Marcelo Varella afirma que “em uma lógica mais política e social, o desenvolvimento é medido pela expansão de liberdades, como o acesso à saúde e à educação, à proteção do meio ambiente e à democracia”⁸.

Juarez Freitas defende uma visão multidimensional de sustentabilidade, dividindo-a em cinco dimensões, a social, a ética, a jurídico-política, a econômica e a ambiental.

A dimensão social, que é a que nos interessa no presente artigo, acolhe os direitos fundamentais sociais e exige o incremento da equidade intra e intergeracional; condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas; e o engajamento à causa do desenvolvimento, de modo a possibilitar, a longo prazo, a sobrevivência da sociedade, com dignidade e respeito à dignidade dos demais seres vivos.⁹

4 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-16.

5 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU e o meio ambiente. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acessado em 02/05/2018.

6 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2009, p. 43.

7 REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos. Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012, p. 315. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em 02/05/2018.

8 VARELLA, Marcelo Dias. Direito Internacional Econômico Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 40.

9 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro, p. 60.

Denise Schmitt Siqueira Garcia e Heloise Siqueira Garcia¹⁰ assim dissertam acerca da dimensão social da sustentabilidade:

Por fim, a dimensão social consiste no aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos, sendo também conhecida como capital humano. Ela está baseada num processo de melhoria na qualidade de vida da sociedade através da redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria com o nivelamento do padrão de renda, o acesso à educação, à moradia, à alimentação. Estando, então, intimamente ligada à garantia dos Direitos Sociais, previstos no artigo 6º da Carta Política Nacional, e da Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar da República Federativa do Brasil.

Inadmissível, portanto, um modelo de desenvolvimento excludente, oligárquico, indiferente, focado apenas no aspecto econômico ou mesmo ambiental. Há de haver um equilíbrio entre as facetas multidimensionais da sustentabilidade, “sob pena de modelo de governança (pública ou privada) ser autofágico e, numa palavra, insustentável”¹¹.

É importante observar que a Constituição Federal de 1988 tem na sustentabilidade um de seus valores supremos, nas precisas palavras de Juarez Freitas: “no sistema brasileiro, é, entre valores, um valor de estatura constitucional. Mais: é ‘valor supremo’, acolhida a leitura da Carta endereçada à produção da homeostase biológica e social de longa duração”¹².

Logo, tratando-se de um valor supremo, serve de carga axiológica para interpretação, ou reinterpretação, do ordenamento jurídico, porquanto se espalha por diversos ramos, até mesmo em razão de sua polissemia e multidimensionalidade.

Disso decorre que a hermenêutica constitucional é impregnada por esse valor, de sorte que a leitura, por exemplo, do art. 3º, II, da Constituição Federal, que estabelece o desenvolvimento nacional como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, só pode ser interpretado com um desenvolvimento sustentável e, a par da dimensão social, também adjetivado pelo termo social.

Mas sobretudo, sustentabilidade sob a dimensão social não se efetivará sem o abrigo aos direitos fundamentais social, previstos no art. 6º da Constituição Federal, quais sejam, o direito à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência social.

Diante do foco do presente artigo, cabe destacar o direito à moradia. Conquanto o texto constitucional não traga parâmetros explícitos para a definição de seu conteúdo, pode-se estabelecer uma relação estreita com o princípio da dignidade da pessoa humana e com a garantia de padrões qualitativos mínimos a vida saudável, com assinala Sartet¹³.

Segundo Tiago Fensterseifer, a garantia do direito fundamental social à moradia não é sinônimo de mera disponibilização de um teto sobre a cabeça, pois, em termos constitucionalmente desejáveis, exige-se um “espaço físico onde a vida humana possa se

10 GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira (Orgs). Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer. Livro Eletrônico. Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>> 1. ed. Itajaí : UNIVALI, 2014. p. 44-45.

11 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro, p.59.

12 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro, p. 109.

13 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 587-588.

desenvolver de forma plena e em padrões dignos de existência”, de um padrão mínimo de qualidade ambiental, com acesso à água, ao saneamento básico, à boa qualidade de atividade industrial.¹⁴

Há uma relação umbilical com o mínimo existencial, identificado sob duas dimensões conforme Denise Schmitt Siqueira Garcia e Heloise Siqueira Garcia, “de um lado, o direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação de uma existência minimamente digna; e, de outro, o direito de exigir do Estado prestações que traduzam esse mínimo.”¹⁵

Nesse sentido, Sarlet expõe que o direito social à moradia abrange posições jurídicas negativas (direito de defesa) e positiva (direita a prestações). No primeiro caso, na condição de direito de defesa impede-se que “a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares”¹⁶. Como prestação, “o direito à moradia abrange prestações fáticas e normativas, que se traduzem em medidas de proteção e de caráter organizatório e procedimental”¹⁷.

Com efeito, a garantia do direito social à moradia insere-se no âmbito da dimensão social do princípio da sustentabilidade, que por sua vez, como valor supremo, constitui referencial axiológico e normativo.

2 A OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

O Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), em seu art. 3º, inciso II, conceitua as áreas de preservação permanente como uma área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

O art. 4º da supracita lei estabelece a faixa considerada área de preservação permanente, em zonas rurais e urbanas:

a) faixas marginais de qualquer curso d’água natural e perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: 30 (trinta) metros, para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura; 50 (cinquenta) metros, para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; 100 (cem) metros, para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; 200 (duzentos) metros, para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; 500 (quinhentos) metros, para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;

b) as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de: 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d’água com até 20 (vinte) hectares de

14 FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção ambiental – A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 84.

15 GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira (Orgs). Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer. Livro Eletrônico. Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>> 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2014. p. 46.

16 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional, p. 588.

17 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional, p. 589.

superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;

c) as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;

d) as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;

e) as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;

f) as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) os manguezais, em toda a sua extensão;

h) as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

i) no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;

j) as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;

k) em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado.

A intervenção ou supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ocorrer na hipótese de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental (art. 8º, Lei nº 12.651/2012), as quais são detalhadas nos incisos VIII, IX e X do art. 3º da Lei nº 12.651/2012.

Entretanto, a realidade brasileira retrata a existência de ocupação irregular de áreas de preservação permanente, sem qualquer tipo de planejamento, muitas vezes em precárias condições sanitárias, fora dos preceitos legais, que estabelecem restrições à intervenção ou supressão de vegetação em tais áreas.

É fato notório que essas ocupações ocorrem, em grande parte, devido a falta de políticas públicas adequadas de moradia e planejamento urbano, numa clara omissão do poder público, sem falar na falta de uma educação ambiental adequada.

O certo é que as áreas de preservação permanente são importantes para a manutenção da qualidade do meio ambiente, motivo pelo qual o Direito Ambiental as tutela, estabelecendo normas protetivas, visando a conservação, preservação e regeneração desse espaço territorial.

Paulo Affonso Leme Machado¹⁸ afirma que:

18 MACHA

DO, Paulo Affonso Leme. Estudos de Direito Ambiental. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 719.

A vegetação, nativa ou não, e a própria área são objeto de preservação não só por si mesmas, mas pelas suas funções protetoras das águas, do solo, da biodiversidade [...], da paisagem e do bem-estar humano. A área de preservação permanente - APP é um favor da lei, é um ato de inteligência social e é de fácil adaptação às condições ambientais.

Esse processo contínuo de formação de assentamentos e ocupações irregulares, em condições precárias e com deficiente infraestrutura básica, é fator gerador de degradação ambiental e remete à necessidade de o Poder Público tomar providências administrativas ou judiciais para fazer cessar tal situação.

À míngua de um planejamento, e contando quase sempre com a omissão do ente público municipal, no caso das áreas de preservação urbana, são edificadas moradias ao redor das nascentes, na marginal de cursos d'água, em encostas de morras, enfim, em espaços que gozam de especial proteção.

Sem dúvida, quem mais se insere nesse contexto é a baixa camada social, especialmente nos centros urbanos, que se submete a precárias condições de moradia e sem maiores preocupações com os reflexos danosos ao meio ambiente.

Boa parte dos problemas ambientais se concentram nas áreas mais pobres, o que remete à clara relação existente entre pobreza e preservação ambiental, realidade que só tende a melhorar com uma maior distribuição de renda e a implementação de uma ampla educação ambiental.

Parece óbvio, portanto, que quanto menor a renda de um indivíduo, menor será a sua preocupação com o meio ambiente, haja vista que todos os seus esforços se concentraram no sustento pessoal e familiar, de modo que outras questões, como a ambiental, tornam-se irrelevantes. Num cenário em que se vive em condições mínimas, sobrevivência é a prioridade.

A miséria e a pobreza gerada pela falta de acesso à direitos básicos como saúde, saneamento básico, educação, trabalho, moradia, renda mínima, alimentação, lazer, dentre outros, representa claro fator de degradação ambiental e enfraquece a dignidade das pessoas de baixa renda.

Somente com um maior desenvolvimento social, e não meramente econômico, proporcionando melhores condições de vida as pessoas, é que se conseguirá uma maior conscientização acerca da importância da proteção do meio ambiente.

3 CONFLITO SOCIOAMBIENTAL E SOLUÇÃO A PARTIR DO PARADIGMA DA DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE

Com o surgimento de uma conflito socioambiental gerado pela ocupação por pessoas em situação de pobreza e, portanto, hipossuficientes, em vulnerabilidade social, ocupando uma área considerada de preservação permanente, para o fim de utilizá-la como sua moradia, o ente público competente, ao tomar providências, notifica o indivíduo a desocupar o local e lavra auto de infração, ao passo que, em caso de inércia, ajuíza ação judicial para tal fim, pedindo inclusive a demolição da edificação existente.

Nessa perspectiva, instaura-se, então, um choque entre o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito à moradia, cuja solução em âmbito administrativo ou judicial é de grande complexidade, não só jurídica como prática.

À primeira vista, a solução mais simples seria a determinação de desocupação da área, com demolição da eventual edificação existente, como forma de preservar e/ou recuperar a área de preservação permanente. O particular arcaria com esse ônus, por ser presumidamente sabedor de que o local não admite a ocupação fora das hipóteses legais de utilidade pública ou interesse social, e não poderia reivindicar nada em troca, por se tratar de um ato ilícito, contrário ao que dispõe a legislação ambiental.

Tal decisão contemplaria, digamos, uma visão mais ecológica ou uma leitura isolada, e capenga, da sustentabilidade em sua dimensão ambiental, à dar primazia a proteção ambiental e garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem adentrar nos efeitos sociais da medida, preocupando-se apenas com a imediata cessação da degradação, que é o foco da proteção.

Seria algo como se, a partir do discurso ecológico e preservacionista, a esfera ambiental estivesse acima das questões sociais, que não se inseririam no âmbito de atuação do Direito Ambiental.

É justamente nesse contexto que a dimensão social do princípio da sustentabilidade pode atuar de forma a permitir uma solução que contribua para uma sociedade ambientalmente sustentável e ao mesmo tempo socialmente justa.

Isso porque permeado pela dimensão social da sustentabilidade é inadmissível o desprezo do contexto social da problemática apresentada. É intuitivo que a exclusão desse dado, gera uma decisão potencialmente causadora de danos sociais e, conseqüentemente, amplia a situação de pobreza no conflito ambiental analisado.

Vale dizer, decisões que prestigiam a proteção ambiental puramente, e que determinam a desocupação da área de preservação permanente e demolição da edificação existente no imóvel, sem se preocupar com o destino dos ocupantes, deixando-os à própria sorte, causam um incremento da pobreza e, por isso, devem ser tidas como insustentáveis.

Aliás, pode-se até conjecturar que situações que desconsideram o aspecto social das ocupações irregulares em questão, em que a vulnerabilidade social dos ocupantes é latente, é bem possível que tais pessoas ocupem outra área também de forma inadequada e, como isso, causem novos danos ambientais.

A premissa de que o meio ambiente estaria sendo protegido é, portanto, indisfarçavelmente falsa, pois o efeito é reverso. Não haverá proteção ambiental desacompanhada de proteção à direitos fundamentais básicos, como o da moradia.

Não se pode garantir o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e, ao mesmo tempo, descurar outros direitos fundamentais, no caso o da moradia, diante do caráter indivisível e interdependente dos direitos fundamentais e que, em última análise, compõem a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, afirma Tiago Fensterseifer¹⁹:

Sem o acesso a tais condições existenciais mínimas, não há que se falar em liberdade real ou fática, quanto menos em um padrão de vida compatível com a dignidade humana. A garantia do mínimo existencial trata-se, em verdade, de uma premissa ao próprio exercício dos demais direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade, direitos sociais, ou mesmo direitos de solidariedade, como é o caso do direito ao ambiente. Por trás da garantia constitucional mínimo existencial, subjaz a ideia de respeito e consideração, por parte da sociedade e do Estado, pela vida de cada indivíduo, que, desde o imperativo categórico de Kant, deve ser sempre tomada como um fim em si mesmo, em sintonia com a dignidade inerente de cada ser humano.

Segundo Denise Schmitt Siqueira Garcia e Heloise Siqueira Garcia²⁰ a manutenção de um mínimo existencial é indispensável para se alcançar uma proteção ambiental efetiva, sendo necessário a adoção de políticas pelos poderes constituídos de implementação dos direitos fundamentais:

Só que para isso também é necessário lembrar que para se falar em proteção ambiental, devem-se levar em consideração outros fatores além do simples fato de não derrubar uma árvore, de proteger uma reserva, etc, ou seja, faz-se necessário a manutenção do mínimo existencial, que são os direitos fundamentais necessários para manutenção da Dignidade humana.

Para o atendimento de todas essas premissas acima explícitas faz-se necessário um aprimoramento de políticas públicas nos países. Considerando Políticas públicas o conjunto de normas elaboradas pelo Poder Legislativo, das ações realizadas pelo Poder Executivo, bem como pela fiscalização pelo Poder Judiciário da garantia dos Direitos fundamentais quando houver essa provocação pela sociedade, eis que quando o Poder Judiciário interfere nas Políticas Públicas ele faz um controle de constitucionalidade, ou seja, pode controlar a aplicação do artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Logo, sob a dimensão social do princípio da sustentabilidade, tem-se que decisões que ignorem os aspectos sociais não se sustentam nem mesmo sob o a premissa da sustentabilidade, e qualificam-se, isto sim, como insustentável.

Com efeito, na hipótese adotada como problemática, de ocupação irregular de área de preservação permanente pela população de baixa renda, a decisão de resolução desse conflito, ou mesmo a política pública de enfrentamento, não se conforma com a mera desocupação forçada da área e a demolição das construções existentes.

Para atender o princípio da sustentabilidade é obrigação do Poder Público garantir o direito à moradia dessa população, mediante políticas públicas que permitam o acolhimento e alocação em ambientes adequados, seja pela inclusão em projetos de habitação ou locação social, enfim adote medidas que tornem mais precárias as condições de quem já está em situação de vulnerabilidade.

Por outro lado, caso se trate de uma área de ocupação consolidada, já impactada, sem

19 FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção ambiental – A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008 p. 271.

20 GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira (Orgs). Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer. Livro Eletrônico. Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>> 1. ed. Itajaí : UNIVALI, 2014. p. 51-52.

as características que lhe gravavam como uma área de preservação permanente, a dimensão social do princípio da sustentabilidade exigirá a regularização fundiária e mesmo a concessão de direito real de uso de bem público, cumpridos os demais ditames legais.

A solução proposta parecer ser a que remete à construção de uma sociedade ambientalmente sustentável e um avanço da justiça ambiental, com valorização da vida e dignidade da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da sustentabilidade, valor supremo constitucional, dotado de carga axiológica que impregna o sistema jurídico, tem por objetivo garantir uma vida saudável às pessoas, sem prejudicar as gerações futuras, que não podem ser privadas das bases vitais que mantêm a vida com qualidade no planeta.

Tem caráter multidimensional e deve ser analisado com essa profundidade, evitando-se uma leitura superficial e incompleta do princípio, que prioriza apenas uma ou outras dessas dimensões em detrimento das demais, gerando um claro desequilíbrio e, por consequência, uma decisão insustentável.

O enfoque teórico do presente artigo foi justamente uma dessas dimensões, a social, que estabelece uma clara relação entre a degradação ambiental e a pobreza, propugnando a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais e de uma maior distribuição de renda, de modo a diminuir as notórias desigualdades sociais.

Não é possível pensar em proteção ambiental sem que haja um enfrentamento das mazelas sociais existentes, eliminação da miséria, garantia de um mínimo existencial ou a redução do abismo social que gera imensa diferença na qualidade de vida dos mais pobres e da classe de elite.

Não há como se exigir um nível de consciência ambiental de quem sequer consegue prover o seu sustento pessoal e familiar ou uma vida com dignidade, despida de garantias básicas.

O cenário brasileiro é preocupante e há muito ainda a ser feito para a concretização da dimensão social do princípio da sustentabilidade, especialmente no que toca às políticas públicas de moradia. Sem isso, dificilmente se alcançará a redução dos níveis de degradação ambiental.

Esse contexto é um dos fatores que leva à ocorrência de ocupações irregulares de área de preservação permanente por pessoas de baixa renda, situação que deve ser analisada e solucionada a partir da dimensão social da sustentabilidade, excluindo-se decisões que causem maior precarização dos direitos fundamentais sociais dos ocupantes.

O Estado, por meio dos poderes constituídos, inclusive o Judiciário, deve efetivar os direitos sociais para que haja a preservação ambiental, e não impor soluções oblíquas que visem apenas a retirada de pessoas das áreas protegidas, sem prestar-lhe a correspondente assistência social e preservação dos direitos sociais em jogo, como na hipótese discutida no

presente artigo.

O desenvolvimento sustentável, capaz de garantir o bem-estar das gerações atuais e futuras, exige uma implementação da dimensão social, com toda a carga axiológica que a acompanha no tratamento das demais questões ambientais.

REFERÊNCIAS

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira (Orgs). Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer. Livro Eletrônico. Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>> 1. ed. Itajaí : UNIVALI, 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e proteção ambiental – A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Estudos de Direito Ambiental. São Paulo: Malheiros, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU e o meio ambiente. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acessado em 02/05/2018.

REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos. Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em 02/05/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

VARELLA, Marcelo Dias. Direito Internacional Econômico Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E AS NORMAS ALUSIVAS À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA: UMA ANÁLISE À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Vinicius de Assis¹

Marta Luiza Leszczynski Salib²

RESUMO: O presente artigo analisa os fundamentos da terceirização de mão de obra na administração pública e seus limites de ordem constitucional. Para isso, apresenta a origem da terceirização trabalhista no âmbito da administração pública dentro do contexto político normativo brasileiro e seus fundamentos justificadores, especialmente a luz do princípio da eficiência, incluído no ordenamento constitucional pela Emenda Constitucional nº. 19/98. Analisa-se, ainda, a concepção do princípio da eficiência sob o viés axiológico do neoconstitucionalismo no tocante à terceirização no âmbito da Administração Pública e de que maneira o Estado pode ser responsabilizado pelo inadimplemento de eventuais débitos trabalhistas. O método utilizado foi o indutivo, com revisão literária e jurisprudencial. Por fim, consideraram-se os argumentos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise do RE 760931 e da ADC 16, como insuficientes para garantir a proteção dos direitos sociais trabalhistas em contratos de terceirização com a administração pública, com fulcro no paradigma do neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Princípio da Eficiência. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT: The present article analyzes the fundamentals of the outsourcing of labor in the public administration and its limits of constitutional order. For this, it presents the origin of labor outsourcing in the scope of public administration within the Brazilian normative political context and its justification grounds, especially about the principle of efficiency, included in the constitutional order by Constitutional Amendment no. 19/98. The conception of the efficiency principle under the axiological bias of neoconstitucionalism regarding outsourcing within the Public Administration is analyzed, and in what way the State can be held liable for non-compliance with possible labor debts. The method used was the inductive one, with literary and jurisprudential revision. Finally, the arguments presented by the Federal Supreme Court, when

1 Vinicius de Assis. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Professor do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Advogado. E-mail: vinicius.assis@fcr.edu.br

2 Marta Luiza Leszczynski Salib. Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO); Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR) e da Pós Graduação em Direito Civil e Processo Civil da UNESC/RO; Advogada. E-mail: marta.salib@fcr.edu.br

analyzing RE 760931 and ADC 16, were considered insufficient to guarantee the protection of labor social rights in outsourcing contracts with the public administration, with a focus on the paradigm of neoconstitutionalism.

Keywords: Outsourcing. Public administration. Principle of Efficiency. Neo-constitutionalism.

INTRODUÇÃO

A terceirização de mão de obra no âmbito da Administração Pública surge dentro no âmbito da política neoliberal promovida na década de 90, quando da reforma do aparelho estatal que visava um modelo de Administração Pública gerencial de resultados, sob uma visão mercadológica do princípio da eficiência. Via de consequência, a transferência da prestação dos serviços públicos à iniciativa privada seria uma maneira de racionalizar os recursos públicos, gerando economicidade e eficiência.

Contudo, neste novo panorama jurídico insurge o debate sobre a responsabilidade civil do Estado no que tange ao inadimplemento dos contratos de trabalho pelas empresas prestadoras de serviços terceirizados. Isso porque, sob um enfoque constitucionalista e processual, a análise recai sobre a necessidade – ou não – do jurisdicionado comprovar a culpa *in vigilando* do Estado no adimplemento das verbas trabalhistas devidas pela empresa prestadora de serviços aos seus empregados terceirizados.

A partir de todo contexto político-normativo da terceirização no âmbito da Administração Pública, questão central que se levanta é qual seria a modalidade e a extensão da responsabilidade da Administração Pública frente aos débitos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviço. O estudo pretende examinar as premissas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal quando das decisões proferidas no RE 760931 e na ADC 16, questionando o acerto e a pertinência das mesmas.

Reputa-se que a temática em questão é relevante sob os aspectos tanto sociais quanto jurídico e o recente arresto do Supremo Tribunal Federal evidencia a sua atualidade, notadamente, dentro de um contexto de ameaça de retrocesso aos direitos fundamentais sociais, e, de constantes apelos por uma Administração Pública mais eficiente.

1 TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DENTRO DO CONTEXTO POLÍTICO-NORMATIVO BRASILEIRO

A rigidez clássica do direito administrativo pátrio passou por mudanças substanciais que, em último momento, objetivou, de acordo com a visão de muitos, modernizá-lo. Tais mudanças, muitas das quais acentuadamente promovidas na década de 90 se inserem direta ou indiretamente na chamada reforma administrativa, também conhecida como reforma do aparelho do Estado (PEC nº 19/1998), ou, nas palavras do então Ministro da Administração

Federal, Luiz Carlos Bresser Pereira³, um de seus mais notáveis defensores: da reforma gerencial.

O ponto de partida ideológico dessa reforma traduzia-se na ideia de que as mudanças ao texto constitucional, bem como, as novas leis ordinárias que vinham tomando espaço no âmbito normativo da Administração Pública brasileira visavam implantar um modelo de Administração Pública gerencial de resultados. Para Luiz Carlos Bresser Pereira⁴, a batizada reforma gerencial inscreve-se em um contexto histórico-evolutivo, em que se supera um modelo de Administração Pública burocrática.

Dentro dessa perspectiva, não surpreende que a comentada reforma do aparelho do Estado capitaneada pela então PEC nº 19/1998, ao nortear-se por diversas outras diretrizes, erigiu a eficiência como princípio constitucional, adicionado aos demais inscritos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A mencionada reforma provocou uma profunda mudança no pensamento doutrinário administrativista pátrio, sendo objeto de um grande processo de flexibilização – fortemente influenciado pela ideologia das políticas neoliberais⁵ que, principalmente no início da década de 90, tiveram forte influência no cenário político, social, econômico e jurídico pátrio.

Para Helder Santos Amorim⁶, o tratamento do funcionalismo público brasileiro, assim como o regime único estatutário de contratação, inserto pelo constituinte originário, passou a ser identificado como um resquício da Administração Pública burocrática. A justificativa central era de que nem todo o funcionalismo deveria estar sob a égide do regime único de contratação da Administração Pública – tecnicamente dizendo; do regime estatutário -, fazia-se instrumental a separação entre as atividades fins (*core activities*) e as atividades acessórias, ou, de apoio.

A racionalidade gerencial que os reformistas, à época, buscaram, fez incutir a ideia de que o regime estatutário e sua ampla garantia social ao funcionalismo público deveria estar atrelada tão somente ao servidor que desempenhasse uma atividade fim dentro da máquina pública. As atividades de caráter acessório, por sua vez, poderiam estar afetas à outros regimes⁷.

Com efeito, deve-se reconhecer que, essa perspectiva ideológica, de inegável influência neoliberal⁸, ganhou vida no texto normativo constitucional graças aos esforços do constituinte derivado da época, na medida em que a EC 19/1998 alterou o art. 39 e suprimiu a obrigatoriedade do regime jurídico único estatutário⁹.

3 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado para a cidadania. São Paulo: Ed. 34, 1998. p. 17-23.

4 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado para a cidadania. São Paulo: Ed. 34, 1998.p. 25.

5 Emerson Gabardo destaca os postulados neoliberais como uma decisão política que identifica as funções estatais a depender da racionalidade econômica “a partir da idéia inicial de que o Poder Público só pode atuar de forma complementar, pois o protagonista da ação social deve ser o mercado. GABARDO, Emerson. O jardim e a Praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do estado social. 2009. 396 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 200.

6 AMORIM, Helder Santos. Terceirização no Serviço Público: um Análise à Luz da Nova Hermenêutica Constitucional. São Paulo. Ed 1, 2009.p.65-70.

7 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado para a cidadania. São Paulo: Ed. 34, 1998.p.95.

8 Para Paulo Márcio Cruz: “O pensamento neoliberal é econômico, mas também propõe um sistema político que, de modo paradoxal, nega o político, sustentando que as condicionantes econômicas internacionais determinam o caminho a seguir, independente da orientação política governante, com a retirada progressiva do Estado das funções de Bem-Estar, excessivamente expandido e ineficiente, levando-o para uma posição de não-intervenção relativa, já que o Neoliberalismo, diferente do Liberalismo, admite fazer algumas concessões às propostas de providência.” CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo, 3 ed., 1ª tir., Curitiba, Juruá, 2003. p. 228/229.

9 NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. O Regime Jurídico dos Servidores Públicos após a Edição da Emenda Constitucional nº 19/98. R. Dir. Proc. Geral,

O direito à estabilidade no serviço público era identificado como um dos principais aspectos do regime estatutário a ser flexibilizado, para garantir a tão propagada eficiência. O advento da EC 19/1998 e a consequente supressão da obrigatoriedade de contratação de mão de obra pela Administração Pública, vinculada ao regime jurídico único estatutário, apontava para um horizonte em que seria juridicamente admitido – mesmo no âmbito da Administração Pública direta - duas classes de servidores; os estatutários e os contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Sem dúvidas, a edição da Lei nº 9.962/2000, que dispõe sobre a contratação de empregados públicos para os órgãos da administração direta, autárquica e fundacional, é a concretização dessas pretensões¹⁰.

Para a lógica da reforma administrativa, a estabilidade só estaria atrelada ao servidor estatutário, ao passo que, o empregado público, estaria estritamente vinculado à normativa celetista – podendo ser livremente demitido ou exonerado de suas funções¹¹. Apesar dos avanços reformistas, Helder Santos Amorim¹² pondera que, suas pretensões foram frustradas, graças à edição da Súmula 390 do Tribunal Superior do Trabalho, que, garantiu, também ao empregado público vinculado à administração direta, autárquica e fundacional, o direito à estabilidade.

A partir dessa contextualização, pode-se afirmar que se abriu espaço para uma grande tendência de contratação de mão de obra terceirizada na Administração Pública, haja vista a possibilidade já existente por meio do Decreto nº 2.271/97¹³.

Em resumo, a Administração Pública pautada em uma percepção empresarial e produtivista do então novel princípio constitucional da eficiência – também fortemente ligado à ideia de eficiência econômica de redução de custos – encontrou no regime ultraflexível da terceirização, o modelo de gestão da coisa pública, mais próximo de seus desejos de flexibilização de direitos laborais *lato sensu* na gestão dos custos em recursos humanos. Na prática, a Administração Pública encontrava-se com duas possibilidades; de um lado a rigidez pura do regime estatutário, e, de outro, a ultra flexibilidade no regime de contratação de mão de obra terceirizada¹⁴.

A questão é que, aplicando uma visão de eficiência empresarial – com a neutralidade axiológica típica do Estado Liberal¹⁵, onde afasta o “programa de realizações”¹⁶ do Estado Social – a terceirização representa uma escolha lógica para o gestor público que, identifica a eficiência na Administração Pública, do mesmo modo em que a concebe, no contexto de

Rio de Janeiro, (53), 2000, p. 148-149.

10 NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. O Regime Jurídico dos Servidores Públicos após a Edição da Emenda Constitucional nº 19/98. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (53), 2000, p. 149.

11 NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. O Regime Jurídico dos Servidores Públicos após a Edição da Emenda Constitucional nº 19/98. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (53), 2000, p. 149-150.

12 AMORIM, Helder Santos. Terceirização no Serviço Público: um Análise à Luz da Nova Hermenêutica Constitucional.. São Paulo. Ed 1, 2009.p.68.

13 MARIANO, Carlos Renato Simões. O Fenômeno da Terceirização na Administração Pública Direta e Indireta: efeitos jurídicos da ADC 16 frente à aplicabilidade da Súmula nº. 331, do TST. UNIFIA, Amparo, 2012, p. 22-23 (do PDF). Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/monografia_pos-graduacao_2012_especializacao_em_direito_do_estado_pre-textuais_textuais_e_pos-textuais_2012.pdf>. Acesso em: 14 de nov. de 2018, às 15:00 horas.

14 NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. O Regime Jurídico dos Servidores Públicos após a Edição da Emenda Constitucional nº 19/98. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (53), 2000, p. 148.

15 Paulo Márcio Cruz descreve: “Corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII, o liberalismo caracteriza-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro”. CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo, 3 ed., 1ª tir., Curitiba, Juruá, 2003. p. 88.

16 MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Econômico. 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2003, p. 31.

competitividade, produtividade e lucratividade inerente à iniciativa privada¹⁷, razão pela qual, desde a edição do Decreto nº 2.271/97, o que se observou foi um aumento substancial da terceirização na Administração Pública.

Em sua concepção básica, a terceirização no âmbito da Administração Pública constitui em uma relação trilateral que comporta a presença do trabalhador, da empresa prestadora e do ente público tomador, devendo-se destacar o obreiro fornecido pela empresa prestadora, necessariamente para o desempenho de atividades acessórias à finalidade para qual o ente público se presta, sob pena de se recair em uma ilicitude¹⁸.

Contudo, o fenômeno da terceirização na Administração Pública, a depender da qualidade de sua gestão, pode gerar impactos negativos, na medida em que se observa a constante inadimplência das empresas prestadoras de serviço em relação aos débitos trabalhistas destas para com seus empregados¹⁹.

2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA PROPOSTA SOB AS VESTES DOS VALORES AXIOLÓGICOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Como já dito, a reforma gerencial nos idos dos anos noventa erigiu como um de seus postulados basilares, o princípio da eficiência - o qual fora incluso ao rol já existente dos princípios norteadores da Administração Pública inserto no artigo 37, *caput* da Constituição Federal²⁰. O mecanismo da utilização de mão de obra terceirizada no âmbito da Administração Pública, à época já possível em razão do Decreto nº 2.271/97, passou a ser amplamente usado pelo administrador público, que o identificava como uma opção lógica e em perfeito alinhamento com o novel princípio norteador da eficiência.

É importante notar que o princípio da eficiência catalisava em uma só palavra todo o ideal que subjazia a reforma gerencial, ou seja; aproximar o modo de administrar da máquina pública ao modo de administrar próprio da iniciativa privada²¹. Assim, como visto, a Administração Pública pautada em uma percepção empresarial e produtivista do então novel princípio constitucional da eficiência, encontrou na possibilidade de terceirizar mão de obra uma forma de se aproximar do modelo privado de gestão dos custos, bem como, de operabilidade no tocante aos recursos humanos.

São duas as principais razões que - dentro da mencionada lógica empresarial atribuída, pela reforma gerencial ao princípio da eficiência - justificam o uso do mecanismo da terceirização no âmbito da Administração Pública. Primeiramente, justifica-se pela redução do custo da mão de obra, e, após, no ideal de especialização das empresas em atividades que lhes

17 OHNO, Taiichi. O sistema Toyota de Produção: além da produção em larga escala. Tradução de Cristina Schumacher, Porto Alegre: Bookman, 1997, p. 23-30.

18 RAMOS FILHO, Wilson. A terceirização do trabalho no Brasil: perspectivas e possibilidades para uma revisão da jurisprudência. Revista Fórum Trabalhista - RFT, Belo Horizonte, ano 3, n. 15, p. 157-185, nov./dez. 2014, p. 174.

19 RAMOS FILHO, Wilson. A terceirização do trabalho no Brasil: perspectivas e possibilidades para uma revisão da jurisprudência. Revista Fórum Trabalhista - RFT, Belo Horizonte, ano 3, n. 15, p. 157-185, nov./dez. 2014, p. 181-182.

20 Incluem-se, neste rol, também, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, os quais constam no texto do constituinte originário - antes da redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, onde se incluiu o princípio da eficiência ao seu rol de princípios norteadores da atividade administrativa do Estado.

21 Pretensamente, o modo de administrar para os reformistas era mais eficiente. Esse pressuposto deu o tom do discurso político dos que militavam pela dita reforma do aparelho do Estado.

são próprias, as quais, para a Administração Pública, consistem em atividades meio - razão última que possibilitaria ao ente público canalizar os seus esforços para sua atividade fim.

No que se refere à justificativa de redução de custos de mão de obra na máquina pública, leciona Helder Santos Amorim, analisando o contexto político, à época da reforma gerencial, que a Lei de Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), ao regulamentar a nova redação do art. 169 da Constituição inserida pela EC nº 19/1998, prevê um rígido regime de gastos dos entes públicos com servidores próprios, sob pena de responsabilidade do administrador²², fato este que promoveu a prática da terceirização no âmbito da Administração Pública, como mecanismo de conter gastos para fins de enquadramento à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Por outro lado, no que tange à justificativa da especialização das empresas em atividades que lhes são próprias, Maria Sylvia Zanella di Pietro aponta que um dos aspectos do princípio da eficiência se alinha com o “modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública” como forma de “alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público²³”. Nesse ponto, a terceirização de mão de obra, aos olhos dos reformistas, apresentava-se ao administrador público, ungido pelo conceito de eficiência propagado pela reforma gerencial, como um caminho adequado para a melhor consecução do serviço fim da máquina pública, bem como, do melhor meio para alcançar o atendimento do interesse público.

Contudo, atualmente, a grande questão repousa na real definição que se deve atribuir ao conceito de eficiência quando inserido na estrutura jurídica da Administração Pública. Certo é que, o conceito de eficiência próprio do setor privado, no qual se encontra em um sistema de competitividade e busca por lucro, necessariamente não será o mesmo daquele que se deve atribuir ao exercício administrativo do Estado, o qual tem por finalidade primordial a consecução do interesse público. Emerson Gabardo, em comentário ao princípio da eficiência no âmbito da Administração Pública, bem coloca que esta deve ser compreendida “como um valor dependente de fundamentos por um lado éticos e, por outro, inerentes à justiça como ideal maior do Estado²⁴”.

Uma interpretação sistemática da Constituição Federal, leva-nos à conclusão que, qualquer concepção de eficiência ligada às atividades da Administração Pública, deve se enquadrar, antes de tudo, com à dialética constitucional movida pelos valores axiológicos do neoconstitucionalismo²⁵, o que, naturalmente compreende a exigência inafastável de observância aos direitos fundamentais e sua aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º da Constituição Federal).

Com efeito, a justificativa de especialidade da empresa prestadora de serviço, como forma de otimização das atividades fins do serviço público, não se apresenta como meio adequado para a valorização do trabalho na estrutura da Administração Pública, nos moldes

22 AMORIM, Helder Santos. Terceirização no Serviço Público: um Análise à Luz da Nova Hermenêutica Constitucional. São Paulo. Ed 1, 2009.p.69.

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, p. 83.

24 GABARDO, Emerson. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. São Paulo: Dialética, 2002, p. 146.

25 Ao referir ao neoconstitucionalismo pretende-se chamar a atenção ao movimento de revalorização da constituição como instrumento conformador da ordem jurídica. A consagração da dignidade da pessoa humana como metaprincípio e a aplicação imediata dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos fundamentais sociais atestam a força normativa que a Constituição ganhou. Todos esses valores vão contra a precarização decorrente do mecanismo da terceirização.

do artigo 7º da Constituição Federal e demais direitos fundamentais que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores

Nesse sentido, Carolina Zancaner Zockun²⁶, frisa que existem outras formas da Administração Pública alcançar as vantagens do serviço especializado no serviço público, e menciona, particularmente a licença-capacitação, prevista no artigo 87 da Lei 8.112/90²⁷ e regulamentada pelo Decreto Federal nº 5.707/2003, bem como, a necessidade de manutenção das escolas de governo para a formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos, estas últimas, decorrentes da exigência do artigo 39, § 2º da Constituição de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Para a autora, “a especialização advinda, em tese, com a terceirização pode (e deve) ser obtida pela Administração por meio da capacitação de seus servidores e empregados públicos”, na medida em que, trata-se de método em convergência com os valores axiológicos do trabalho digno protegido pela Constituição Federal.

Do mesmo modo, a justificativa para a lógica terceirizadora alicerçada na necessidade de redução de custos com mão de obra, apesar de encontrar intimidade com a lógica capitalista, produtivista própria de um mercado movido pela competitividade acirrada, passa ao largo dos valores ao respeito da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da Constituição Federal) e da consecução do interesse público, ao qual o administrador deve observar.

Este fenômeno da terceirização é, por excelência, uma forma de exploração e barateamento do trabalho humano, não se pode negar que, em sua essência, a empresa prestadora de serviço terceirizado se apropria de parte do pagamento do terceirizado²⁷. A dinâmica da prestação de serviço terceirizado já demonstrou ser extremamente danosa para o obreiro, é na terceirização que, ganham vida diversas facetas da precarização do trabalho, como *e.g.*, o aumento de casos de acidente de trabalho e situações análogas à escravidão.

Afora as constatações já percorridas, inúmeros estudos demonstram que o trabalho terceirizado é extremamente nocivo às relações de trabalho. Neste sentido, Maria da Graça Druck²⁸, sobre o fenômeno da terceirização, sintetiza a precarização do trabalho decorrente da terceirização em quatro dimensões; i) do emprego (e do mercado de trabalho), ii) das condições de trabalho (do processo de intensificação do trabalho e dos riscos), iii) da saúde do trabalhador (maior exposição aos acidentes e adoecimentos) e iv) dos sindicatos (pela fragmentação e pulverização das organizações sindical e seu enfraquecimento).

Não é demais lembrar que os direitos dos trabalhadores, tanto na normativa constitucional quanto na normativa infraconstitucional, são o resultado histórico de anos de lutas, símbolos da superação de uma visão do trabalho produtivista e predatória, balizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal), externalizados de forma específica no artigo 7º da Constituição Federal e seus incisos, relativos aos patamares mínimos a serem respeitados nas relações de trabalho. Para Norberto Bobbio, os direitos fundamentais são direitos históricos, frutos de certas circunstâncias, “caracterizadas por lutas

26 ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da terceirização na Administração Pública direta, autárquica e fundacional. 2013. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. São Paulo. p. 174.

27 ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da terceirização na Administração Pública direta, autárquica e fundacional. 2013. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. São Paulo. p. 168.

28 DRUCK, Maria das Graças. (1999). Terceirização: (Des)Fordizando a Fábrica – um estudo do Complexo Petroquímico da Bahia. São Paulo/Salvador: Boitempo/Edufba.

em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”²⁹.

Nesse contexto de Estado Constitucional, Luísa Cristina Pinto e Netto registra que os direitos fundamentais são escolhas básicas da comunidade política, inseridas na Constituição, de forma mais ou menos analítica, com substrato material-valorativo, “impregnando-a das derivações da dignidade da pessoa humana, com capacidade irradiante para toda a ordem jurídica e vinculante de qualquer atuação estatal”³⁰.

Assim, qualquer conduta ou interpretação normativa que pretenda relegar a efetivação de direitos fundamentais devem ser afastadas em face do princípio da força normativa e da máxima eficácia e efetividade da Carta Magna. Ambos princípios orientam a interpretação da legislação infraconstitucional, impulsionando o exegeta no caminho da busca pela concretude dos direitos sociais³¹.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os direitos sociais laborais mínimos dispostos no artigo 7º da Constituição Federal, direitos fundamentais específicos às relações de trabalho, em conjunto com os demais direitos fundamentais esparsos no corpo da Constituição Federal de 1988, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da Constituição Federal) e da aplicação imediata dos direitos fundamentais (artigo 5º, §1º da Constituição Federal), incontestavelmente, constituem um patamar mínimo civilizatório³² relativo às relações de trabalho – um crivo que deve passar toda e qualquer medida tomada pela Administração Pública no tocante ao tratamento dispensado à sua mão de obra. Tais princípios, é de se frisar, são mínimos, razão pela qual não são aplicados tão somente ao contingente de trabalhadores afetos aos quadros do funcionalismo público, na medida em que são válidos também aos trabalhadores terceirizados, haja vista tais direitos encontrarem respaldo na própria condição humana do obreiro.

Deste modo, a premissa capitaneada pelo Neoconstitucionalismo – que deve ser tido como paradigma da hermenêutica jurídica – é que as normas constitucionais concernentes à proteção do trabalhador devem ter eficácia direta, imediata e horizontalizada. No presente estudo, o enfoque dado é a análise do tipo de responsabilidade civil a que o Estado está sujeito, especialmente quanto aos casos de descumprimento pelas empresas terceirizadas de suas obrigações trabalhistas.

No controle difuso de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal – STF – no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 760.931, confirmou-se a tese já adotada na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 16 de que não há responsabilidade automática da administração pública pelos débitos trabalhistas de empresa terceirizada, cabendo produção de

29 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

30 NETTO, Luísa Cristina Pinto. O princípio de proibição de retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 37.

31 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.225.

32 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7a ed. S.P.: LTr, 2008. pp. 1402-1403.

prova inequívoca de conduta omissiva ou comissiva do Estado na fiscalização dos contratos. O entendimento se pautou quando da interpretação do artigo 71, §1º da Lei 8.666/93, encampando a tese da responsabilidade subjetiva, transferindo para os trabalhadores terceirizados o ônus processual de comprovar a *culpa in vigilando* para alcançar a responsabilidade civil do Estado.

Na perspectiva aplicada nos julgados mencionados, houve o afastamento da aplicação do artigo 37, §6º da Constituição Federal, dispositivo que atribui aos agentes das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos a responsabilidade pelos danos que este causarem a terceiros. Ao fazer isso, a Suprema Corte afastou a regra da responsabilidade civil objetiva do Estado baseada na teoria do risco administrativo e passou a requerer a presença do elemento subjetivo. Conforme afirmação do Ministro Alexandre de Moraes³³, este juízo de consolidação da responsabilidade do Estado por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas representaria um risco de desestímulo à colaboração da iniciativa privada com a Administração Pública, estratégia essencial para a modernização do Estado brasileiro. O problema é que certos direitos não podem ser preteridos em favor do mercado ou da eficiência administrativa, como a dignidade do trabalhador que presta serviços para a administração pública.

Inclusive, o Ministro Ayres Britto³⁴, à época ainda compondo a Suprema Corte quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 16, considerava a “terceirização” como forma de recrutamento de mão de obra para a administração pública inadmissível pela Constituição de 1988. Nas palavras do Ministro, “a terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso [...]. E é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição”. Portanto, para o ilustre jurista, já que se admite juridicamente a existência do instituto, pelo menos que a administração pública (que é a beneficiária do serviço) seja a responsável em caso de inadimplemento pela empresa terceirizada.

Em uma análise neoconstitucional, a tese que prevaleceu na³⁵ Suprema Corte não parece não ser a exegese mais adequada, uma vez o assentamento do empregado em situação de extrema vulnerabilidade frente a empresa e ao Estado. Especial, o fato de que a prova exigida é praticamente impossível de ser produzida pelo obreiro, qual seja, a omissão culposa da administração pública. Justificar a redução da proteção ao trabalhador em prol de uma prestação do serviço público mais eficiente é desconsiderar a estrutura normativa de direitos sociais firmada pela Carta de 1988.

Uma vez o Princípio da proteção ao trabalhador estar constitucionalizado no rol de direitos trabalhistas mínimos, quando em choque com o Princípio da eficiência, aquele deve prevalecer pela técnica da ponderação. Inclusive, a proteção dos direitos e garantias individuais é parte do rol de cláusulas pétreas, o que abarca os direitos trabalhistas, não cabendo à administração pública afastá-los quando de suas relações jurídicas com os administrados.

33 MORAES, Alexandre de. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 760931. Brasília: STF, 2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312704677&ext=.pdf>> Acesso em 20 de maio de 2019 às 23:25 hs. p.

34 BRITTO, Carlos Ayres. Voto no julgamento da ADC nº.16. Brasília: STF, 2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em 20 de maio de 2019 às 00:15 hs. p. 47.

35 BRITTO, Carlos Ayres. Voto no julgamento da ADC nº.16. Brasília: STF, 2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em 20 de maio de 2019 às 00:15 hs. p. 48.

Assim, incorrendo a empresa interposta no descumprimento de suas obrigações trabalhistas, deve o Estado assumi-las, não se admitindo que o trabalhador arque com ônus processual da prova da *culpa in vigilando*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a responsabilidade civil do Estado, em razão de inadimplemento de débitos trabalhistas, por empresa interposta, envolve questões das mais diversas ordens. Seja diante de uma análise político-normativa, seja diante de uma análise notadamente jurídica, inúmeras são as premissas que devem conformar os seus contornos no objeto do estudo em apreço.

As bases que sustentam o julgado do Supremo Tribunal Federal demonstram que suas consequências desafiam a real dimensão do princípio constitucional da eficiência, vez que o mesmo deveria ser inserido dentro de um contexto de desenvolvimento social, alicerçado em uma dinâmica neoconstitucionalista, e não pautado na redução de custos e precarização do trabalho humano. A inversão do ônus probatório em desfavor do trabalhador, impondo a ele o dever de comprovar a falha da administração pública na fiscalização do contrato de terceirização de serviços, incorre em uma interpretação disforme à Constituição federal.

Assim, é indubitável que o princípio da eficiência encontra limites nas premissas do Neoconstitucionalismo. Quando o STF afasta a regra do artigo 37, §6º da CRFB/88, adotando a responsabilização subjetiva nos casos de inadimplemento de débitos trabalhistas por empresa interposta, cria um ambiente de precarização da mão de obra, deixando um abissal número de trabalhadores a margem da efetiva tutela de direitos sociais constitucionais.

Dessa forma, extrai-se que a terceirização como mecanismo de redução de custos não converge com a ideia de eficiência sob um prisma de desenvolvimento humano marcado pela promoção dos direitos fundamentais sociais do trabalho, tornando-se, em verdade, um meio de absoluta fragilidade do trabalhador.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. Terceirização no Serviço Público: um Análise à Luz da Nova Hermenêutica Constitucional. São Paulo. Ed 1, 2009.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal.

_____. Lei nº. 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/LEIS/l9394.htm>. Acesso em 20.05.2019 às 10:23 hs.

BRITTO, Carlos Ayres. Voto no julgamento da ADC nº.16. Brasília: STF, 2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>> Acesso em 20 de maio de 2019 às 00:15 hs

CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo, 3 ed., 1ª tir., Curitiba, Juruá, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7a ed. S.P.: LTr, 2008. pp. 1402-1403.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas.

DRUCK, Maria das Graças. (1999). Terceirização: (Des)Fordizando a Fábrica – um estudo do Complexo Petroquímico da Bahia. São Paulo/Salvador: Boitempo/Edufba.

GABARDO, Emerson. O jardim e a Praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do estado social. 2009. 396 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

_____. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. São Paulo: Dialética, 2002.

MARIANO, Carlos Renato Simões. O Fenômeno da Terceirização na Administração Pública Direta e Indireta: efeitos jurídicos da ADC 16 frente à aplicabilidade da Súmula nº. 331, do TST. UNIFIA, Amparo, 2012.

MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Econômico. 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2003.

MORAES, Alexandre de. Voto no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 760931. Brasília: STF, 2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312704677&ext=.pdf>> Acesso em 20 de maio de 2019 às 23:25 hs.

NETTO, Luísa Cristina Pinto. O princípio de proibição de retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. O Regime Jurídico dos Servidores Públicos após a Edição da Emenda Constitucional nº 19/98. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (53), 2000.

OHNO, Taiichi. O sistema Toyota de Produção: além da produção em larga escala. Tradução de Cristina Schumacher, Porto Alegre: Bookman, 1997.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado para a cidadania. São Paulo: Ed. 34, 1998.

RAMOS FILHO, Wilson. A terceirização do trabalho no Brasil: perspectivas e possibilidades para uma revisão da jurisprudência. Revista Fórum Trabalhista – RFT, Belo Horizonte, ano 3, n. 15, p. 157-185, nov./dez. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da terceirização na Administração Pública direta, autárquica e fundacional. 2013. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. São Paulo.